

Centrul de Studii și Cercetări de Drept Privat
„Ion Dogaru”
Centrul de Cercetări Juridice Fundamentale
Facultatea de Drept din cadrul Universității din Craiova

REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE
NR. 2/2021

Coordonator număr: RSJ nr. 2/2021

Conf. univ. dr. Cristina Nistorescu



Vol. 39 (2/2021)

Editat de **Universul Juridic S.R.L.**
Copyright © 2021 **Universul Juridic S.R.L.**
Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin
Universul Juridic S.R.L.

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al
Universul Juridic S.R.L.

REDACTIE: tel./fax: 021.314.93.13
tel.: 0732.320.666
email: redactie@universuljuridic.ro

DEPARTAMENTUL tel.: 021.314.93.15
DISTRIBUȚIE: fax: 021.314.93.16
email: distributie@universuljuridic.ro

www.universuljuridic.ro

ISSN: 1454-3699

Principiile de publicare sunt postate pe site-ul revistei:
<http://drept.ucv.ro/RSJ>
Materialele pot fi trimise în vederea publicării pe adresa:
rsj@universuljuridic.ro

REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE

Redactor-șef:

Prof. univ. dr. **GABRIEL EDMOND OLTEANU** – Decan al Facultății de Drept, Universitatea din Craiova

Editor executiv:

Prof. univ. dr. **LUCIAN BERND SĂULEANU** – Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova

Secretar de redacție:

Conf. univ. dr. **OANA GHIȚĂ** – Universitatea din Craiova

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

- Prof. dr. **Patrick Charlot** – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța, director al Școlii Doctorale și al Centrului de Studii și Cercetări Juridice și Politice
- Prof. univ. dr. **Yan Laidie** – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța
- Prof. univ. dr. **Nicolas Queloz** – Fost decan al Facultății de Drept, Fost Președinte al Asociației Criminologilor de Limbă Franceză
- Prof. **Flavius Baias** – Universitatea din București
- Prof. univ. dr. **Dan Claudiu Dănișor** – Director Școala Doctorală a Facultății de Drept a Universității din Craiova
- Prof. **Gabriel Boro** – Universitatea „Nicolae Titulescu” din București
- Prof. univ. dr. **Eugen Chelaru** – Universitatea din Pitești
- Prof. univ. dr. **Ion Dogaru** – Universitatea din Craiova, membru corespondent al Academiei Române
- Prof. univ. dr. **Ioan Leș** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Radu I. Motica** – Universitatea de Vest din Timișoara
- Prof. univ. dr. **Nicolae Popa** – Fost președinte al Curții Constituționale a României, fost președinte al Înaltei Curți de Casație și Justiție
- Prof. univ. dr. **Tudorel Toader** – Rector al Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași
- Prof. univ. dr. **Paul Vasilescu** – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept
- Prof. **Florin Streteanu** – Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca
- Prof. univ. dr. **Lucian Bercea** – decan al Facultății de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara
- Prof. univ. dr. **Mircea Dușu** – directorul Institutului de cercetări juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
-

COLEGIUL DE REDACȚIE:

- Prof. univ. dr. **Sevastian Cercel**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Călina Jugastru**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Daniel Ghiță**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Mircea Bob**, UBB Cluj-Napoca, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Daiana Maura Vesmaș**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Adrian Circa**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Conf. **Eugen Hurubă**, UMFST „George Emil Palade” din Târgu Mureș, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Septimiu Vasile Panainte**, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Adina Ponea**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Dan Constantin Măță**, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Viorel Găină**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Lavinia Elena Stuparu**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Mădălin Savu Ticu**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Florin Mangu**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Adrian Barbu Ilie**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Maria Lavinia Tec**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Mădălina Cristina Dănișor**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Codruț Nicolae Savu**, Universitatea Transilvania din Brașov, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Carmen Adriana Domocoș**, Universitatea din Oradea, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Robert Bischin**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Asist. univ. dr. **Răzvan Scafes**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept



*Baze de date internaționale recunoscute pentru domeniul științelor juridice
conform ordinului ministrului ECTS nr. 6560/2012
Revista de Științe Juridice este indexată în EBSCO și HeinOnline*

Cuprins

Constituționalizarea dreptului climei. Premise și provocări <i>Mircea M. DUȚU-BUZURA</i>	13
<i>Calitatea de proprietar al unui imobil – izvor al poziției de garant</i> <i>Cristina NICORICI</i>	23
Scurte considerații despre deficiențele reglementării și funcționării inspecției fiscale în România <i>Alina-Emilia CIORTEA</i>	35
Aspecte controversate privind recrutarea și numirea în funcție a administratorului public, în contextul Codului administrativ, aprobat prin O.U.G. nr. 57/2019 <i>Laurențiu ȘONERIU</i>	56
Suspendarea executării hotărârii supuse recursului <i>Ana Maria TEOC</i>	64
Considerații la contestarea măsurilor luate de administratorul judiciar prin raportul cauze – împrejurări <i>Mariana GRĂDINESCU</i>	81
Prezumția de nevinovăție ca drept fundamental al omului în jurisprudența CtEDO <i>Alin PETREA</i>	88
Legislația drogurilor și principiul legalității incriminării <i>Bogdan Liviu PĂNOIU</i>	108
Evoluția recentă a reglementării în materia comunicării actelor de procedură <i>Roxana STANCIU</i>	120
Regimul juridic al căilor de atac în materia cererilor de intervenție <i>George-Bogdan IONIȚĂ</i>	140

Obligația profesionistului comerciant de a asigura protecția sănătății consumatorului <i>Denisa TUDOSIE</i>	148
Măsuri de păstrare a confidențialității și de protecție a părților vătămate și a martorilor în cadrul desfășurării ședințelor de judecată din Republica Moldova și România din prisma protecției datelor cu caracter personal <i>Daniel CRISTEA</i>	156
Analiză asupra modificărilor legislative iminente ale procedurilor de prevenire a insolvenței <i>Daniel Andrei GUNĂ</i>	167
Evoluția dreptului penal al mediului în România <i>Constantin BUREȚEA</i>	178
Procedura falimentului societăților de asigurare/reasigurare <i>Nicu-Alexandru AMZU</i>	189
Acțiunea directă în doctrină și jurisprudență <i>Rodica Mihaela DOBRIN</i>	198
Despre caracterul unitar al actului administrativ unilateral reținut în jurisprudență <i>Mihai BĂEȘU</i>	207
Procedura de comunicare, cooperare și coordonare a insolvenței transfrontaliere a unor membri ai grupurilor de societăți conform dispozițiilor Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență <i>Sebastian POPA</i>	218
Aspecte istorice privind activitatea de investigații Vasile POPA.....	227
Piața internă a Uniunii Europene și piața românească privind creditele <i>Al-Ibrahim AVIN (Ibrahim VÎRLAN-AL)</i>	241
Grupul european de interes economic în lumina Regulamentului CEE nr. 2137/1985/250 <i>Daniela MUDAȚA (BĂRBUȚ)</i>	250

Întreprinderile publice, structuri pretabile aplicării guvernantei corporative <i>Ana Florina DĂESCU (VĂTĂȘESCU)</i>	257
Serviciile publice locale și provocările societale <i>Mihai-Ciprian BOBOCICĂ</i>	270
Studiu privind autonomia dreptului comercial în lumina Noului Cod Civil <i>Bianca STROE</i>	279
Puterea de decizie a minorului în considerarea dispozițiilor articolului 490 Cod civil <i>Codruța GUZEI-MANGU</i>	282
Sanctiunea nulității în aplicarea dispozițiilor art. 215 din Codul civil român <i>Răzvan SCAFES</i>	300

Contents

The constitutionalization of climate law. Premises and challenges <i>Mircea M. DUȚU-BUZURA</i>	13
Ownership of a immovable property – source of the duty to act <i>Cristina NICORICI</i>	23
Short considerations on the deficiencies of the regulation and functioning of tax inspection in Romania <i>Alina-Emilia CIORTEA</i>	35
Controversial issues regarding the recruitment and appointment of the public administrator, in the context of the administrative code - O.U.G. no. 57/2019 <i>Laurențiu ȘONERIU</i>	56
Suspension of the execution of a court ruling subject to appeal <i>Ana Maria TEOC</i>	64
Considerations on challenging the measures taken by the judicial administrator through the causes - circumstances report <i>Mariana GRĂDINESCU</i>	81
The presumption of innocence as a fundamental human right in ECHR jurisprudence <i>Alin PETREA</i>	88
Drug legislation and the principle of legality of criminality <i>Bogdan Liviu PĂNOIU</i>	108
Recent evolution of regulations on the notification of procedural documents <i>Roxana STANCIU</i>	120
The legal regime of the appeals in the matter of requests for intervention <i>George-Bogdan IONIȚĂ</i>	140

Obligation of the commercial professional to ensure the protection of consumer health <i>Denisa TUDOSIE</i>	148
Measures to preserve the confidentiality and protection of the injured parties and witnesses within the conduct of court sessions in the republic of Republic of Moldova and Romania from the view of the protection of personal data <i>Daniel CRISTEA</i>	156
Analysis of imminent legislative changes to insolvency prevention proceedings <i>Daniel Andrei GUNĂ</i>	167
The evolution of environmental criminal law in Romania <i>Constantin BUREȚEA</i>	178
Bankruptcy procedure of insurance/reinsurance companies <i>Nicu-Alexandru AMZU</i>	189
Direct claim to the court in doctrine and jurisprudence <i>Rodica Mihaela DOBRIN</i>	198
On the unitary character of the unilateral administrative act remembered in the jurisprudence <i>Mihai BĂEȘU</i>	207
Procedure for communication, cooperation and coordination of the cross-border insolvency of some members of groups of companies in accordance with the provisions of Law no. 85/2014 regarding insolvency prevention and insolvency procedures <i>Sebastian POPA</i>	218
Historical aspects regarding investigation activity <i>Vasile POPA</i>	227
The internal market of the European Union and the romanian market regarding loans <i>Al-Ibrahim AVIN (Ibrahim VÎRLAN-AL)</i>	241

European Economic Interest Group in the light of EEC Regulation No. 2137/1985 <i>Daniela MUDAȚA (BĂRBUT)</i>	250
Public enterprises, structures suitable for the application of corporate governance <i>Ana Florina DĂESCU (VĂTĂȘESCU)</i>	257
Local public services and societal challenges <i>Mihai-Ciprian BOBOCICĂ</i>	270
Study on the autonomy of commercial law in the light of the new Civil Code <i>Bianca STROE</i>	279
The power of decision of the minor conferred to him by the normative provisions of art. 490 para. (1) of the Civil Code <i>Codruța GUZEI-MANGU</i>	282
Sanction of nullity in the application of the provisions art. 215 of the Romanian Civil Code <i>Răzvan SCAFES</i>	300

CONSTITUȚIONALIZAREA DREPTULUI CLIMEI. PREMISE ȘI PROVOCĂRI

drd. Mircea M. DUȚU-BUZURA

Abstract

Officially recognising climate emergency and assuming the objectives of limiting average global temperature growth to 1,5°C and thus reaching climate neutrality assume and stimulate the process of consolidation of the constitutional grounds of the legal response to the challenges of climate change. Therefore an important part is played by recognising the right to a stable climate as a new dimension of the fundamental right to environment, and the consecration of the State and public authorities of the obligation to act against climatic disorder. The existing provisions regarding the environment need to be adequately particularised and completed in the field of climate, as a constitutionally protected value. The presence of the express mentions of the climate issue in approx. ten fundamental regulations and the ongoing initiatives, also the pertinent case law of certain constitutional courts, prove a general trend of the „climatisation” of law and a process of constitutionalising environmental and climatic issues.

Keywords: *climate law; right to a stable climate; right to environment; constitutionalising climate; climate change; environmental constitutional law.*

Obiectivul comunicării de față îl constituie observarea procesului de constituționalizare a climei și de „aclimatizare” a dreptului constituțional în sensul percepției și exprimării în textele legilor fundamentale și jurisprudenței constituționale a preocupării prioritare de protecție a climei. Circumscrișă constituționalizării mediului, problema cunoaște dezvoltări specifice, care merită tratate și prezentate ca atare.

1. Punerea problemei

Încorporarea constituțională de dispoziții privind mediul a fost denumită în diverse moduri: „constituționalism de mediu”, „constituționalism verde” și „constituționalism ecologic”, ideea fiind întotdeauna aceeași: modalitățile de consacrare constituțională a protecției mediului și consecințele asumării sale ca o valoare prezentă în relația cu legea fundamentală a statului. S-a subliniat că acest concept suferă încă în determinarea conținutului și a perimetrului său, dar s-au identificat

totuși mai multe repere de manifestare a lui, respectiv: consacarea de drepturi privind mediul, recunoașterea de principii legate de dezvoltarea durabilă și afirmarea de funcții ori îndatoriri specifice, sau limitări ale drepturilor fundamentale din perspectiva exigențelor protecției mediului¹.

În prezent, acest constituționalism particular e marcat de șase tendințe principale: constituționalizarea protecției climei, recunoașterea de drepturi naturii², drepturile de mediu ale demnității, constituționalismul durabilității/sustenabilității, dezvoltarea constituționalismului de mediu la nivel interstatal și consacarea de drepturi procedurale în materie de mediu. Aceste tendințe nu prezintă aceeași importanță și nu se concretizează cu aceeași intensitate. La nivelul doctrinei s-a ajuns la afirmarea existenței unei noi discipline științifice, dreptul constituțional al mediului, cu același titlu ca dreptul penal al mediului ori dreptul fiscal al mediului, aflat la intersecția dintre dreptul constituțional și dreptul mediului și cu o evidentă tendință de autonomizare. Începând din 2012, lucrările anglofone ale lui David Boyd în Canada³, apoi Erin Daly și James R. May în S.U.A.⁴ au fost primele care au abordat global problematica acestei discipline, iar în 2021 s-a publicat „prima lucrare în limba franceză ce tratează în mod general dreptul constituțional al mediului”⁵.

Protecția mediului prin prisma drepturilor fundamentale este una dintre principalele caracteristici ale constituționalismului de mediu, exprimată prin consacrarea dreptului la un mediu sănătos și echilibrat ecologic. Acesta apare într-un anumit sens ca un prim drept fundamental al omului, căci fără el omul - ca individ și specie - nu poate profita plenar de alte drepturi, fie ele civile, politice, sociale sau economice, oricât de bine ar fi consacrate și oricât de mult sunt garantate procedural.

Analiza mențiunilor exprese sau implicite privind mediul ne arată, că acesta este conceput ca un drept fundamental în aproape jumătate din constituțiile lumii și o treime dintre acestea cuprind dispoziții relative la drepturile procedurale în materie de mediu.

Din asemenea puncte de vedere generale, constituționalizarea dreptului climei și constituționalismul climatic ne apar ca un proces, aflat încă la început, dar în plină expansiune și cu mari perspective de afirmare de înscriere în textele legilor fundamentale de prevederi privind protecția climei. Este vorba mai ales de două

¹ Victoria Chiu, Alexis Le Quinio (dir.), *La protection de l'environnement par les juges constitutionnelles*, Avant-Propos, Editions L'Harmattan, Paris, 2021, p. 11.

² Anca Ileana Dușcă, *Natura ca subiect de drept*, în *Dreptul nr. 11/2020*; Andrei Duțu-Buzura, *Natura ca subiect de drept: experiențe antro-culturale necesare ori/și progres juridic?*, în *Pandectele Române nr. 6/2020*, p. 49-56.

³ V.D. Boyd, *The Environmental Right Revolution. A Global Study of Constitutions. Human Rights and the Environment*, UPC Press, Vancouver, Toronto, 2012.

⁴ J. May, E. Daly, *Global environmental constitutionalism*, Cambridge University Press, 2016.

⁵ Marie-Anne Cohendet, *Droit constitutionnel de l'environnement*, Editions Mare&Martin, Paris, 2021.

provocări: consacarea unui drept la climă stabilă, ca un aspect al dreptului fundamental la mediu și recunoașterea ca valoare protejată constituțional a climei, alături și împreună cu mediul în general și uneori în interdependență cu biodiversitatea.

Ca element component al mediului, clima și dreptul la climă stabilă se bucură de aceeași constituționalizare și protecție precum mediu și dreptul la un mediu sănătos și echilibrat ecologic, dar apariția și impunerea schimbărilor climatice ca o problemă globală prioritară au impus dezvoltări juridice specifice, inclusiv în planul dreptului constituțional⁶. Într-adevăr, schimbarea climatică este caracterizată drept „o amenințare existențială” în Preambulul Legii europene pentru climă din 2021; „urgență climatică și de mediu” a fost declarată la 28 noiembrie 2019 de Parlamentul European și apoi în peste 100 de state și în cadrul ONU, iar limitarea creșterii temperaturii medii globale la 2°C și dacă este posibil la 1,5°C în raport cu nivelurile preindustriale și atingerea neutralității climatice în 2050 sunt obiective general acceptate la nivelul țărilor și internațional. Nu în ultimul rând, Convenția-cadru privind schimbările climatice (1992) și Acordul de la Paris privind clima (2015) au peste 195 state-părți; problema climatică se bucură de o largă acceptabilitate civică și are o susținere științifică tot mai consistentă. Instituit în 1998, Grupul Interguvernamental privind evoluția climei (IPCC) realizează și publică periodic rapoarte în materie (ultimul în 2021-2022) care constituie baza științifică a răspunsului global la schimbarea climatică. Cu aceste premise, constituționalizarea climei a devenit o preocupare în plină afirmare, cu unele rezultate concrete și cu perspective evidente, iar „aclimatizarea” dreptului constituțional un proces în plină afirmare.

2. Constituționalizarea climei în dreptul comparat

De la apariția sa în cadrul fenomenului juridic, sub impulsul hotărârilor primei conferințe mondiale a ONU privind mediul de la Stockholm (1972), „constituționalismul de mediu” a cunoscut o dezvoltare continuă, sub influența hotărârilor summiturilor onusiene în materie și a impactului evoluției rapide a dreptului internațional, practic orice lege fundamentală adoptată sau revizuită după inaugurarea astfel a „erei ecologice” cuprinzând prevederi referitoare la domeniu⁷. Până astăzi peste 155 de state au recunoscut, sub o formă sau alta, dreptul la un mediu sănătos, în special în acorduri internaționale sau în constituțiile lor, legislația ori politicile publice⁸. Potrivit unor estimări recente, astăzi mai bine de 100 de constituții impun îndatoriri

⁶ Pentru problemă, în general, a se vedea: Mircea Duțu, *Dreptul climei. Regimul juridic al combaterii și atenuării încălzirii globale și adaptării la efectele schimbării climatice*, Ed. Universul Juridic, București, 2021, p. 224 și urm.

⁷ Mircea Duțu, Andrei Duțu, *Dreptul mediului. Curs universitar*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 120 și urm.

⁸ ONU, Assemblée générale, Conseil des droits de l'homme, Quarante-huitième session, pct. 48 *Droit à un environnement sûr, propre, sain et durable*, A/HRC/48/L. 23. Rev. 1, 5 octobre 2021.

de protejare a mediului, 40 dintre ele evocă dezvoltarea durabilă, „public trust” sau drepturile generațiilor viitoare, 30 recunosc dreptul la apă, esențialmente în țările în care aceasta este o resursă rară sau evocă resursele specifice, cinci enunță exigența energiilor regenerabile și zece merg până la a integra acțiunea contra schimbărilor climatice. Într-adevăr, de circa un deceniu asistăm la emergența unei „constituționalizări” a acțiunii climatice; în unele state (Belgia și Cuba, de exemplu) și chiar într-un stat federat (Bavaria, din Germania) se înregistrează evoluții reglementare și desfășoară discuții pertinente pe acest subiect. Chiar dacă o atare tendință de „constituționalism ecoclimatic” este încă embrionară, denotă o clară orientare a legiuitorului constituant de a lua măsuri de acțiune necesare presupuse de urgența climatică. Așadar, întâlnim referiri la climă în legi fundamentale precum cea a Venezuelei din 1999, Coastei de Fildes (2016) sau a Thailandei (2017). În februarie 2019, cu ocazia unei reforme constituționale majore din Cuba, s-a și inserat o mențiune privind acțiune climatică; mai exact, pe lângă confirmarea referințelor purtând asupra protecției mediului (dreptul constituțional al mediului) și consacrand un nou drept al omului (dreptul de a se bucura de un mediu sănătos și durabil, ca drept subiectiv), noua lege fundamentală cubaneză a introdus un articol „16 f)”, care afirmă că Republica Cuba „promovează protecția și conservarea mediului, precum și răspunsul la schimbarea climatică (...)”⁹. Aceasta a devenit una din rarele constituții, care evocă „supraviețuirea speciei umane” în contextul amenințării climatice și afirmă necesitatea „de a eradica modelele iraționale de producție și de consum”. În plan material (substanțial), recente mențiuni privind acțiunea climatică sau protecția climei în constituții sunt foarte variabile de la un stat la altul. Niciuna nu consacră un drept subiectiv, un drept fundamental de a trăi într-un sistem climatic stabil, durabil. Referiri singulare, mai mult sau mai puțin precise încearcă să asimileze aspecte ale problemei ecoclimatice. Constituția Coastei de Fildes, de exemplu, consacră protecția climei într-o dimensiune intergenerațională fără ca totuși să fixeze o obligație de mijloace pe seama statului (Preambul). Alte texte constituționale, mai generoase în referiri, dar nu mai consistente pe conținut desemnează contururile politicilor climatice sau/și de mediu (cea a Republicii Dominicane din 2015, art. 194; Nepalului, art. 51; Thailandei, art. 258; Vietnamului din 2013, art. 63). Constituția Boliviei recunoaște statul drept garant al dreptului la un mediu sănătos, care contribuie la securitatea climei, fără a stipula totuși o obligație explicită de a acționa pentru aceasta (2014, art. 45). La rândul său, legea fundamentală a Venezuelei afirmă o îndatorire fundamentală a statului de a asigura pentru populația sa un mediu favorabil (art. 127). Constituția Zambiei din 2016 a stabilit un cadru de acțiune climatică [art. 257 g)]. În fine, cea ecuadoriană, singurul exemplu de

⁹ Marie-Anne Cohendet (dir.), *Droit constitutionnel de l'environnement*, Editions Mare&Martin, Paris, 2021, p. 19 și urm.; Marta Torre-Schaub, *L'émergence d'un „droit à un climat stable”: une construction interdisciplinaire* în „Droit et changement climatique: comment répondre à l'urgence climatique?” sans la direction de Marta Torre-Schaub, Editions Mare&Martin, Paris, 2020, p. 63-67.

constituționalizare a dreptului naturii, este, fără îndoială, cea care prevede o obligație de luptă climatică, fiind cea mai clară (art. 144).

Desigur, se cuvine constatat, ca o concluzie pertinentă, că puține state au consacrat o obligație constituțională de mijloace și cu atât mai puțin una de rezultat privind acțiunea climatică, ceea ce impune o analiză complexă a textelor legilor fundamentale pentru a extrage posibilele semnificații pentru materia, care ne interesează, în așteptarea unui răspuns constituțional mai direct și mai consistent¹⁰. Un atare demers devine prioritar din perspectiva contenciosului climatic aflat în plin avânt și care poate oferi argumente și puncte de reper pentru dezvoltările viitoare în planul reglementărilor concrete. Apar însă și jurisprudențe constituționale semnificative, precum hotărârea Curții Constituționale a Germaniei din 29 aprilie 2021, care a declarat neconstituționale prevederi din legea germană pentru climă, în sensul insuficienței angajamentelor de reducere a emisiilor de GES până în 2030 și disproporții între acestea, ceea ce a afectat echitatea intergenerațională.

Totodată, devine deosebit de semnificativă adoptarea, mai ales în țări europene (Marea Britanie, Franța, Germania, Spania, Grecia ș.a.) a unor legi-cadru privind clima. Nu în ultimul rând, dreptul UE al climei joacă un rol important în acest context¹¹.

Evoluțiile înregistrate în planul reglementărilor de drept pozitiv și dezvoltărilor jurisprudențiale pertinente relevă mai ales emergența unui (unor) obligații generale a statului și autorităților publice de a proteja mediul și de a asigura stabilitatea climei, ceea ce constituie cu precădere temeiul juridic al invocării inacțiunii acestora în cadrul demersurilor judiciare. Dimensiunea constituțională și cea unional-europeană prezintă contururi tot mai ferme și conexe cu consecințe concrete și practice evidente, exprimate sub forma unei îndatoriri generale de ordin constituțional de a proteja și ameliora mediul inclusiv pe cale de interpretare, a stabilității climatice, cu corolarul său, neregresiunea în materie și, respectiv, principiul unional-european al progresiei constante a obiectivelor ecoclimatice.

3. Proiecte naționale de constituționalizare a climei

Impulsionate de nevoia unor intervenții pertinente și corespunzătoare la nivelul dreptului constituțional pozitiv în unele state europene se manifestă, în ultimul timp, preocupări și se desfășoară demersuri în sensul înscrierii acțiunii pentru climă în textul legilor fundamentale. Reprezentative sunt, în acest sens, experiențele belgiene și franceze.

În Belgia, un grup de universitari a prezentat, la începutul anului 2019, o propunere de lege federală zisă „specială”, cu un caracter cvasiconstituțional pentru a

¹⁰ Rahma Bentirou Mathlouthi, *Le droit à un environnement sain en droit européen*, Editions L'Harmattan, Paris, 2021, p. 53 și urm.

¹¹ Andrei Duțu-Buzura, „Constituționalizarea” climei și implicațiile sale asupra sistemului juridic. *Cazul României*, în *Dreptul* nr. 8/2021.

impulsiona adoptarea unei legi a climei pentru ansamblul regatului, care să reglementeze cu precădere aspecte de guvernanță și să fixeze obiectivele comune pe termen mediu și lung. Inițiativa s-a bucurat de o primire politică favorabilă și a angajat o dezbatere publică consistentă pe tematica dată. Consiliul de Stat a efectuat controlul prealabil de legalitate, apreciind că pentru fixarea de obiective comune la nivelul federației se impuneau anumite ajustări și de urmat piste instituționale specifice. În concret, se propuneau revizuirea art. 7 bis din Constituția belgiană în scopul de a se înscrie obiectivele și principiile climatice cu titlul de politică generală, așa încât, la prevederile existente „în exercitarea competenței lor, statul federal, comunitățile și regiunile urmăresc obiectivele unei dezvoltări durabile în dimensiunile sale sociale, economice și de mediu, ținând cont de solidaritatea între generații”, și să se adauge un nou alineat (2) potrivit căruia „ele cooperează în special în promovarea unei politici climatice eficace, conform obiectivelor, principiilor și modalităților stabilite printr-o lege adoptată cu majoritatea...”. Din păcate, propunerea legislativă constituțională nu a întrunit majoritatea calificată de 2/3 din voturi cerută pentru adoptare. Dar, exemplu cel mai elocvent rămâne, fără îndoială, cel francez.

4. Procesul de constituționalizare a dreptului climei cunoaște un impuls major din partea reglementărilor unional-europene pertinente

Preocupările și dezbaterile privind „constituționalizarea luptei climatice” au fost lansate în Franța în 2015, în preajma COP-21, care avea să conducă la încheierea Acordului de la Paris. În 2016 s-au concretizat într-o primă propunere de „lege constituțională vizând modificarea Cartei mediului și a Constituției Franței în scopul înscrierii acțiunii climatice”, care avea să cunoască mai multe variante, să fie înscrisă pe ordinul de zi a Parlamentului și în cele din urmă abandonate. Rămân însă relevante cel puțin trei probleme: asocierea mediului două la componente ale sale: schimbarea climatică și biodiversitatea, dispunerea prevederilor în cauză în structura constituției și formularea propriu-zisă a textului pertinent. Dacă în privința primului aspect toată lumea a fost de acord, că o asemenea ecuație trinomică e benefică și se impune, celelalte două au suscitât dezbateri vii. Plasarea temei în cuprinsul art. 34 al Constituției referitoare la atribuțiile Parlamentului a fost denunțată ca o încercare de „greenwashing constituțional”, o simplă normă de abilitare și de aceea s-a considerat potrivită adăugarea „adaosului climatic” la art. 1 al Constituției, alături de principiile fondatoare ale Republicii. În fine, conținutul textului climatic inovator a generat cele mai aprinse discuții. Printre formulări, cea mai acceptabilă a fost considerată cea potrivit căreia „Franța acționează pentru prezervarea mediului și a diversității biologice și contra schimbărilor climatice”. Ea a fost criticată ca insuficientă și s-a propus introducerea verbului „garantează”, care ar avea o semnificație mai puternică și ar fi în armonie cu vocabularul general al legii fundamentale. S-a replicat că o atare

redactare ar deschide o veritabilă „cutie a Pandorei” cu consecințe practice, fiind vorba de instituirea unei obligații de rezultat¹².

În varianta din 2019 se propunea înlocuirea lui „acționează”, care afirma că un principiu de acțiune, o obligație a statului la nivel național și internațional, cu „favorizează”, mai adecvat situației juridice și realităților actuale. Relevante rămân considerațiile exprimate în acest context în avizul din 21 ianuarie 2021 de Consiliul de Stat, în care se arată că „ținând seama de efectele potențial însemnate și larg nedeterminate rezultând din folosirea termenului „garantat”, se sugerează că se preferă termenul „prezervă”. Acesta permite, deopotrivă, să răspundă voinței guvernului de a întări exigența de mediu și de a ține cont de evoluția recentă a jurisprudenței Consiliului Constituțional, asigurând, totodată, o coerență cu Carta mediului, care folosește același termen în mai multe articole ale sale”. Aceeași înaltă instanță constituțională precisase în 2015, că termenul „favoriza” atunci când e folosit în Constituție nu are niciun sens juridic, nu e de natură a constitui un drept sau o libertate susceptibile de a fi invocate în cadrul unei chestiuni prioritare de constituționalitate. În orice caz, o atare revizuire, apreciază specialiștii domeniului, ar avea sens numai în măsura în care astfel s-ar prevedea o obligație de rezultat pentru stat și dreptul mediului și climatic ar deveni în acest mod mai efectiv. Altfel, ar fi vorba de o afirmare de principii, dar care, în realizarea semnificațiilor sale, nu ar însemna mare lucru. Abandonat deocamdată și din rațiuni electorale, proiectul rămâne în atenția doctrinei și are șanse de a fi reluat.

Astfel, considerentele și prevederile Regulamentului (UE) 2021/1119 circumscriu noul cadru de acțiune climatică, având în centrul său reducerea ireversibilă și progresivă a emisiilor antropice de gaze cu „efect de seră” problematicii generale a drepturilor omului, subliniind interacțiunile schimbării climatice cu starea acestora, semnificațiile produse în privința conținutului și exercițiului lor și sugerând, implicit sau explicit, dezvoltări necesare. Invocând „amenințarea existențială pe care o prezintă schimbările climatice” ca motiv esențial, imperativ pentru „un nivel de ambiție mai mare și o intensificare a acțiunilor climatice a Uniunii” asumate reglementării (Preambul punct (1)). Legea europeană a climei se erijează și într-un instrument juridic de promovare a exigențelor prezervării sistemului climatic ca o premisă a existenței și exercițiului deplin și efectiv al dreptului lor și libertăților umane fundamentale. În același sens își precizează rezultatele și prin plasarea adoptării noului act normativ în continuarea și precizarea preocupărilor unional-europene în materie ecoclimatică, în frunte cu declararea urgenței climatice și de mediu de Parlamentul European, adoptarea Pactului pentru climă (2021) ca mecanism de reformare, consultare și participare a publicului la stabilirea dispozitivului reglementar-instituțional de promovare a neutralității climatice li noului tip de

¹² Mircea Duțu, Mircea M. Duțu-Buzura, *Introducere în dreptul climei – Regim juridic complex și o inedită disciplină științifică*, în *Studii și Cercetări Juridice*, Anul 9 (65), Nr. 3 iulie-septembrie 2020, pp. 323-405.

dezvoltare energetică și economico-socială. Evocarea vocației documentelor adoptate în acest context, de „a proteja sănătatea și bunăstarea cetățenilor împotriva riscurilor legate de mediu și a impacturilor aferente”. (Preambul, punctul 2), a reduce „probabilitatea unor fenomene meteorologice extreme și de a atinge puncte de basculare” (Preambul, punctul 3) legate de climă, inclusiv „valurile de căldură, incendiile forestiere și inundațiile mai frecvente și mai intense, amenințările la adresa siguranței și a securității alimentare și a apei și apariția și răspândirea bolilor infecțioase” (Preambul, punctul 5), precum și relevarea interdependenței cu criza aferentă declinului biodiversității (schimbările climatice constituind a treia cauză ca importantă a acesteia) converg spre același scop al strânselor legături reciproce între situația drepturilor omului și starea generală a echilibrelor ecoclimatice tot mai amenințate de acțiunile antropice, inclusiv prin emisiile de GES și încălzirea astfel a climei. Nu în ultimul rând, prevederile punctului 6 din Preambul, unul dintre puținele texte exprese și integrale ale dreptului UE consacrate climei prevede că „Prezentul regulament respectă drepturile fundamentale și principiile recunoscute de Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, în special articolul 37, care urmărește promovarea integrării în politicile Uniunii a unui nivel ridicat de protecție a mediului și îmbunătățire a calității sale și conformitate cu principiul dezvoltării durabile”. O asemenea raportare a Legii europene pentru climă, fie și în termenii unor considerente, dar cu o trimitere directă, expresă și într-o redactare cu accente ferme și precise denotă un pas reprezentativ în „climatizarea” domeniului.

După cum e cunoscut, de la 1 decembrie 2009, odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, Carta a dobândit, pe această cale, o valoare juridică obligatorie și echivalentă cu cea a tratatelor constitutive. Dimensiunea sa codificatoare, în sensul receptării și exprimării prin reafirmarea a „drepturilor care rezultă în special din tradițiile constituționale și obligațiile internaționale comune statelor membre, Convenției Europene a Drepturilor Omului, Cartei sociale adoptate de Uniune și de Consiliul Europei, precum și din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene și a Curții Europene a Drepturilor Omului” (Preambul) îi conferă, în același timp, un caracter deschis, de „intertext”, legat de alte texte „ trecute, dar de asemenea și din viitor. În această ultimă privință” fiind vizate deopotrivă interpretarea aferentă evoluțiilor care vor urma ale jurisprudenței (CEDO și CJUE) și premisele semnificațiilor reglementare pertinente. În același timp, acestea din urmă adaugă și consolidează rezultatele climato-ecologice ale prevederilor Cartei în drumul necesar consacării depline a unui drept fundamental la mediu sănătos, echilibrat ecologic și stabil climatic.

5. Dreptul constituțional român al mediului și al climei

Apărut sub impuls internațional, accentuat și particularizat în cadrul integrării euroatlantice, procesul de constituționalizare a mediului în România se află într-un proces de „climatizare” cu precădere și din în urma adoptării Regulamentului UE

no. 2021/1119 din 30 iunie 2021 de instituire a cadrului pentru realizarea neutralității climatice (Legea europeană a climei). Dispozițiile Constituției Române din 8 decembrie 1991, mai ales în urma revizuirii din 2003 în materie, reflectă clar tendințe de „ecologizare”, cuprinzând dreptul la mediu, limitări ale celorlalte drepturi fundamentale în raport cu exigențele protecției mediului și îndatoriri în domeniu ale statului și autorităților publice¹³. Acestea au un caracter deschis, vocație evolutivă și perspectivă creativă, ceea ce le transformă în premise importante, în deja elemente constitutive și în constituționalizarea climei. Preluarea, transpunerea și prioritatea dreptului UE al climei influențează aplicarea și interpretarea dispozițiilor constituționale și legislative pertinente. Cu titlu preliminar se impune precizat faptul că, în concepția legislației românești (definiția legală prevăzută în art. 1 din OUG nr. 195/2005 privind protecția mediului), „mediul” și „echilibrul ecologic” cuprind și clima și echilibrul (stabilitatea) sistemului climatic. Textele Constituției României, republicată, privind în mod expres mediul sunt aferente art. 35 („Dreptul la mediu sănătos”), art. 44 alin. (7) [„Dreptul de proprietate privată”] și art. 135 alin. (2) lit. e) și f) [„Economia”]¹⁴. Așa cum rezultă din redactarea lor concretă și interpretarea constantă a jurisprudenței constituționale, prevederile legii fundamentale în materie de mediu au un caracter deschis, dinamic, ce poartă în sine germenii și evocă un discurs continuu, care asimilează protecția climei într-o stare latentă, dar indiscutabilă. O asemenea lectură se degajă și se impune mai ales din corelarea adecvată și interpretarea globală a reglementărilor constituționale pertinente. Mai întâi, este de domeniul evidenței că semnificațiile „dreptului la un mediu înconjurător sănătos și echilibrat ecologic” vor fi nerespectate/încălcate prin atingerile aduse acestora pe calea efectelor schimbărilor climatice. Considerațiile științifice ale acestei constatări au fost elaborate în Raportul IPCC din 8 octombrie 2018 care demonstrează că practicile antropice actuale au condus deja la creșterea cu 1,2°C a temperaturilor globale în raport cu nivelurile din perioada preindustrială, bulversând astfel sistemul climatic și favorizează sporirea frecvenței și intensității fenomenelor meteorologice extreme. Așadar, s-ar putea admite că dimensiunile extreme ale dereglărilor climatice violează dreptul la un mediu echilibrat ecologic. În plus, în virtutea drepturilor-creanță statul devine debitor al îndatoririi de a-și proteja cetățenii, pe „oricare persoană” de pe teritoriul său împotriva efectelor schimbării climatice. Funcția ecologică a proprietății, consacrată constituțional prin dispozițiile art. 44 alin. (7) din legea fundamentală potrivit cărora „dreptul de proprietate obligă

¹³ Livia Mocanu, Olivian Mastacan, *Constituționalizarea dreptului la un mediu sănătos în România*, St. de drept românesc, an 21 (55), nr. 3, p. 219-225, București, iulie-septembrie 2009; Petrică Trușcă, Andrada Trușcă Trandafir, *Dreptul fundamental al omului la un mediu sănătos în jurisprudența CEDO*, în Revista Transilvană de Științe Administrative 1 (23)/2009, pp. 97-120; Ovidiu Predescu, *Drepturile omului și ordinea mondială. Cum să trăim, într-o lume a schimbărilor excepționale*, Ed. Universul Juridic, București, 2019.

¹⁴ Pe larg și în același sens: Andrei Duțu-Buzura, *Constituționalizarea climei și implicațiile sale asupra sistemului juridic. Cazul României*, în Dreptul nr. 8/2021, p. 74-103.

la respectarea sarcinilor privind protecția mediului și asigurarea bunei vecinătăți...”, implică în mod indirect și aspecte legate de consecințele fenomenelor meteo extreme asupra bunurilor și în general ale constrângerilor legate de atenuare și adaptare la schimbarea climatică. În fine, prevederile art. 135 alin. (2) lit. e) („Statul trebuie să asigure: ... refacerea și ocrotirea mediului înconjurător, precum și menținerea echilibrului ecologic”) și lit. f) („crearea condițiilor necesare pentru creșterea calității vieții”) stipulează obligația economică a statului de a asigura stabilitatea climei ca aspect al menținerii echilibrului ecologic.

Potrivit jurisprudenței Curții Constituționale a României, prevederile textelor pertinente ale legii fundamentale consacra un drept fundamental la mediu sănătos și echilibrat ecologic (art. 35) și stabilește trei garanții constituționale ale acestuia: obligația rezultată din dreptul de proprietate la respectarea sarcinilor privind protecția mediului și asigurarea bunei vecinătăți ce incumbă proprietarului [art. 44 (7)], obligația statului de a asigura că mediul e refăcut și protejat, precum și că echilibrul ecologic e menținut (art. 135). De altfel, în continuarea unei poziții constante de promovare a semnificațiilor dreptului la mediu ca prioritară în raport cu exigențele altor drepturi prevăzute în Constituție, precum dreptul de proprietate ori dreptul la muncă, jurisprudența Curții Constituționale a statuat că revenirea, prin suprimarea unei garanții constituționale a dreptului la mediu sănătos și echilibrat ecologic, contravine limitelor revizuirii legii fundamentale. Plecând de la intangibilitatea constituțională a drepturilor fundamentale și a garanțiilor lor, s-a dedus, în mod implicit, neregresiunea în materie de mediu.

6. Concluzii

Cu asemenea premise de texte constituționale și jurisprudență aferentă, putem conchide că asimilarea problematicii climatice din perspectivă constituțională se realizează în dreptul românesc în cadrul reglementărilor privind mediul, care înglobează și clima, ca un element indispensabil, a cărui protecție se particularizează prin legislația specifică. În același timp și în continuarea și completarea acestei dimensiuni, caracterul deschis, evolutiv al dispozițiilor constituționale pertinente sub impactul din ce în ce mai intens al dreptului UE al climei, în frunte cu Legea europeană pentru climă, fac posibile și impun multiplicarea semnificațiilor protecției acesteia. Putem considera chiar că asistăm astfel la degajarea recunoașterii unui nou principiu general de drept purtând asupra dreptului de a trăi în condițiile unui sistem climatic stabil, sustenabil și propice vieții pe planetă cu dimensiuni intergeneraționale¹⁵.

¹⁵ Anca Ileana Dușcă, *Generațiile viitoare ca subiect de drept*, în *Dreptul* nr. 09/2020; Anca Ileana Dușcă, *Umanitatea ca subiect de drept*, în *Dreptul* nr. 10/2020.

CALITATEA DE PROPRIETAR AL UNUI IMOBIL – IZVOR AL POZIȚIEI DE GARANT

Cristina NICORICI

asistent universitar drd.

Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara

Abstract

It is well – known that not every inaction incurs criminal liability, but only the one that supposes failure to comply with a duty to act. In what regards the improper omission, Romanian Criminal Code regulates as sources of the duty to act, the law, the contract and the previous conduct of the subject. In the mentioned context, we can reflect in what manner the quality of owner of an immovable property could fundament the duty to act. The main goal of this article is to explore the diverse perspectives, of the literature and of the jurisprudence, from Romania and abroad, regarding the mentioned problem.

Keywords: *owner, immovable property, duty to act, improper omission, commission by omission.*

1. Introducere

Nu orice inacțiune a unei persoane poate atrage răspunderea penală, ci numai dacă există o obligație de a acționa, și această obligație este încălcată. Cu acest principiu în minte, principala provocare în cazul infracțiunilor omisive, mai ales a infracțiunilor omisive improprii este de a identifica sursele obligației de acționa. Calitatea de proprietar sau chiriaș a unui imobil a fost analizată, atât în doctrină, cât mai ales în jurisprudență din această perspectivă.

Calitatea de proprietar a unui imobil a fost analizată în spațiul juridic continental, inclusiv românesc, din diverse perspective: s-a analizat dacă simpla calitate poate atrage o obligație de a acționa, care ar fi răspunderea proprietarului dacă în imobilul său, cu știința sa, se comit infracțiuni, respectiv cum s-ar analiza răspunderea penală a făptuitorului dacă imobilul ar constitui un pericol pentru societate.

II. Calitatea de proprietar a unui imobil și pasivitatea totală

Perspectiva teoriei formale asupra izvoarelor poziției de garant ne îndeamnă să identificăm din articolul 17 C. pen. sursele din care izvorăște această obligație de a

aționa, și să le interpretăm strict: legea, contractul sau conduita anterioară pot fundamenta o astfel de obligație. În cazul calității de proprietar a unui imobil, cel mai intuitiv este să căutăm obligația de a acționa, printre obligațiile ce derivă din calitatea de proprietar, într-o lege (deși nu există unanimitate¹ în doctrină dacă prin lege ar trebui înțeles numai lege în sens restrâns sau în sens larg).

În primul rând, nu trebuie să înțelegem prin aceste obligații strict limitele dreptului de proprietate astfel cum sunt ele derivate din Codul civil, ci acele obligații de a acționa care impun o atitudine activă a proprietarului. Spre exemplu, o obligație de a acționa ar putea fi identificată sau fundamentată pe art. 603 C. civ. („Dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecția mediului și asigurarea bunei vecinătăți, precum și la respectarea celorlalte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului”) care fundamentează obligația proprietarului referitoare la protecția mediului și a respectării bunei vecinătăți.

În jurisprudența română s-a reținut că simpla calitate de proprietar a unui imobil nu presupune existența unei poziții de garant. Astfel, prin sentința penală nr. 1412 din 10 iunie 2019 a Judecătoriei Cluj-Napoca (rămasă definitivă prin decizia penală nr. 118/A din 4 februarie 2020 a Curții de Apel Cluj-Napoca)², s-a analizat calitatea de proprietar ca izvor al poziției de garant. Această speță este relevantă atât pentru subiectul în discuție, cât și pentru modalitatea în care instanțele înțeleg să analizeze structura infracțiunii omisive improprie, după cum se va vedea mai jos.

Starea de fapt a fost pe scurt următoarea: inculpata avea în proprietate un imobil de care în fapt nu se ocupa deloc. Părinții inculpatei au efectuat diverse lucrări de modernizare a imobilului, fără autorizații, și au și primit sancțiuni contravenționale pentru aceste fapte, și inclusiv un ordin de oprire a lucrărilor, după care au continuat lucrările oricum. Inculpata a fost trimisă în judecată pentru comiterea infracțiunii prevăzute de art. 24 alin. 1 lit. b) din Legea 50/1991, adică pentru continuarea executării lucrărilor după dispunerea opririi acestora de către organele de control competente potrivit legii, în modalitatea comisiunii prin omisiune.

Instanța de fond reține faptul că din tot probatoriul administrat în cauză rezultă că inculpata era proprietar numai în drept, dar că părinții acesteia s-au comportat ca niște proprietari în fapt. Analizând răspunderea pentru omisiune, se reține că „Infracțiunea de care a fost acuzată inculpata C.L.A. este una comisivă prin omisiune,

¹ În opinia autori, norma face referire la conceptul de lege în sens larg: a se vedea, în acest sens, Diego – Manuel Luzón Peña, *Omisión impropia o comisión por omisión*, în *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nr. 6/2017, p. 198, Enrique Gimbernat Ordeig, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, în Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales, vol. 1, 1997, p. 13, Manuel Aráuz Ulloa, *La omisión, comisión por omisión y posición de garante*, în *Encuentro*, nr. 54/2000, p. 36. Din contră, în opinia altor autori din literatura română, Mioara Ketty Guiu, *Infracțiunile omisive improprie* în *Revista de drept penal*, nr. 1/2002, p. 79-80, Adrian Cârstea, *Unele considerații privind tentativa la infracțiunea omisivă*, în *Caiete de drept penal* nr. 2-3/2007, p. 125.

² Disponibilă online la www.rolii.ro, accesat la 10.11.2021.

în sarcina inculpatei C.L.A. nereținându-se că ar fi participat activ la lucrările de construcție (prin angajarea, ordonarea sau administrarea lor) ci că nu ar fi luat vreo măsură pentru oprirea acestor lucrări atunci când a aflat că s-a dispus de către organele competente în acest sens. (...) infracțiunile omisive proprii sunt cele ce constau în omisiunea de a efectua o acțiune impusă de norma de incriminare, respectiv cele în cazul cărora omisiunea de a acționa este incriminată întocmai prin norma de incriminare, elementul material al infracțiunii constând într-o inacțiune (de exemplu, omisiunea sesizării organelor judiciare sau abandonul de familie prin neplata pensiei de întreținere).

Pe de altă parte, infracțiunile comisive, pot fi comise și prin omisiune (constituindu-se astfel în infracțiuni omisive improprii), legiuitorul reglementând expres această categorie de infracțiuni (de posibile forme ale elementului material al infracțiunii), prin art. 17 C. pen. Conform acestei prevederi legale, infracțiunea comisivă care presupune producerea unui rezultat se consideră săvârșită și prin omisiune când: există o obligație legală sau contractuală de a acționa sau autorul omisiunii, printr-o acțiune sau inacțiune anterioară, a creat pentru valoarea socială protejată o stare de pericol care a înlesnit producerea rezultatului. (...) Pe de altă parte, instanța apreciază că există un dubiu inclusiv cu privire la întrunirea elementului material al infracțiunii, în forma ce face obiectul acuzației, respectiv forma comiterii infracțiunii prin omisiune, existând un dubiu cu privire la faptul că ar fi existat măsuri pe care inculpata să le poată lua pentru oprirea lucrărilor în afară de înștiințarea autorităților legale, ceea ce ar fi condus tot la sancționarea inculpatei pentru continuarea lucrărilor”.

Este de subliniat că instanța de fond susține că există un „dubiu cu privire la faptul că ar fi existat măsuri” ce ar fi putut fi luate, adică practic neagă capacitatea de a acționa a agentului. În literatura juridică străină, după cum am arătat și cu altă ocazie, se reține că trebuie ca garantul să aibă capacitatea de a acționa pentru a împiedica producerea rezultatul, altfel omisiunea lui nefiind relevantă penal (spre exemplu, ipoteza mamei care observă că fiul ei se îneacă, dar nu îl salvează pentru că nu știe să înoate). Prin urmare, în această situație lipsește din structura omisiunii capacitatea de a acționa a subiectului, însă instanța, cumva contraintuitiv, analizează acest element, deși nu analizează mai întâi dacă agentul se găsea într-o obligație de a acționa. Or, corect ar fi fost să se analizeze mai întâi dacă există o obligație de a acționa, care derivă din calitatea de proprietar a unui imobil, și abia apoi dacă în concret garantul avea capacitatea de a acționa, deci de a îndeplini obligația.

Parchetul a formulat apel, susținând că „din înscrisurile aflate la dosarul cauzei rezultă, dincolo de orice îndoială, că inculpata este proprietarul imobilului, iar acest drept presupune atât drepturi, cât și obligații (deși Parchetul nu indică fundamentul acestor obligații – n.m.). Ori, câtă vreme inculpata cunoștea faptul că la imobil se desfășurau lucrări de construire, era obligația acesteia, în calitate de proprietară, să se asigure că aceste lucrări se desfășoară în limitele dispozițiilor legale aplicabile, a cunoscut faptul că s-a dispus oprirea lucrărilor atât printr-o ordonanță președințială,

cât și prin procese verbale de sancționare a contravenției. (...) Câtă vreme cunoștea faptul că la acest imobil se desfășoară lucrări de construcție și chestiunea aceasta a fost recunoscută de către inculpată, era obligația acestei inculpate, în calitate de proprietar, să se asigure că aceste lucrări se desfășoară în condițiile și în limitele dispozițiilor legale aplicabile. Inculpata a contestat în instanță deciziile de sancționare, context în care avea obligația să se asigure că lucrările au fost în realitate oprite. Or, inculpata a ales pur și simplu să nu se intereseze deloc în legătură cu imobilul respectiv, iar acum practic se prevalează de propria delăsare, de faptul că nici măcar nu s-a preocupat ce se întâmplă la imobilul pe care îl deține în proprietate, apreciind că întreg comportamentul inculpatei denotă faptul că aceasta a știut de faptul că existau probleme cu acel imobil, că exista nevoia să existe un apărător care să intervină în instanță și care să-i apere dreptul de proprietate și toate drepturile aferente, dar pur și simplu aceasta a ignorat toate aceste împrejurări. Infracțiunea produce un rezultat material, cerință care este îndeplinită în cauza de față, inculpata nu poate să afirme că nu a știut despre faptul că s-a dispus oprirea lucrărilor în cauză, cunoștea acest fapt, dar a ales să ignore pur și simplu”.

Deși putem spune că raționamentul Parchetului este unul de bun – simț, și că poate, la nivel moral, simpla pasivitate a proprietarului imobilului, care cunoaște că la imobilul său se realizează lucrări neautorizate, dar nu intervine, ar trebui sancționată, totuși, în lipsa unei obligații de a acționa, această faptă rămâne fără relevanță penală.

Este de subliniat totuși că instanța de fond nu analizează o poziție de garant a proprietarei, ci doar capacitatea acesteia de a acționa, după cum am arătat mai sus, și dispune soluția de achitare pe motiv că infracțiunea prevăzută de art. 24 din Legea 50/1991 este una de pericol, ce nu poate fi comisă în modalitatea comisiei prin omisiune³.

Apelul Parchetului este respins ca nefondat prin decizia penală nr. 118/A din 4 februarie 2020 a Curții de Apel Cluj-Napoca, instanța reținând că „probele administrate în cauză dovedesc, fără putință de tăgadă, că deși inculpata C.L.A. în acte figura ca proprietar al imobilului, în realitate nu a avut nicio implicare în achiziția imobilului, autorizarea și efectuarea lucrărilor de reparație/construcție la aceasta. Astfel, proprietarul de fapt al bunului este inculpata M. A., care a desfășurat toate activitățile de achiziție, reparație, cumpărare de materiale și de reacție la

³ Deși este corect, raportat la art. 17 C. pen., că numai o infracțiune de rezultat poate fi comisă în modalitatea comisiei prin omisiune, în doctrina străină s-a reținut că în cazul infracțiunii de pericol abstract s-a argumentat că este posibil să fie comisă în modalitatea comisiei prin omisiune. A se vedea, în acest sens, Sérgio Bruno Araújo Rebouças, *Responsabilidad penal por omisión del órgano directivo de la empresa: fundamentos de imputación*, teză de doctorat, disponibilă online la <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwinzPiy-PDsAhWu-ioKHWrzA1oQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fcore.ac.uk%2Fdownload%2Fpdf%2F157756541.pdf&usq=AOvVaw0gC-3ey644Q3EodpGRA4r6>, accesat la 25.06.2021, p. 266, Mario Eduardo Corigliano, *Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática. La frontera de lo punible en el derecho penal*, în Revista internauta de práctica jurídica, nr. 18/2006, p. 5.

măsurile dispuse de autoritățile locale în ce privește sancționarea și oprirea lucrărilor de construcție. Se reține că inculpata C.L.A. nu a avut nicio implicare și activitatea de autorizare, demolare, construcție și de contestare a măsurilor dispuse de autoritățile locale cu privire la imobilul în discuție. Toți martorii audiați în cauză, constructor, furnizori de materiale, avocat au declarat că au avut reprezentarea că inculpata M.A.M. este proprietara imobilului, aceasta fiind cea care i-a angajat pentru efectuarea lucrărilor, a făcut plata materialelor de construcție, a angajat avocatul pentru contestarea proceselor-verbale de contravenție, etc. Or, simplul fapt că inculpata C.L.A. este proprietar de drept al imobilului, nu este suficient pentru întrunirea condițiilor de tipicitate ale infracțiunii, câtă vreme proprietara de fapt (mama acesteia) a exercitat toate activitățile de achiziționare, demolare, construire și contestare a măsurilor luate de autoritățile locale în ce privește imobilul respectiv. Susținerea că în calitate de proprietar inculpata avea drepturi și obligații, inclusiv obligația de oprire a lucrărilor, nu poate fi reținută câtă vreme aceste drepturi și obligații nu au fost exercitate personal, ele fiind exercitate de inculpata M.A.M. în numele proprietarului de drept (s.m.)”.

Instanța de apel ajunge la concluzia, cred eu, corectă. Doar pentru că o persoană are calitatea de proprietar a unui imobil nu poate răspunde penal, dacă o altă persoană efectuează lucrări asupra imobilului respectiv. Însă, deși instanța de apel nu indică ce element din tipicitatea infracțiunii ar lipsi, acesta nu este dificil de identificat: lipsește poziția de garant.

III. Imobilul ca element decisiv pentru comiterea unei infracțiuni

O altă chestiune analizată în special în jurisprudența spaniolă este în ce măsură va răspunde proprietarul unui imobil care asistă pasiv la comiterea de infracțiuni în sfera imobilului său.

Se apreciază de către unii autori că simplul fapt de a fi titularul unei locuințe nu obligă persoana respectivă la a împiedica leziunile aduse valorilor sociale care ar putea apărea în sfera sa de control, cu excepția cazului în care locuința este folosită ca un mediu de comitere a faptei, adică să nu fie doar locul unde se comite fapta, ci în considerarea particularităților sale aceasta să aibă un rol în desfășurarea concretă a faptelor⁴, cum ar fi atunci când, pentru că este încuiată cu cheia, facilitează atacul autorului. Acesta ar fi cazul de asemenea atunci când un spațiu închis, cu privire la care o altă persoană are o poziție de garant, este utilizat ca bază pentru a pregăti activități criminale, sau când atacul victimei a fost favorizat de configurația locuinței,

⁴ Hans – Joachim Rudolph, *Primat des Strafrechts im Umweltschutz?*, NSStZ, 1984, p. 154 apud Enrique Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, p. 43, Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 890, José De la Mata Amaya, José Miguel Sánchez Tomás, Rafael Alcácer Guirao, ș. a., *Teoría del Delito*, disponibil online la https://www.academia.edu/40814544/Teor%C3%ADa_del_delito_Jos%C3%A9_De_la_Mata_Amaya, accesat la 26.07.2021, p. 204.

sau când această configurație îi face dificilă apărarea sau fuga victimei. Într-o altă opinie, fundamentul acestei noțiuni nu ar consta în particularitățile obiectului care ar putea favoriza leziunea valorii sociale, ci în relația de încredere pe care această sferă de control („el dominio” în lb. spaniolă în original) o poate trezi în terțe persoane. În opinia acestui autor⁵, cel care are în sarcina sa o sferă de control („un sector de dominio” în lb. spaniolă în original) răspunde ca garant față de terții care se găsesc în acea sferă de control – în baza unei încrederi create în mod special, și care, ca și consecință, pot presupune că cel care are controlul va fi lângă ei pentru a îi apăra de pericole. În jurisprudența Germană (sentința Tribunalului Suprem german BGH 27, 10⁶) s-a reținut că este fundamentată o comisiune prin omisiune a proprietarului unui local care nu intervine pentru a evita tâlhăria urmată de moartea victimei comisă împotriva unei persoane pe care a adăpostit-o ca oaspete.

Prin sentința Tribunalului Suprem spaniol din 11.12.1998⁷ se discută dacă proprietarii unei locuințe sunt garanți în sensul art. 11 C. pen. pentru necomiterea de infracțiuni de către terți în acel domiciliu. Se reține că doctrina a admis în astfel de situații posibilitatea de a fundamenta o poziție de garant adică, o obligație juridică de a împiedica rezultatul, chiar dacă numai pentru cazul în care domiciliul constituie un factor decisiv pentru comiterea infracțiunii. În particular, se înțelege că aceste condiții există în cazul vânzării de droguri interzise. Tribunalul Suprem spaniol argumentează o poziție de garant reținând că „în această cauză, se reține că nu există nicio îndoială că inculpații nu se găseau legați de cealaltă inculpată printr-o relație personală care ar putea fundamenta o poziție de garant (cum ar fi cazul soților, de exemplu). Nu există nicio îndoială nici că domiciliul în care s-a comis fapta a constituit un factor decisiv pentru asigurarea clandestinității pe care vânzarea de droguri interzise o impune”.

De asemenea, prin sentința Tribunalului Suprem spaniol din 7.12.2000⁸ este condamnat tatăl titular al domiciliului unde fiica sa comercializa droguri. Se reține că nu s-a putut proba nici un act activ de participare la infracțiunea de trafic de droguri a fiicei, dar se reține că elementele de trafic de droguri erau la cunoștința tatălui, că acesta nu ar fi putut ignora vizitele cumpărătorilor fiicei, existența drogurilor în casă, și a instrumentelor pe care fiica lui le folosea pentru dozarea lor. Se reține că infracțiunile pot fi comise nu numai într-o modalitate activă, deci printr-un comportament care să semnifice o contribuție causală la rezultat. Așadar, poziția de garant a unui titular al unui domiciliu, cu privire la comiterea de infracțiuni în acesta, trebuie reținută când domiciliul constituie un element de importanță specială pentru comiterea infracțiunii⁹. În opinia Tribunalului Suprem spaniol, s-a creat un pericol în

⁵ Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 1996, n.m. 89 *apud* Enrique Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, p. 43-44.

⁶ Enrique Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, p. 44.

⁷ Disponibilă online la <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>, accesat la 10.11.2021.

⁸ Disponibilă online la <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>, accesat la 10.11.2021.

⁹ Aceeași soluție și în sentința Tribunalului Suprem spaniol 106/96 din 10.02.1996, disponibil online la <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>, accesat la 10.11.2021.

exteriorul clădirii pentru că a rămas neluminată o rampă de care s-a lovit o persoană care a decedat.

O situație specială este analizată de Tribunalul Suprem spaniol prin sentința din 26.06.1990¹⁰: inculpatul avea o casă la țară de unde descoperă că i-au fost furate niște obiecte, și îi roagă pe alți doi inculpați să îl ajute să descopere vinovatul. Inculpații merg într-un sat apropiat unde descoperă, consideră ei, pe autorul furtului, îl aduc la casa primului inculpat, îl acoperă cu benzină și îi dau foc, în timp ce primul inculpat asistă pasiv la toată scena. Poziția de garant s-ar fundamenta atât pe faptul că el le-a solicitat ajutorul, cât și pe faptul că fapta a avut loc la domiciliul lui.

Din contră, prin alte sentințe¹¹, Tribunalul Suprem spaniol susține că o astfel de poziție de garant nu are nici un suport legal.

Aceste contradicții din jurisprudența Tribunalului Suprem spaniol ne arată că nu există o unanimitate în ceea ce privește răspunderea proprietarului în cazul în care în cadrul imobilului său se comit infracțiuni și el asistă pasiv. În lipsa unei obligații exprese de a acționa, consider că nu se poate reține nici măcar o participație la comiterea acestor infracțiuni.

IV. Imobilul ca sursă de pericol și obligația de a acționa

Până în acest moment, am analizat situațiile în care imobilul este în bună stare, și există o activitate efectuată asupra imobilului (executarea de lucrări fără autorizație), respectiv în imobil (comiterea de infracțiuni în imobil), raportat la calitatea de proprietar, și am concluzionat că această calitate nu atrage o obligație de a acționa, în principiu.

Pe de altă parte, trebuie menționat că chiar o proprietate care este în bună stare poate fi sursă de pericol: proprietarul care află că o persoană a fost închisă în casa sa, din culpă sau fortuit, va trebui să o elibereze dacă nu vrea să răspundă pentru o lipsire de libertate¹².

Cu atât mai mult, dacă imobilul se află într-o stare de degradare, și constituie un pericol pentru cei din jur, cadrul se schimbă. Dacă privim obligația de a acționa din perspectiva teoriei formale, în dreptul român o putem fundamenta pe art. 5 raportat la art. 6 alin. 2 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții prevăd obligația generală pe care un proprietar de locuință o are, alături de alte persoane/instituții prevăzute la art. 6 alin. 2, de a asigura rezistența mecanică și stabilitatea imobilului astfel încât să se realizeze exploatarea unei construcții de calitate corespunzătoare, în scopul protejării vieții oamenilor, a bunurilor acestora, a societății și a mediului înconjurător. Dacă privim imobilul degradat din perspectiva teoriei

¹⁰ Disponibilă online la <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>, accesat la 10.11.2021.

¹¹ Sentința Tribunalului Suprem Spaniol din 29.01.2008, sentința Tribunalului Suprem spaniol din 4.04.2000, disponibil online la <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>, accesat la 10.11.2021.

¹² Claus Roxin, *op. cit.*, p. 888.

funcțiilor lui Armin Kaufmann¹³, acesta reprezintă o sursă de pericol care trebuie supravegheată și controlată¹⁴.

O situație în care imobilul reprezenta o sursă de pericol s-a analizat prin sentința penală nr. 35 din 25 ianuarie 2017 a Judecătorei Sectorului 3 București, rămasă definitivă prin decizia penală nr. 319 din 8 martie 2018 a Curții de Apel București¹⁵.

În speță, starea de fapt a fost următoarea: proprietarul unui imobil îl dăduse în chirie pentru o perioadă lungă de timp aceluiași chiriaș. Într-o seară, chiriașul a ținut o petrecere, iar doi dintre invitați au ieșit pe balconul imobilului, s-au sprijinit de balustradă, care s-a prăbușit, și au căzut în gol de la etajul 4 pe sol. Unul dintre invitați a decedat, iar celălalt a fost rănit grav.

Prin rechizitoriu s-a reținut că în perioada 1.04.2010 – 12.09.2010, inculpata A. Z., în calitate de proprietar al imobilului situat în București, nu a luat măsurile necesare pentru remedierea stării defectuoase a peretelui (balustradei) balconului de la apartament care să împiedice orice accident, iar inculpata T. A. C., în calitate de chiriaș al imobilului, deși cunoștea starea precară a balustradei, a permis accesul în apartament a mai multor persoane și nu a luat măsuri suficiente pentru avertizarea acestora cu privire la starea de pericol ori pentru blocarea accesului în balcon. Parchetul a invocat faptul că chiriașul, care a avut posesia apartamentului timp de 17 ani, avea posibilitatea și a cunoscut starea aceluși balcon, care prezenta numeroase vicii, ușor de observat, fiind improbabil ca după o posesie atât de îndelungată să nu observe viciile unui balcon, și că apreciază evident faptul că cele două inculpate cunoșteau starea precară în care se afla balconul, mai ales că inculpata T. A. C. a spus clar unor invitați că nu au voie să iasă pe balcon, aspect ce reiese din numeroase declarații de martor. Astfel, Parchetul a apreciat că, în baza probatoriului administrat, reiese clar cele două inculpate au prevăzut rezultatul.

De remarcat, totuși, că Parchetul indică ca fundament al obligației de a acționa, pentru proprietar, art. 5 din Legea nr. 10/1995, dar nu indică vreun fundament în cazul chiriașului.

Cu privire la răspunderea penală a proprietarului imobilului, prima instanță reține că neluarea măsurilor indicate anterior reprezintă o inacțiune a inculpatelor, motiv pentru care instanța reține „incidența articolul 17 NCP care reglementează săvârșirea unei infracțiuni prin omisiune (inacțiune): Infracțiunea comisivă care presupune producerea unui rezultat se consideră săvârșită prin omisiune când: a) există o obligație legală sau contractuală de a acționa; b) autorul omisiunii, printr-o acțiune sau inacțiune anterioară, a creat pentru valoarea socială protejată o stare de pericol care a înlesnit producerea rezultatului”. Conform rechizitoriului, „inculpata A.Z. avea o obligație legală de a acționa, izvorâtă din dispozițiile art. 5 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții și, de asemenea, o obligație contractuală, în

¹³ Armin Kaufmann, *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 289.

¹⁴ *Idem*, p. 291.

¹⁵ Disponibile online la www.rolii.ro, accesat la 10.11.2021.

temeiul art. 1002 și art. 1447 din Codul civil din 1864, ceea ce determină, în opinia acuzării, incidența art. 17 alin. 1 lit. a) NCP. Dispozițiile art. 5 raportate la art. 6 alin. 2 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții prevăd obligația generală pe care un proprietar de locuință o are, alături de alte persoane/instituții prevăzute la art. 6 alin. 2, de a asigura rezistența mecanică și stabilitatea imobilului astfel încât să se realizeze exploatarea unei construcții de calitate corespunzătoare, în scopul protejării vieții oamenilor, a bunurilor acestora, a societății și a mediului înconjurător. În ceea ce privește dispozițiile art. 1447 din Codul civil din 1864 care reglementează obligația locatarului de a efectua reparațiile mari (capitale), aceasta este o obligație de sorginte contractuală pe care locatarul o are față de chiriașul locuinței. Această obligație operează la solicitarea chiriașului, persoana care folosește locuința și cunoaște deficiențele acesteia. În conformitate cu dispozițiile art. 1801 din Codul civil din 2009 (noul Cod civil intrat în vigoare la data de 1.10.2011), locatarul este obligat, sub sancțiunea plății de daune interese, să notifice de îndată locatarului necesitatea efectuării reparațiilor ce cad în sarcina sa. Deși contractul de închiriere cade sub incidența Codului civil din 1864, și sub imperiul reglementării anterioare, obligația prevăzută de art. 1801 NCC opera în același mod, astfel cum se statuase în practica și doctrina corespunzătoare. Din dispozițiile menționate anterior, instanța reține că obligația locatarului de a efectua reparațiile capitale este relativă, iar nu *erga omnes*, fiind o obligație a locatarului față de locatar. Din probatoriul administrat rezultă fără îndoială că inculpata T.A., în calitate de locatar, nu numai că nu a notificat ferm proprietara cu privire la necesitatea efectuării unor reparații, dar nici nu a adus la cunoștința acesteia eventualele deficiențe constatate. În aceste condiții, orice relevanță penală a dispoziției legale menționate este exclusă”. Se observă că instanța analizează obligația proprietarului de a repara sau de a menține în bună stare imobilul, analizând dacă este vorba despre o obligație *erga omnes* sau *inter partes*. Această clasificare este una specifică dreptului privat, și nu ar trebui să aibă relevanță în dreptul penal, unde ar trebui analizat dacă garantul și-a îndeplinit sau nu obligația de a controla sursa de pericol. Însă, raționamentul primei instanțe sugerează că, deși proprietarul avea o obligație de a acționa în temeiul Legii 10/1995, deoarece nu a fost notificată de chiriaș cu privire la starea imobilului, nu a cunoscut starea acesta și nu a putut acționa în concret. Așadar, ar lipsi din structura tipicității, elementul intelectual al capacității de a acționa¹⁶, adică reprezentarea garantului că există o stare de pericol care pune în primejdie valoarea socială ocrotită.

În ceea ce privește răspunderea penală a chiriașului din imobil, prima instanță apreciază că în rechizitoriu se arată că obligația acesteia are ca fundament ideea că persoana ce are în stăpânire un bun care poate prezenta un pericol pentru valorile sociale ocrotite de legea penală este obligată să ia toate măsurile rezonabile pentru a preveni o eventuală lezare a valorilor sociale, menționându-se că inculpata cunoștea

¹⁶ Enrique Bacigalupo, *Delitos improprios de omisión*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 151, Armin Kaufmann, *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 117.

situația balconului. Judecătoria Sectorului 3 București apreciază că „dacă în ceea ce o privește pe inculpata A.Z. (proprietarul imobilului – n. m.) s-ar putea reține, ca izvor al obligației de a prevedea, dispozițiile art. 5 raportate la art. 6 alin. 2 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, în ceea ce o privește pe inculpata T.A., învinuirea este întemeiată pe starea de pericol creată prin faptul că nu a luat măsuri suficiente pentru avertizarea invitaților ori nu a blocat accesul în balcon. Din formularea învinuirii rezultă cu claritate că este incident art. 17 lit. b) NCP (de altfel nu a fost indicat nici un text de lege din care să rezulte obligația neîndeplinită), considerându-se că prin stăpânirea apartamentului și organizarea petrecerii s-a creat starea de pericol care a înlesnit producerea rezultatului (decesul victimei și vătămarea părții civile ca urmare a prăbușirii balustradei)”. Observăm aici că prima instanță se raportează la teoria formală a obligațiilor de acțiune, neanalizând speța prin prisma teoriilor materiale, raportat la care imobilul constituie o sursă de pericol ce trebuie controlată de agent. Așadar, în opinia primei instanțe, poziția de garant a chiriașului ar putea fi fundamentată eventual pe conduita anterioară a acestuia, aceea de a organiza o petrecere.

Prima instanță reține că „în primul rând, instanța reține că invitații la petrecere erau persoane majore, care cunoșteau că imobilul este vechi, iar cu toate acestea, partea civilă și victima au ieșit pe balcon și, mai mult, s-au sprijinit de balustrada balconului – aspect greu de prevăzut și totodată de înțeles în condițiile în care partea civilă a fost în apartament în ziua premergătoare evenimentului și a putut constata starea acestuia. În aceste condiții, însăși obligația de diligență a inculpatei este înlăturată”. Prin urmare, deși a existat o conduită anterioară a chiriașului, prin organizarea petrecerii, ceea ce prima instanță subliniază este că această conduită nu se depășește sfera riscului permis, deci nu poate fi legată de rezultatul periculos ulterior. Legat de acest aspect, prima instanță mai reține că „însăși obligația de prevedere legată de obligația de diligență impusă inculpatei este discutabilă în condițiile în care invitații la petrecere erau majori, iar starea de pericol a fost creată prin sprijinirea celor două persoane de balustrada balconului. Prin modalitatea în care acestea au acționat, au generat o stare de pericol, asumându-și un risc prin folosirea în modul indicat a balconului apartamentului. Este de menționat, de asemenea, faptul că cele două persoane cunoșteau că imobilul este vechi (fapt necontestat) și, cu toate acestea, au dat dovadă de lipsă de prudență și s-au sprijinit pe balustrada balconului”.

În continuare, prima instanță reține că „trebuie menționat că obligația de diligență a inculpatei ar fi discutabilă din moment ce petrecerea a fost organizată de către aceasta împreună cu martora B.A.C., astfel cum rezultă din probatoriul administrat, în contextul în care din modul în care este formulată acuzația rezultă că principalul element de învinuire se referă la măsurile pe care nu le-a luat în organizarea petrecerii. Se observă din rechizitoriu că în sarcina inculpatei T.A. nu s-a reținut faptul că nu a informat proprietarii că erau necesare reparații capitale, obligație adiacentă obligației prev. de art. 1447 C. civ. 1864 indicată de parchet la

învinuirea inculpatei A.Z., motiv pentru care instanța reține că învinuirea nu poate fi grefată pe obligațiile pe care inculpata le avea în calitate de chiriaș, respectiv de detentor precar al bunului”. Practic, prin acest argument instanța subliniază că ar exista o contradicție între omisiunea imputată de procurori inculpatei, aceea de a nu avertiza invitații cu privire la starea imobilului, și fundamentul unei asemenea obligații, adică obligația locatarului de a sesiza proprietarul cu privire la starea imobilului. Însă, de fapt, nici instanța nici Parchetul nu analizează chestiunea fundamentală, anume că chiriașul avea o obligație de a controla sursa de pericol reprezentată de imobil, sau, din perspectiva teoriei formale că obligațiile din Legea 10/1995 ar privi și chiriașul.

În consecință, ambele inculpate au fost achitate în primă instanță.

Împotriva acestei sentințe Parchetul a formulat apel. Curtea de Apel București, analizând apelul formulat, susține că „din probatoriul administrat rezultă că inculpata A. Z. nu a luat măsuri pentru remedierea stării defectuoase a peretelui balustradei balconului, iar în ceea ce o privește pe inculpata T.A.-C., aceasta nu a luat măsuri pentru blocarea accesului invitaților în balcon. Însă nu trebuie omis faptul că iminenta prăbușire a balustradei balconului în cazul în care cineva s-ar fi sprijinit de ea nu era evidentă pentru niciuna dintre persoanele în cauză, sens în care se rețin declarațiile martorilor audiați în cauză, și în special cea a martorului Poteră I. care a întocmit fișa tehnică a apartamentului. În același sens se reține că inculpata T.A.-C. folosea în mod uzual balconul ca loc pentru fumat și pentru a depozita diverse obiecte, fapt ce demonstrează că deși era conștientă de starea precară a balconului sub nicio formă nu s-a gândit că există un potențial risc de prăbușire, pentru că altfel nu l-ar fi folosit. Chiar și în seara petrecerii a depozitat o parte din băutură pe balcon, lângă ușă, și astfel încât o parte dintre martori au trebuit să iasă pe balcon pentru a-și lua băuturi. Faptul că ar fi avertizat pe unii dintre invitați să nu iasă pe balcon pentru că acesta e deteriorat nu conduce la concluzia automată că inculpata T.A.-C. ar fi putut să prevadă că în cazul în care vreunul dintre invitați s-ar fi sprijinit de balustradă ar fi căzut cu aceasta, și cu atât mai puțin inculpata A.Z. care nu locuia acolo (este interesat că Curtea de Apel nu vede în faptul că chiriașul a avertizat o parte din musafiri să iasă pe balcon un indiciu despre faptul că aceasta cunoștea starea balconului – n. m.).

În aceste condiții, Curtea de Apel București apreciază că rezultatul socialmente periculos nu era previzibil pentru niciuna dintre inculpate, cu atât mai mult cu cât invitații la petrecere (inclusiv victima și partea civilă) cunoșteau că imobilul este vechi, au putut constata cu propriile simțuri starea de degradare în care se afla balconul, în același mod în care l-au perceput inculpatele și ceilalți invitați. În acest sens, se reține că martorul D.V. a declarat că la momentul la care a vrut să iasă pe balcon s-a convins de starea fizică a acestuia, respectiv că este șubred și nu prezintă siguranță.

Mai mult decât atât, înainte cu o zi de producerea evenimentului, chiar partea civilă a ajutat-o pe inculpata și pe martora (coorganizatoarea evenimentului) să facă

cumpărăturile pentru petrecere și să le transporte în apartament, unde a discutat cu acestea și despre condițiile din locuință.

Prin urmare, Curtea de Apel București apreciază că nu poate fi reținută culpa sub niciuna dintre formele prevăzute de legea penală întrucât inculpatele nu au prevăzut rezultatelor faptelor lor și nici nu puteau să prevadă rezultatul care s-a produs, astfel încât răspunderea penală a inculpatelor pentru infracțiunea de ucidere din culpă și respectiv pentru infracțiunea de vătămare corporală a fost în mod corect înlăturată de instanța de fond”.

În primul rând observăm contradicția raționamentului instanței, care pe o parte reține că nu era previzibil rezultatul, deși, pe de altă parte, reține că invitații cunoșteau că imobilul este vechi și au putut percepe prin propriile simțuri starea de degradare, deci ar fi trebuit să își reprezinte că există o stare de pericol în sprijinirea de balustrada balconului.

Observăm că analiza instanței de apel se conturează pe posibilitatea de prevedere a urmării periculoase, fără a analiza sursa unei eventuale poziții de garant care ar fi impus posibilitatea de a prevedea urmarea periculoasă. Or, în lipsa unei poziții de garant, este irelevant dacă agentul prevede sau nu o urmare periculoasă, din moment ce el nu are obligația de a acționa. De ce ar fi trebuit chiriașul să prevadă că există un risc de prăbușire a balustradei, dacă nu tot pentru că, în calitate de chiriaș, avea o obligație de a acționa? Sau poate că avea această obligație de prevedere ar deriva din conduita anterioară (organizarea petrecerii). Curtea de Apel București nu răspunde însă la aceste întrebări, și face o analiză sumară a infracțiunii imputate inculpatelor.

V. Concluzii

În încheiere, se poate spune că calitatea de proprietar a unui imobil trebuie privită cu atenție atunci când se analizează răspunderea penală pentru omisiune, și existența unei obligații de a acționa, adică a unei poziții de garant. Imobilul poate constitui locul unde se comite fapta, sau asupra acestuia se pot comite acte ce întrunesc elementele unei infracțiuni, sau acesta poate constitui o sursă de pericol pentru persoanele și bunurile din jur.

În toate cazurile însă, primul pas este analiza existenței unei poziții de garant, fie din prisma teoriei formale, fie din prisma teoriei materiale, însă, pentru a se atrage răspunderea penală pentru omisiune, este absolut necesar să existe și capacitatea de a acționa a agentului, și situația tipică care pune în pericol valoarea socială ocrotită.

Or, sub acest aspect, probabil că la nivel de gândire juridică colectivă română, mai avem cale lungă de parcurs până la o analiză structurată a infracțiunii omisive impropriei.

SCURTE CONSIDERAȚII DESPRE DEFICIENȚELE REGLEMENTĂRII ȘI FUNCȚIONĂRII INSPECȚIEI FISCALE ÎN ROMÂNIA

dr. Alina-Emilia CIORTEA¹

Abstract

The present study analyses the current regulation of the tax inspection in Romania, without omitting references to other incidental legislations or to the previous versions of the national law. The aim is to identify the shortcomings of the positive law in terms of the purpose, functions and responsibilities of the tax inspection, respectively its forms and procedures. Last but not least, all the steps that contribute to the tax inspection are researched. Each deficiency and inconsistency, once identified, is subject to a thorough analysis operation whose purpose is to provide an alternative solution. The ultimate goal is to contribute to the creation of a coherent, functional and optimal legal framework for both the taxpayer and the public administration.

Keywords: *tax inspection, tax law, tax inspection report, taxpayer.*

1. Introducere

Prezentul studiu își propune să prezinte, într-o manieră detaliată și graduală, activitatea de control fiscal realizată de organele competente din România, cu scopul de a pune accent pe ordinea cronologică și firească a actelor și faptelor materiale din materie fiscală. Totodată, prin intermediul acestuia se urmărește evidențierea incoerențelor și deficiențelor unui sistem extrem de dinamic, construit relativ recent și într-o continuă ascensiune spre pretinsul deziderat de a putea fi catalogat ca aparținând unei societăți democratice, în care garantarea drepturilor și libertăților cetățenilor este mai mult decât un principiu, este o realitate.

II. Reglementarea actuală a inspecției fiscale în România

Datele istorice ne arată că din cele mai vechi timpuri activitatea umană a fost supusă controlului sub diferite aspecte. Anul 1990 a fost important pentru evoluția

¹ Doctor în drept, LL.M. in Comparative Law la Louisiana State University (SUA), cadru didactic asociat al UBB Cluj-Napoca și avocat în Baroul Cluj (alina.emilia.ciortea@gmail.com).

instituției „controlului” în materie financiar-fiscală în România. În perioada anterioară anului 1990, controlul financiar a fost reglementat cu titlu de act normativ general de Legea nr. 5/1970 privind gospodărirea mijloacelor materiale și bănești, organizarea și funcționarea controlului financiar² ce conținea reglementări distincte cu privire la controlul propriu al organizațiilor socialiste (inclusiv organizarea controlului financiar preventiv), controlul financiar intern, controlul organizat de Ministerul de Finanțe, Banca Națională a Republicii Socialiste România și alte bănci ce aveau atribuții de control în domenii specifice de activitate (Banca Română de Comerț Exterior, Banca Agricolă și Banca de Investiții)³. În cele trei decenii de la schimbarea regimului de guvernământ, s-au succedat numeroase acte normative care au contribuit la specializarea controlului fiscal față de cel financiar, prin stabilirea unor reguli specifice referitoare la obiectivele și procedura controlului, drepturile și obligațiile contribuabililor, și respectiv ale organului de control etc. Astfel, știința juridică a finanțelor publice cuprinde și analizează, la un loc, două categorii de norme juridice: *norme juridice financiare* (care reglementează raporturile de constituire, repartizare și utilizare a fondurilor bănești ale statului și ale instituțiilor publice, destinate satisfacerii nevoilor social- economice ale societății și prin care este asigurat cadrul legal al altor instituții importante în domeniu, precum creditul public și controlul financiar⁴) și *norme juridice fiscale* (care reglementează modalitățile de realizare – la orice componentă bugetară – a veniturilor publice, primordial prin specificul fiscal al impozitelor, taxelor și contribuțiilor, dar și a altor forme de prelevare⁵). Cu toate că ambele noțiuni de „inspecție fiscală” și de „control financiar” au ca finalitate salvagardarea intereselor statului și a unităților administrativ-teritoriale în materia financiar-fiscală, acestea nu trebuie confundate.

Potrivit doctrinei de specialitate, **controlul financiar** reprezintă acel control economic care are drept scop cunoașterea de către stat a modului în care sunt administrate și cheltuite mijloacele materiale și financiare puse la dispoziție de stat, urmărind asigurarea și consolidarea unui echilibru financiar, a eficienței economico-financiare, și în context dezvoltarea economiei naționale⁶. Acesta nu se confundă cu **inspecția fiscală** care reprezintă activitatea specializată desfășurată de organele fiscale competente pentru verificarea îndeplinirii de către subiectele pasive ale raporturilor de drept procedural fiscal, altele decât organele fiscale, a obligațiilor ce le incumbă în cadrul acestor raporturi⁷.

² Publicată în Buletinul Oficial nr. 80 din 10 iulie 1970.

³ Daniel Dascălu, Cătălin Alexandru, *Explicații teoretice și practice ale Codului de Procedură Fiscală*, Ed. Rosetti, București, 2005, p. 242.

⁴ Mircea Ștefan Minea, Cosmin Flavius Costas, *Dreptul finanțelor publice, Vol. 1 – Drept financiar*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 43.

⁵ În același sens, a se vedea *idem*, p. 44.

⁶ *Idem*, p. 162.

⁷ Daniel Dascălu, Cătălin Alexandru, *op. cit.*, p. 247.

Criteriile care contribuie la această distincție sunt⁸:

- *Obiectul controlului* – controlul financiar are ca obiect, potrivit art. 113 alin.(1) C. pr. fisc., „*obiect verificarea legalității și conformității declarațiilor fiscale, corectitudinii și exactității îndeplinirii obligațiilor în legătură cu stabilirea obligațiilor fiscale de către contribuabil/plătitor, respectării prevederilor legislației fiscale și contabile, verificarea sau stabilirea, după caz, a bazelor de impozitare și a situațiilor de fapt aferente, stabilirea diferențelor de obligații fiscale principale*”. Pe de altă parte, controlul financiar urmărește modul în care sunt gestionate fondurile publice și patrimoniul public.

- *Regulile procedurale aplicabile* – există acte normative diferite care reglementează modul de desfășurare a controlului financiar și a celui fiscal – Ordonanța Guvernului nr. 119/1999 privind controlul intern și controlul financiar cu modificările și completările ulterioare, Codul de procedură fiscală etc.

1. Definiția și subiectele inspecției fiscale

Legiuitorul român a considerat că trebuie să apeleze la o definiție legală a noțiunii de inspecție fiscală, astfel potrivit art. 113 alin. (1) C. pr. fisc.⁹ „*Inspekția fiscală reprezintă activitatea ce are ca obiect verificarea legalității și conformității declarațiilor fiscale, corectitudinii și exactității îndeplinirii obligațiilor în legătură cu stabilirea obligațiilor fiscale de către contribuabil/plătitor, respectării prevederilor legislației fiscale și contabile, verificarea sau stabilirea, după caz, a bazelor de impozitare și a situațiilor de fapt aferente, stabilirea diferențelor de obligații fiscale principale*.”

În ceea ce privește definiția controlului fiscal, observăm că dreptul pozitiv cuprinde o definiție a acestuia în cuprinsul art. 1 pct. 6 C. pr. fisc. („*controlul fiscal – totalitatea activităților efectuate de organele fiscale pentru verificarea modului de îndeplinire de către contribuabil/plătitor a obligațiilor prevăzute de legislația fiscală și contabilă*”). Doctrina de specialitate a definit controlul fiscal ca „*activitatea desfășurată de organele competente în vederea stabilirii stării de fapt fiscale, a identificării tratamentului fiscal corespunzător și a verificării exactității cu care contribuabilii își îndeplinesc obligațiile declarative și de plată, conform legislației fiscale în vigoare*.”¹⁰

Luând în considerare definiția legală a controlului fiscal, precum și prin raportare la modalitatea de structurare a Codului de procedură fiscală (Titlul IV, intitulat „Control fiscal” are mai multe capitole, printre care: Capitolul I „Inspekție fiscală”, Capitolul II „Controlul inopinat”, Capitolul III „Controlul antifraudă”), suntem de

⁸ Mircea Ștefan Minea, Cosmin Flavius Costaș, *op. cit.*, p. 162.

⁹ Se va avea în vedere, pe tot parcursul acestui studiu, Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală, în varianta aplicabilă în 1 octombrie 2021.

¹⁰ Cosmin Flavius Costaș (coord.), *Codul de procedură fiscală. Comentariu pe articole*, Ed. Solomon, București, 2016, p. 260.

păreră că între noțiunea de control fiscal și cea de inspecție fiscală se creează o relație de la gen (controlul fiscal) la specie (inspecția fiscală)¹¹.

Raportat la definiția legală a inspecției fiscale, se impun unele precizări.

În primul rând, în ceea ce privește categoria subiecților activi, reținem faptul că în raporturile de drept procesual fiscal, organele fiscale pot avea doar calitatea de subiect activ. Controlul efectuat asupra activității de administrare a impozitelor și taxelor desfășurate de organele fiscale (inclusiv asupra activităților de inspecție fiscală) intră în sfera controlului financiar.

În al doilea rând, conform definiției de la art. 113 alin. (1) C. pr. fisc., subiecții pasivi ai inspecției fiscale sunt constituiți din categoria contribuabililor. Același act normativ, la art. 1 pct. 4 definește noțiunea de contribuabil ca fiind „*orice persoană fizică, juridică sau orice altă entitate fără personalitate juridică ce datorează (s.n.), conform legii, impozite, taxe și contribuții sociale*”. Pe de altă parte, art. 114 din Codul de procedură fiscală stabilește categoria persoanelor supuse controlului fiscal, statuând că „*Inspecția fiscală se exercită asupra oricăror persoane și entități, indiferent de forma lor de organizare, care au obligații de stabilire, reținere sau plată (s.n.) a obligațiilor fiscale prevăzute de lege*.” Trecând peste observația conform căreia legiuitorul tinde să ofere explicații suplimentare care nu-și ating obiectivele urmărite, respectiv clarificarea și înțelegerea normelor juridice, acesta creează și confuzii. În consecință, se ridică următoarea întrebare: Din punct de vedere al conținutului, există vreo diferență între art. 1 pct. 4 și art. 114 C. pr. fisc.? În măsura în care cele două texte s-ar suprapune, ne-am afla în ipoteza unei duble reglementări care nu ridică probleme de conținut, ci eventual o suspiciune cu privire la utilitatea acestora. Pe de altă parte, dacă se pot identifica între aceste texte diferențe semnificative, ne aflăm într-un impas generat de inconsecvența legiuitorului cu importante semnificații practice. În ceea ce ne privește, considerăm că cele două texte diferă în sensul în care art. 1 pct. 4 este inclus în art. 114. Pentru a ne motiva această susținere, pornim raționamentul de la obligațiile impuse unei persoane de legea fiscală. Observăm că, persoanele care realizează venituri din activități independente, spre exemplu, au datoria, într-o primă etapă, de a-și **stabili** obligațiile față de bugetul general consolidat. Ulterior cuantificării acestora, persoana **declară** la organul fiscal competent suma pe care o **datorează**, ca mai apoi aceasta să fie **achitată**, ducând la stingerea obligațiilor fiscale din sarcina sa. *Nota bene*, este posibil ca o persoană care realizează venituri din activități independente, precum în exemplul anterior, să-și stabilească obligațiile în mod corect, dar să declare la organul fiscal o datorie inferioară celei reale, pe care apoi o achită. În această ipoteză, dacă luăm în considerare art. 113 alin. (1), coroborat cu art. 1 pct. 4 C. pr. fisc., observăm că organul de inspecție fiscală are competența de a exercita controlul asupra declarației prin care persoana în cauză îl notifică cu privire la suma datorată, fără a putea interveni anterior aceluși moment, și anume atunci când obligațiile au fost stabilite. Pe de altă parte, dacă analizăm aceeași

¹¹ *Ibidem*.

ipoteză din lumina art. 114 C. pr. fisc. constatăm că organul fiscal are competența de a interveni din chiar momentul stabilirii obligațiilor fiscale în sarcina persoanei care realizează o activitate independentă, din exemplul nostru și până la plata acestora la bugetul general consolidat. Cu toată această inconsecvență terminologică, considerăm că prin apelarea la metoda interpretării sistemice și a celei teleologice a textelor legale, vom ajunge la concluzia că organul fiscal își poate exercita în mod legal atribuțiile de la momentul stabilirii obligațiilor fiscale datorate și până la plata acestora. Se impune totuși o modificare legislativă la nivelul normelor juridice mai sus amintite pentru a asigura respectarea principiului securității raporturilor juridice, care impune în sarcina puterii legislative obligația de a redacta cu claritate și în mod neechivoc textele actelor normative.

Mai mult, în afara contribuabilului supus controlului fiscal, mai pot fi implicate în activitatea de inspecție fiscală și alte persoane (de exemplu, terțe persoane care dețin informații și/sau înscrisuri cu privire la contribuabilul respectiv – art. 113 alin. (2) lit. d) și art. 113 alin. (2) lit. e) C. pr. fisc.). În ceea ce privește art. 113 alin. (2) lit. d) conform căruia printre atribuțiile organelor de inspecție fiscală se numără și „verificarea, constatarea și investigarea fiscală a actelor și faptelor rezultând din activitatea contribuabilului/plătitorului supus inspecției sau altor persoane (s.n.) privind legalitatea și conformitatea declarațiilor fiscale, corectitudinea și exactitatea îndeplinirii obligațiilor prevăzute de legislația fiscală și contabilă”, considerăm că sfera subiectului pasiv este mai largă decât cea avută în vedere de legiuitor la definirea obiectului inspecției fiscale, anume art. 113 alin. (1) C. pr. fisc., fiind incluse, după părerea noastră, persoane care, conform contractelor civile încheiate cu contribuabilii prestează, acestora din urmă, servicii specifice domeniului fiscal (spre exemplu, întocmirea declarațiilor fiscale).

În al treilea rând, în mod corect s-a susținut în doctrina de specialitate¹² ca fiind criticabilă definiția obiectului inspecției fiscale din cuprinsul Codului de procedură fiscală. Având în vedere principiul bunei-credințe care guvernează materia fiscală și care este consacrat la art. 12 C. pr. fisc., stabilirea unor diferențe de obligații de plată nu ar putea apărea ca un obiect al activității analizate, ci, eventual, doar ca un efect al constatării unor încălcări în privința acestor obligații.

În privința acestora, suntem de părere că este necesară o reconceptualizare a definiției obiectului și funcției inspecției fiscale.

2. Scopul și funcțiile inspecției fiscale

În considerarea ansamblului reglementării legale prevăzute la art. 113 C. pr. fisc., considerăm, alături de alți autori¹³, că scopul inspecției fiscale este asigurarea

¹² Daniel Dascălu, Cătălin Alexandru, *op. cit.* p. 251. Poziția doctrinară s-a conturat sub imperiul legislației anterioare anului 2015, însă concluziile sunt aplicabile *mutatis mutandis* inclusiv în versiunea actuală a Codului de procedură fiscală.

¹³ Daniel Dascălu, Cătălin Alexandru, *op. cit.*, p. 252.

respectării legalității de către contribuabili în îndeplinirea obligațiilor ce le revin în cadrul raportului de drept procedural fiscal. O altfel de abordare, mai aproape de litera legii, și anume în considerarea art. 113 C. pr. fisc., ar pune la îndoială respectarea principiului buneii-credințe expres prevăzut de legislația fiscală. Și totuși, încercând a trece peste litera legii, spiritul acesteia ne conduce spre concluzia încălcării nefirești a principiului mai sus menționat. Raportat la consacraea expresă a atribuțiilor inspecției fiscale de a investiga activitatea contribuabilului în vederea descoperirii de elemente noi relevante pentru aplicarea legii fiscale, nu se poate pretinde că organele de inspecție fiscală pleacă de la considerentul conform căruia contribuabilul și-a îndeplinit obligațiile față de bugetul de stat ci, din contră, acestea prezumă încălcarea legii, rămânându-le doar sarcina de a descoperi această încălcare în urma desfășurării inspecției fiscale.

Din ansamblu dispozițiilor art. 113 C. pr. fisc. se desprind următoarele funcții ale inspecției fiscale: *funcția preventivă generală, funcția educativă, funcția recuperatorie și funcția sancționatorie*¹⁴.

Prin cunoașterea faptului că la un moment dat în cursul activității contribuabililor, administrația va efectua o inspecție fiscală, aceștia vor acționa cu diligență în vederea respectării cadrului legal în materie fiscală, pentru a înlătura riscul de a fi obligați la plata unor sume de bani suplimentare ca urmare a neadaptării comportamentului lor la normele legale imperative, astfel se consolidează funcția preventivă generală.

În al doilea rând, ca urmare a concluziilor din raportul de inspecție fiscală, prin funcția educativă, contribuabilul va fi informat, pentru viitor, de modul în care trebuie să aplice dispozițiile legale aplicabile pentru activitatea sa economică. Raportat la acest aspect, observăm că doar ulterior suportării de către contribuabil a consecințelor negative neadaptării comportamentului său la așteptările administrației, acesta este informat cu privire la o conduită viitoare conformă cu dispozițiile legale. Organul fiscal procedează astfel la o explicație *post-factum*, ceea ce, într-un sistem în care legislația fiscală este deseori abundentă și incoerentă, în unele locuri inexistentă, ne conduce la concluzia conform căreia contribuabilul este lăsat să își ghideze activitatea după o posibilă interpretare a legislației, ca apoi organele fiscale să stabilească în sarcina sa diferențe de plată, obligații fiscale accesorii etc. Posibilitatea consultării în condiții restrictive și îngreunate de către contribuabil a organului fiscal care este competent în aplicarea legii fiscale, nu este, în viziunea noastră, suficientă pentru a-l informa eficient și complet pe particular de conduita deziderată. Acestui aspect i se adaugă și activitatea redusă a Comisiei Fiscale Centrale, entitatea

¹⁴ Pentru detalii a se vedea N. Hoanță, *Evaziunea fiscală*, Ed. Economică, București, 1997, p. 347. Argumentul doctrinar s-a formulat sub imperiul legislației anterioare anului 2015, însă concluziile sunt superpozabile inclusiv în versiunea actuală a Codului de procedură fiscală.

însărcinată cu interpretarea legii din materie fiscală¹⁵, astfel contribuabilul, de cele mai multe ori, și-ar fi îndeplinit obligațiile fiscale în mod corect în măsura în care ar fi cunoscut și spiritul reglementărilor din materie fiscală, conduită care deseori nu îi poate fi imputabilă. În vederea soluționării acestei probleme, propunem dezvoltarea unui sistem de colaborare eficientă între administrație și contribuabil, respectarea minimelor cerințe de claritate, coerență și consecvență în redactarea normelor de drept fiscal, dar și asigurarea unui comportament din partea organelor fiscale în conformitate cu principiul securității raporturilor juridice, consacrat la nivel european¹⁶.

Cea de-a treia funcție a inspecției fiscale este cea recuperatorie. Astfel, prin descoperirea unor elemente noi relevante în urma investigării fiscale, administrația asigură recuperarea sumelor datorate bugetului de stat consolidat, care în lipsa controlului, ar rămâne neîncasate.

Funcția sancționatorie este consecința directă a încălcării normelor imperative și se poate manifesta sub forma răspunderii fiscale propriu-zise (obligarea la plata dobânzilor și penalităților), a răspunderii contravenționale, dar și a răspunderii penale (organele fiscale sesizează organele de cercetare penală competente despre săvârșirea unei pretinse infracțiuni).

3. Atribuțiile inspecției fiscale

Legiuitorul a reglementat în cuprinsul art. 113 C. pr. fisc. o sferă largă de atribuții a inspecției fiscale printre care se numără verificarea, constatarea și investigarea fiscală a tuturor actelor și faptelor rezultate din activitatea contribuabilului supus inspecției sau altor persoane privind legalitatea și conformitatea declarațiilor fiscale, corectitudinea și exactitatea îndeplinirii obligațiilor prevăzute de legislația fiscală și contabilă, în vederea descoperirii de elemente noi relevante pentru aplicarea legii fiscale, analiza și evaluarea informațiilor fiscale, sancționarea potrivit legii a faptelor reprezentând încălcări ale legislației fiscale și contabile, constatarea și dispunerea de măsuri pentru prevenirea și combaterea abaterilor de la prevederile legislației fiscale și contabile etc.

Observăm că art. 113 alin. (3) C. pr. fisc. exclude din sfera de atribuții a inspecției fiscale efectuarea de constatări tehnico-științifice sau orice alte verificări solicitate de

¹⁵ Pentru detalii, a se vedea dispozițiile Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 3733/2018 privind componența și funcționarea Comisiei fiscale centrale, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1082 din 20 decembrie 2018.

¹⁶ Cu titlu de exemplu, a se vedea CEDO, *Broniowski c. Poloniei*, 2005, para. 184; *Sunday Times c. Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord*, 1979; *CEDO Rekvényi c. Ungariei*, 1999; *Rotaru c. României*, 2000; *Damman c. Elveției*, 2005; *CEDO Facini Dori c. Recre*, 1994; *CEDO Foto-Frost c. Hauptzollant Lübeck-Ost*, 1987.

organele de urmărire penală¹⁷. Cu toate acestea, potrivit dispozițiilor art. 132 alin. (3) C. pr. fisc., coroborate cu prevederile art. 61 C. pr. pen., procesele-verbale încheiate de organele fiscale sunt acte de sesizare și stau la baza documentației de sesizare a organelor de urmărire penală. Procesul-verbal întocmit de organele de control nu constituie probă în procesul penal, astfel încât hotărârea judecătorească nu se poate întemeia pe constatările prevăzute în procesul-verbal¹⁸. Importanța procesului-verbal încheiat în urma inspecției fiscale este caracterul său de act de sesizare a organelor de urmărire penală, aspect care conduce automat la începerea urmăririi penale *in rem* conform art. 305 alin. (1) C. pr. pen., procesul-verbal fiind o condiție *sine qua non* pentru administrarea de probe în cadrul procesului penal. Așadar, organele de inspecție fiscală au competența de a contribui la declanșarea unui proces penal *in rem*, atunci când ansamblul constatărilor efectuate cu ocazia inspecției fiscale ar putea întruni elementele constitutive ale unei infracțiuni (art. 132 alin. (1) teza a II-a C. pr. fisc.). Considerăm că este important de semnalat diferența de reglementare între art. 132 alin. (1) teza a II-a C. pr. fisc. și art. 61 alin. (1) C. pr. pen. În cel din urmă text legal, legiuitorul precizează că organele de control sunt obligate să întocmească un proces-verbal ori de câte ori există o suspiciune rezonabilă cu privire la săvârșirea unei infracțiuni. În acest fel, Codul de procedură penală aduce o garanție suplimentară pe care actul de sesizare trebuie să îl îndeplinească pentru a sta la baza obligației organelor de control de a întocmi un proces-verbal: suspiciunea rezonabilă. Or, această garanție nu se regăsește în cuprinsul dispozițiilor art. 132 alin. (1) C. pr. fisc., ceea ce este, din perspectiva noastră, o deficiență care poate fi înlăturată numai coroborând cele două articole, astfel încât să se nască obligația organelor de inspecție fiscală de a sesiza organele de urmărire penală numai în măsura în care, în urma constatărilor efectuate, există o suspiciune rezonabilă cu privire la săvârșirea unei infracțiuni.

În egală măsură, dispozițiile art. 113 alin. (2) lit. g) C. pr. fisc. prevăd, printre atribuțiile organelor de inspecție fiscală, inclusiv dreptul de a solicita explicații scrise de la reprezentantul legal al contribuabilului/plătitorului sau împuternicitul acestuia ori de la persoanele prevăzute la art. 124 alin. (1), după caz, ori de câte ori acestea sunt necesare în timpul inspecției fiscale, pentru clarificarea și definitivarea constatărilor. În completare, art. 6 alin. (3) C. pr. fisc. obligația organului fiscal de a stabili un termen rezonabil pentru exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligații de către contribuabil/plătitor, cu scopul de a da posibilitatea

¹⁷ Aceste operațiuni pot fi realizate de către compartimentul specializat din cadrul Direcției Generale Antifraudă (pentru detalii, a se vedea Capitolul III. Controlul antifraudă, Titlul IV. Controlul fiscal, din Codul de procedură fiscală).

¹⁸ Gheorghiu Mateuț, Diana Ionescu, *Inadmisibilitatea utilizării ca mijloc de probă în procesul penal a proceselor-verbale și a actelor de constatare obținute în procedurile administrative de control*, C.D.P. nr. 1/2005, p. 13.

contribuabilului/plătitorului să își exercite dreptul sau să își îndeplinească obligația. În acest context, considerăm că se impun două precizări.

În primul rând, datorită faptului că inspecția fiscală nu este o procedură publică, ci se desfășoară doar în fața echipei de control, considerăm că este de mare importanță consemnarea **în scris** a răspunsurilor date de contribuabil la întrebările adresate de organele de inspecție fiscală, pentru ca într-un viitor litigiu să existe dovezi incontestabile cu privire la mărturiile făcute. De asemenea, particularul este la adăpost de un eventual refuz nejustificat și abuziv din partea organelor fiscale de a recunoaște, în fața instanței de judecată, realitatea afirmațiilor contribuabilului.

În al doilea rând, considerăm că încălcarea dispozițiilor care prevăd necesitatea formulării într-un termen rezonabil a unui răspuns de către contribuabil se cuvine a fi sancționată cu nulitatea actului administrativ fiscal încheiat de organele de inspecție fiscală, în condițiile art. 49 C. pr. fisc. Datorită faptului că nu i-a fost respectat dreptul de a beneficia de un termen rezonabil în vederea prezentării propriilor argumente, credem că particularului i s-a adus o vătămare care constă în suportarea unor consecințe de natură financiară sau poate chiar penală, fără posibilitatea de a oferi explicații pertinente care l-ar fi scutit de suportarea unor sancțiuni. Nu suntem de părere că simpla posibilitate de a prezenta aceste răspunsuri odată cu contestarea actului administrativ fiscal la organul emitent în baza art. 268 din Codul de procedură fiscală sau în fața instanței de judecată investită cu soluționarea acțiunii introduse de contribuabil se înlătură *de plano* această încălcare, deoarece planează o suspiciune cu privire la veridicitatea afirmațiilor particularului care va fi pus într-o poziție inferioară celei pe care ar fi avut-o dacă dreptul său ar fi fost respectat. Acest lucru nu poate fi acceptat într-o societate democratică, astfel se impune sancțiunea nulității actului administrativ fiscal întocmit cu nerespectarea dispoziției legale referitoare la termenul rezonabil pentru redactarea explicațiilor în scris.

Explicațiile contribuabilului se vor da, în toate cazurile, în scris purtând denumirea de *notă explicativă*. În măsura în care contribuabilul refuză să răspundă, organul de inspecție fiscală va menționa acest refuz în raportul de inspecție fiscală sau în procesul-verbal. Considerăm că refuzul particularului poate fi interpretat, numai într-un mod nelegal, ca fiind o achiesare la constatările administrației sau ca o autoincriminare. Suntem de părere că refuzul contribuabilului de a da explicațiile cerute de organele de inspecție fiscală nu poate fi interpretat sub nicio formă ca fiind o acceptare sau o recunoaștere a celor constatate, deoarece dacă ne-am raporta la regulile generale din dreptul civil, tăcerea nu valorează acceptare, decât atunci când părțile convin să-i acorde acesteia o atare semnificație – situație inexistentă în acest caz. În caz de refuz al contribuabilului, organul de inspecție fiscală va consemna această stare de fapt în raportul de inspecție fiscală sau în procesul-verbal¹⁹.

¹⁹ Emilian Duca, *Codul de procedură fiscală comentat și adnotat*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 122.

Încălcarea obligației de colaborare prevăzută la art. 124 C. pr. fisc. poate atrage răspunderea penală (de pildă, pot deveni incidente dispozițiile art. 4 din Legea nr. 241/2005 privind prevenirea și combaterea evaziunii fiscale) sau contravențională a contribuabilului (de exemplu, poate fi aplicabile normele prevăzute de art. 336 alin. (1) lit. n) sau lit. r) C. pr. fisc.).

Raportat la această din urmă observație, considerăm că art. 124 alin. (2) C. pr. fisc. în baza căruia contribuabilul este obligat să colaboreze la constatarea stării de fapt fiscale contravine dreptului european care, în baza principiului supremației²⁰, beneficiază de o aplicabilitate prioritară față de dreptul național. În baza acestui text din Codul de procedură fiscală, contribuabilul este obligat să dea informații, să prezinte la locul de desfășurare a inspecției fiscale toate documentele, precum și orice alte date necesare clarificării situațiilor de fapt relevante din punct de vedere fiscal. Pe de-o parte, prin îndeplinirea acestei obligații, contribuabilul este constrâns să participe activ la o potențială incriminare a sa, iar pe de altă parte, în măsura în care refuză dezvăluirea tuturor aspectelor legate de activitatea sa economică, riscă să fie sancționat.

Art. 124 alin. (1) teza a II-a C. pr. fisc. precizează că, în măsura în care informațiile furnizate de contribuabil sau de persoanele numite de acesta sunt insuficiente, atunci **organul de inspecție fiscală se poate adresa și altor persoane pentru obținerea de informații**. Prin această normă, legiuitorul lasă la libera apreciere a organelor de inspecție fiscală calificarea informațiilor primite de la contribuabil suficiente sau, din contră, insuficiente. Suntem de părere că această prerogativă acordată administrației este susceptibilă să conducă la abuzuri, mai ales având în vedere faptul că se includ automat în sfera subiecților pasivi ai inspecției fiscale și alte persoane, față de care nu este creat un cadrul procedural fiscal, dar care, cu toate acestea, au obligații impuse de lege. Profesorul Radu Bufan²¹ susține în mod fondat că drepturile de care beneficiază contribuabilul în timpul inspecției fiscale se extind și asupra altor persoane care intervin în activitatea de control²².

4. Competența în efectuarea inspecției fiscale

Doctrina de specialitate a definit competența ca acea *calitate pe care trebuie să o aibă autorul de fapt al unui act administrativ, astfel încât aceasta să fie și autorul său de drept*²³. Mai mult, potrivit acestui autor, competența prezintă patru trăsături

²⁰ Acest principiu a fost consacrat de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza *Costa c. Enel*, din 15 iulie 1964.

²¹ Pentru detalii, a se vedea Radu Bufan, *Drepturile contribuabilului în cadrul procedurii de control fiscal*, în *Revista de drept comercial* nr. 12/1998.

²² Facem trimitere, pentru mai multe discuții cu privire la acest aspect la punctul 1 al prezentei lucrări (*Definiția și subiectele inspecției fiscale*).

²³ Ovidiu Podaru, *Drept administrativ - Vol. 1. Actul administrativ. Repere pentru o teorie altfel*, Ed. Hamangiu, 2010, p. 83.

fundamentale: legalitatea, exclusivitatea, exercitarea în nume propriu și caracterul de ordine publică.

Prima regulă de competență este aceea că ea este determinată de lege sau de acte administrative normative. În ceea ce privește procedura fiscală, competența de reglementare revine exclusiv Parlamentului și autorităților administrației publice centrale (Guvern, Ministerul Finanțelor Publice, Agenția Națională de Administrare Fiscală)²⁴. Codul de procedură fiscală, la art. 119 alin. (1), intitulat „Competența de efectuare a inspecției fiscale”, precizează *„Inspecția fiscală se exercită exclusiv, nemijlocit și neîngrădit de organul fiscal competent potrivit cap. 1 și II ale titlului III. Organele fiscale care sunt competente să efectueze inspecția fiscală sunt denumite în sensul prezentului capitol organe de inspecție fiscală.”* Astfel, putem observa că sfera atribuțiilor organelor de inspecție fiscală nu poate fi stabilită, în nicio situație, de către autoritățile locale datorită importanței acesteia raportat la faptul că reprezintă o problemă de ordine publică necesară a fi reglementată unitar la nivel național.

Un aspect de particularitate care s-a întâlnit în practica reglementării anterioare se referea la legalitatea efectuării inspecției fiscale de către anumite organe. Art. 99 din O.G. nr. 92/2003 Codul de procedură fiscală²⁵, la alin. (2) menționa *„Competența de exercitare a inspecției fiscale pentru Agenția Națională de Administrare Fiscală și unitățile sale subordonate se stabilește prin ordin al președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală. Organele de inspecție fiscală din aparatul central al Agenției Naționale de Administrare Fiscală au competență în efectuarea inspecției fiscale pe întregul teritoriu al țării”*. Observăm că, în ceea ce privește Agenția Națională de Administrare Fiscală, președintele acesteia stabilea printr-un act normativ *secundum legem*, intitulat ordin, competența de exercitare a inspecției fiscale.

Art. 11 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative precizează *„(1) În vederea intrării lor în vigoare, legile și celelalte acte normative adoptate de Parlament, hotărârile și ordonanțele Guvernului, deciziile primului-ministru, actele normative ale autorităților administrative autonome, precum și ordinele, instrucțiunile și alte acte normative emise de conducătorii organelor administrației publice centrale de specialitate se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I, (2) Nu sunt supuse regimului de publicare în Monitorul Oficial al României: a) deciziile primului-ministru clasificate, potrivit legii; b) actele normative clasificate, potrivit legii, precum și cele cu caracter individual, emise de autoritățile administrative autonome și de organele administrației publice centrale de specialitate. (3) Legile se publică imediat după promulgare, însoțite de actul prin care au fost promulgate. Celelalte acte cu caracter normativ, adoptate de Parlament, se publică sub semnătura președinților celor două Camere. (4) Ordonanțele și hotărârile Guvernului se publică numai după ce au fost semnate de*

²⁴ Mircea Ștefan Minea, Cosmin Flavius Costaș, *Dreptul Finanțelor Publice, Vol. II – Drept Fiscal*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 25.

²⁵ Act normativ abrogat prin intrarea în vigoare a Legii nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală (publicată în Monitorul Oficial al României nr. 547/23.07.2015).

primul-ministru și contrasemnate de miniștrii care au obligația să le pună în executare. (5) Celelalte acte normative se publică după ce au fost semnate de emitent.” Astfel, pentru a respecta principiul legalității din materie fiscală și datorită faptului că ordinul președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală nu se regăsește printre excepțiile expres și limitativ prevăzute de Legea nr. 24/2000, actul administrativ normativ care reglementează problema competenței este necesar a fi publicat în Monitorul Oficial la un moment ulteriori semnării acestuia de către emitent.

Într-o lucrare de specialitate²⁶, autorii nu au reușit, prin intermediul tuturor programelor legislative disponibile, identificarea Monitorului Oficial în care au fost publicate preținsele acte normative în baza cărora Direcțiile Generale ale Finanțelor Publice procedau la efectuarea inspecțiilor fiscale (Ordinul președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală nr. 375/2009, Ordinul președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală nr. 943/2009, Ordinul președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală nr. 1172/2009, Ordinul președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală nr. 1348/2009). Administrația și-a motivat comportamentul susținând că ordinele în cauză nu au fost publicate în Monitorul Oficial al României, întrucât ele sunt **acte administrative cu caracter intern**, destinate doar organelor fiscale. Cu toate acestea, prevederile respectivelor ordine **sunt opozabile particularilor**. Alături de autorii mai sus citați, suntem de părere că problema competenței nu este una de organizare internă, ci o chestiune de ordine publică, ce prezintă interes atât pentru administrație, cât și pentru contribuabil. În vederea respectării exigențelor principului securității juridice, contribuabilul are dreptul și trebuie să cunoască, cât mai detaliat posibil, care este organul fiscal competent să efectueze inspecția fiscală pentru a-și putea adapta conduita în conformitate cu exigențele acestui organ.

Organele fiscale s-au apărat în fața instanțelor de judecată susținând că actele administrative care reglementează competența ar constitui probleme de ordin intern care nu necesită a fi publicate. Observăm că Ordinul nr. 2311/2007 al Președintelui A.N.A.F. modificat și completat ulterior a fost totuși publicat în Monitorul Oficial al României nr. 842 din 8 noiembrie 2007²⁷. Acest act administrativ stabilește în mod obligatoriu condițiile de delegare a competenței de efectuare a inspecției fiscale altui organ de inspecție fiscală. Cu toate că nu putem desprinde rațiunea acestui comportament al administrației, în opinia noastră dezorganizat și incoerent, organele centrale rămân în pasivitate, considerând că argumentele susținute de acestea ar fi ferite de orice critici.

²⁶ Mircea Ștefan Minea, Cosmin Flavius Costăș, *op. cit.*, Vol. II, p. 22.

²⁷ Situația este identică și în cazul O.P.A.N.A.F. nr. 3.696/2015 pentru stabilirea unor competențe de exercitare a inspecției fiscale pe întreg teritoriul țării (M. Of. nr. 947 din 22 decembrie 2015), respectiv a O.P.A.N.A.F. nr. 767/2016 privind condițiile de delegare a competenței altui organ de inspecție fiscală pentru efectuarea unei acțiuni de inspecție fiscală (M. Of. nr. 150 din 26 februarie 2016).

În acest context, în măsura în care actele normative în cauză nu au fost publicate în Monitorul Oficial al României, acestea nu sunt în vigoare, fiind deci inopozabile particularilor, dar și organelor fiscale. Mergând mai departe cu acest raționament, constatăm că sancțiunea tuturor inspecțiilor fiscale efectuate în perioada în care ordinul Președintelui A.N.A.F nu a fost publicat este nulitatea. Astfel, inspecțiile fiscale sunt nelegale, iar actele administrativ fiscale întocmite în baza acestora, datorită faptului că sunt efectuate de organe necompetente, sunt nule.

Înalta Curte de Casație și Justiție, prin Decizia nr. 4167 din 23 noiembrie 2006²⁸ a reținut următoarele:

„Incidența motivului de nelegalitate provăzut la art. 304 pct. 9 C. pr. civ., sentința civilă nr. 589 din 9 martie 2006 fiind pronunțată de Curtea de Apel București cu încălcarea dispozițiilor legale referitoare la competența organelor fiscale. Aceasta deoarece: Conform art. 1 din O.G. nr. 92/2003 privind Codul de Procedură Fiscală al României, noțiunea de inspecție fiscală este asimilată noțiunii de administrare a taxelor și impozitelor. Prin art. 32 cu referire la art. 17 C. pr. fisc. (în forma în vigoare la data efectuării inspecției fiscale, în cauză), a fost instituită regula generală a competenței Agenției Naționale de Administrare Fiscală (A.N.A.F) de a efectua inspecția fiscală asupra contribuabililor.

Excepția de la această regulă este expres prevăzută în art. 33 din codul amintit și vizează “marii contribuabili”. Potrivit acestui din urmă text, prin ordin al ministrului finanțelor publice, se poate stabili în sarcina altor organe fiscale competența de administrare a impozitelor, taxelor, contribuțiilor și a altor sume datorate bugetului general consolidat, datorate de marii contribuabili.

Conform evidențelor cuprinse în anexa 2 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 343/2005 (privind organizarea activității de administrare a marilor contribuabili), societatea recurentă figurează pe lista marilor contribuabili.

Procedura de administrare și monitorizare a marilor contribuabili în vederea aplicării Ordinului M.F.P nr. 343/2005 a fost aprobată prin Ordinul M.F.P nr. 516/2005.

Așa cum rezultă din lit. H pct. 1 din Procedura aprobată prin Ordinul nr. 516/2005. “activitatea de inspecție fiscală (...) se desfășoară de personal cu atribuții de inspecție fiscală din cadrul Direcției Generale de Administrare a Marilor Contribuabili (D.G.A.M.C)”.

O delegare de competență este posibilă numai în condițiile pct. 5 din procedura în discuție, anume numai dacă este acordată de către structurile de inspecție fiscală din cadrul D.G.A.M.C.

În speță, inspecția fiscală din 9-24 iunie 2005 și actele administrative contestate de recurenta-reclamantă sunt întocmite de un organ fiscal necompetent, respectiv de Direcția Antifraudă Fiscală din cadrul A.N.A.F., prin încălcarea literei H pct. 1 al anexei

²⁸ Publicată în Jurisprudența Secției de Contencios Administrativ și Fiscal al Înaltei Curți de Casație și Justiție pe anul 2006, semestrul II, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 296.

la ordinul M.P.F. nr. 561/2005 și în condițiile inexistenței unei delegări de competență date acestei autorități de către D.G.A.M.C.

Întrucât, potrivit art. 2 alin. (3) C. pr. fisc., dispozițiile acestuia se completează cu cele ale Codului de procedură civilă, iar regulile de competență sunt de ordine publică, actele administrativ-fiscale în litigiu nu pot fi validate prin soluția instanțelor de judecată, urmând a se dispune anularea lor pentru motivul prezentat în detaliu în considerarea deciziei de față.

În acest context, Înalta Curte apreciază drept superfluă orice altă analiză asupra elementelor legate de fondul inspecției fiscale efectuate la sediul S.C. JTI.M (România) S.A.”

Apreciem ca adecvată realității juridice decizia mai sus citată a Înaltei Curți de Casație și Justiție și considerăm că, în mod fondat, instanța supremă a constat nulitatea inspecției fiscale efectuate și a actelor administrativ fiscale încheiate în baza acesteia.

Susținerea conform căreia sunt situații de nulitate doar ipoteze prevăzute în mod expres de Codul de procedură fiscală la art. 49 nu are niciun fundament teoretic. Este binecunoscută clasificarea nulităților în nulități exprese și nulități virtuale²⁹. Din această perspectivă, art. 49 consacră ipoteze de nulitate expresă, anume acele cazuri prevăzute expres de legiuitor care conduc la aprecierea unui act administrativ fiscal ca nelegal. Alături de aceste nulități, în dreptul public există și ipoteze de nulitate virtuală (de pildă, încălcarea dreptului contribuabilului de a fi ascultat înaintea luării deciziei de către organul fiscal conform art. 9 C. pr. fisc.).

În considerarea argumentelor prezentate în acest subcapitol referitor la competența organelor fiscale de a efectua inspecție fiscală, observăm că alături de legalitate, ca trăsătură a competenței, se conturează și exclusivitatea, alături de exercitarea în nume propriu, dar și de caracterul de ordine publică.

Exclusivitatea constă în repartizarea atribuțiilor astfel încât una și aceeași atribuție să aparțină unui singur organ administrativ³⁰. În materia inspecției fiscale, competența generală aparține Agenției Naționale de Administrare Fiscală și unităților administrativ-teritoriale conform dispozițiilor art. 119, art. 120 coroborat cu art. 1 pct. 31 și pct. 32, respectiv art. 29 și urm. C. pr. fisc..

Cea de-a treia trăsătură a competenței este exercitarea în nume propriu. Astfel, spre exemplu A.N.A.F. exercită, prin intermediul funcționarilor publici angajați în structurile teritoriale ale sale, atribuția de inspecție fiscală. Cu toate acestea, este posibil ca o atribuție să fie exercitată de un alt organ, în baza unui transfer de competență. Precum s-a menționat deja, este posibilă delegarea competenței unor alte organe decât cele prevăzute de lege³¹, însă numai cu respectarea ierarhiei actelor

²⁹ Pentru o expunere detaliată a clarificării nulităților în dreptul public, a se vedea Ovidiu Podaru, *op. cit.*, p. 391.

³⁰ *Idem*, p. 96.

³¹ Pentru critici pertinente cu privire la modalitatea de reglementare a delegării de competență, a se vedea Cosmin Flavius Costăș (coord.), *op. cit.*, p. 271.

normative în sistemul românesc și a regulilor cuprinse în Ordinul Agenției Naționale de Administrare Fiscală nr. 767/2016 privind condițiile de delegare a competenței altui organ de inspecție fiscală pentru efectuarea unei acțiuni de inspecție fiscală. Și în această ipoteză, una și aceeași atribuție este dată doar în sarcina unui singur organ. Exercițarea simultană de mai multe organe este interzisă, iar sancțiunea care lovește actele încheiate de un organ necompetent este nulitatea absolută (art. 49 alin. (1) lit. a) C. pr. fisc.).

Caracterul de ordine publică poate fi evidențiată sub mai multe aspecte³²: exercitarea competenței este obligatorie pentru titularul ei, astfel acesta are posibilitatea de a stabili în cel fel își va exercita atribuțiile, însă nu are posibilitatea de a alege a nu le exercita deloc. Apoi, neregularitatea rezultând din lipsa competenței nu poate fi acoperită prin simpla ratificare a autorității competente, ci instanța de judecată va proceda la anularea actului administrativ încheiat cu nesocotirea regulilor imperative de competență, urmând ca organul fiscal competent va emite un nou act administrativ fiscal, cu efecte de la data comunicării lui destinatarului. Aceste aspecte teoretice s-au conturat și în Decizia nr. 4167 din 23 noiembrie 2006 a ÎCCJ, mai sus citată.

5. Forme și procedurile de inspecție fiscală

Art. 115 C. pr. fisc. precizează că, din punct de vedere al formei, inspecția fiscală poate fi generală sau parțială. Considerăm că importanța majoră a acestei clasificări constă în imposibilitatea organului fiscal de a reveni ulterior unei inspecții fiscale asupra aceleași perioade și asupra acelorași obligații fiscale deja verificate de o echipă de control, având în vedere principiul unicității inspecției fiscale, prevăzut la art. 118 alin. (3) C. pr. fisc. conform căruia „*Inspecția fiscală se efectuează o singură dată pentru fiecare tip de creanță fiscală și pentru fiecare perioadă supusă impozitării*”. Cu toate acestea, art. 128 alin. (1) C. pr. fisc. prevede o excepție de la acest principiu: „*Prin excepție de la prevederile art. 118 alin. (3), conducătorul organului de inspecție fiscală poate decide reverificarea unor tipuri de obligații fiscale pentru o anumită perioadă impozabilă, la propunerea organului de inspecție fiscală desemnat cu efectuarea inspecției sau la cererea contribuabilului, dacă sunt îndeplinite următoarele condiții cumulative: a) după încheierea inspecției fiscale apar date suplimentare care erau necunoscute organului de inspecție fiscală sau, după caz, contribuabilului, la data efectuării inspecției fiscale; b) datele suplimentare influențează rezultatele inspecției fiscale încheiate.*” Legiuitorul, la alin. (2) al art. 128 C. pr. fisc. definește noțiunea de *date suplimentare*. Acest alineat are un conținut deschis care permite autorităților să procedeze la reverificarea unui contribuabil atunci când dețin date suplimentare obținute în orice alt mod de organele de inspecție fiscală decât cele deja enumerate în acest alineat. Considerăm că nu există alte mijloace legale de procurare

³² Ovidiu Podaru, *op. cit.*, p. 103.

a datelor suplimentare decât cele menționate *expressis verbis* în alin. (2) al art. 128. În același sens, s-a pronunțat Înalta Curte de Casație și Justiție în Decizia nr. 1359/2014, arătând că „din interpretarea normelor legale evidențiate, rezultă fără echivoc necesitatea fundamentării deciziei de reverificare a unei anumite perioade supuse impozitării pe existența unor date suplimentare care pot rezulta, printre altele, din solicitări ale organelor de urmărire penală sau ale altor organe sau instituții îndreptățite potrivit legii. Așadar, existența unei solicitări/sesizări a unui organ ori instituții îndreptățite potrivit legii este necesară, dar nu și suficientă pentru demararea procedurii de verificare, în lipsa identificării unor date suplimentare sau a unor erori de calcul de natură să influențeze rezultatele inspecției fiscale anterioare”³³. De asemenea, prin Decizia nr. 299/2012 a Înaltei Curți de Casație și Justiție s-a confirmat faptul că dreptul la securitate fiscală este unul dintre drepturile fundamentale ale contribuabilului în cadrul inspecției fiscale și, pe cale de consecință, s-a afirmat că în măsura în care elementele de fapt au fost accesibile organelor de inspecție fiscală în cadrul controlului fiscal anterior, neanalizarea unor operațiuni relevante privitoare la impozitul verificat (din neglijență sau nepricepere) nu constituie un motiv de reluare a inspecției fiscale³⁴.

6. Realizarea inspecției fiscale – etape

a) Selectarea contribuabililor pentru inspecția fiscală

Conform art. 121 alin. (1) C. pr. fisc., „selectarea contribuabililor/plătitorilor ce urmează a fi supuși inspecției fiscale este efectuată de către organului fiscal competent, în funcție de nivelul de risc”. Mai mult, potrivit art. 121 alin. (2) din Codul de procedură fiscală, contribuabilul nu poate face obiecții cu privire la procedura de selectare folosită. Observăm că, în această materie, organul fiscal are putere de apreciere discreționară. În principiu, considerăm că particularul ar trebui să aibă un control asupra aplicării principiului de selectare a contribuabililor, asupra grilei de punctaj. Această susținere o fundamentăm pe dorința de a depune toate diligențele necesare pentru a împiedica abuzurile la nivelul instituțiilor statului. Or, acest deziderat se poate realiza numai prin limitarea puterii de apreciere a administrației și prin instituirea unor criterii obiective de selectare a contribuabililor, astfel încât această procedura de selecție să poată fi verificată în mod efectiv sub aspectul legalității și oportunității de către instanța de judecată.

b) Emiterea și comunicarea avizului de inspecție fiscală

Codul de procedură fiscală consacră art. 122 avizului de inspecție fiscală³⁵.

O primă problemă care se ridică este stabilirea naturii juridice a avizului de inspecție fiscală. În doctrina de specialitate³⁶ s-a susținut că acest aviz nu ar fi un act

³³ Emilian Duca, *op. cit.*, p. 133.

³⁴ Cosmin Flavius Costăș (coord.), *op. cit.*, p. 283.

³⁵ A se vedea și Ordinul președintelui A.N.A.F. nr. 3711/2015 privind modelul și conținutul formularelor și a documentelor utilizate în activitatea de inspecție fiscală.

administrativ fiscal în sensul Codului de procedură fiscală, ci numai o formă procedurală prealabilă inspecției fiscale, care are însă consecințe deosebit de importante cu privire la validitatea acesteia³⁷. Mai mult, se afirmă că fiecare acțiune de control este precedată de un act administrativ emis de conducerea organului de control, independent de forma controlului. Această manifestare de voință ar reprezenta, în viziunea acestor autori, un act administrativ fiscal, care poate fi contestat. Raționamentul acesta rezultă, din perspectiva doctrinarilor citați, și din aceea că nu este întotdeauna obligatorie comunicarea avizului de inspecție fiscală.

Nu îmbrățișăm o asemenea abordare. Vom detalia poziția noastră în cele ce urmează.

Desigur că denumirea actului ar putea să ne inducă în eroare și să considerăm că acesta nu este un veritabil act administrativ, ci face parte doar din faza premergătoare a inspecției fiscale. Cu toate acestea, în măsura în care voința administrației îndeplinește condițiile unui act administrativ, instanțele de judecată au reținut această natură juridică, ignorând denumirea actului³⁸. Astfel, pentru ca manifestarea de voință a administrației să poată fi calificată ca un act administrativ este necesară să provină de la o autoritate publică, să fie emisă în scopul de a produce efecte juridice, în regim de putere publică, în vederea aplicării legii.

Este indubitabil faptul că „avizul” de inspecție fiscală provine de la o autoritate publică (Agenția Națională de Administrare Fiscală) și că este emis în exercițiul puterii publice, deoarece „avizul” este un act de putere și nu doar o manifestare de voință a administrației în sensul angajării acesteia în raporturi de drept civil. Mai mult, actul intitulat „aviz” este elaborat în vederea aplicării concrete a legii, pentru că scopul acestuia este de a stabili o legătură între prevederile abstracte ale legii și situația concretă în care se află un particular³⁹. Discuții pot apărea în privința potențialelor efecte juridice ale „avizului”. Întrebarea care se ridică este: în ce măsură se poate considera că emiterea unui aviz dă naștere unor drepturi și corelativ unor obligații? Este această manifestare de voință a autorităților publice făcută „*cu intențiunea de a produce un efect juridic, de a modifica sau adăuga ceva la ordonanțarea juridică*”⁴⁰? Suntem de părere că răspunsul la aceste întrebări nu poate fi decât afirmativ. Astfel, „avizul” de inspecție fiscală fixează limitele în care organele de control vor proceda la verificarea contribuabilului (va fi stabilit temeiul juridic al inspecției, data de începere a acesteia, obligațiile fiscale și perioadele ce urmează a fi

³⁶ Daniel Dascălu, Cătălin Alexandru, *op. cit.*, p. 276 și Horațiu Sasu, Lucian Țățu, Dragoș Pătroi, *Codul de procedură fiscală. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 283.

³⁷ Cosmin Flavius Costaș (coord.), *op. cit.*, p. 273; Emilian Duca, *op. cit.*, p. 126.

³⁸ Pentru o bogată jurisprudență în domeniu, a se vedea Ovidiu Podaru, *Drept administrativ. Practică judiciară (II). Un secol de jurisprudență (1909-2009)*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 42 și urm.

³⁹ Ovidiu Podaru, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁰ Constantiv G. Rarincescu, *Contenciosul Administrativ Român*, Ed. Universala Alcalay & Co., 1937, p. 143.

supuse controlului). Cu alte cuvinte, actul delimitează concret sfera de atribuții a organelor de inspecție fiscală. În acest mod, administrației îi revine **obligatia de a respecta cadrul instituit de avizul de inspecție fiscală**, sub sancțiunea nulității controlului fiscal.

Pe de altă parte, și contribuabilului i se constituie un drept prin aviz de control – **dreptul de a solicita, o singură dată, amânarea datei de începere a inspecției fiscale** (art. 122 alin. (5) C. pr. fisc.). De asemenea, „avizul” se comunică contribuabilului, astfel acesta produce efecte de la data comunicării. Nu ne putem alătura opiniei autorilor mai sus citați⁴¹, în sensul în care ar exista un act administrativ intern, necomunicat care precedă oricărei inspecții fiscale și care produce efecte față de particulari.

În primul rând, în măsura în care ar exista un asemenea act, pentru a deveni inopozabil contribuabilului acesta ar trebui fie publicat, dacă s-ar discuta despre un act normativ, fie comunicat dacă actul respectiv ar fi catalogat drept unul individual. Or, în ipoteza de discuție, singurul act comunicat anterior inspecției fiscale este „avizul”. În al doilea rând, raționamentul potrivit căruia particularul, în ipoteza în care se consideră vătămat prin „avizul” de inspecție fiscală (spre exemplu, acesta a mai fost verificat pentru obligația fiscală respectivă și pentru aceeași perioadă⁴²), ar putea contesta acel act administrativ care precedă controlul fiscal, dar care nu i-a fost comunicat contribuabilului, nu poate fi susținut cu argumente juridice. Cum ar putea indica particularul actul care îl vătămă? Și în măsura în care ipotetic, ar putea-o face, administrația s-a putea apăra invocând faptul că acel act îi este inopozabil, deci nu există nicio posibilitatea ca acesta să îi producă prejudicii. Cu toate acestea, contribuabilului îi poate fi cauzat un prejudiciu de însăși „avizul” de inspecție fiscală prejudiciu care s-ar putea susține că poate fi înlăturat prin contestarea întregii proceduri de inspecție fiscală. Nu considerăm că acest tratament este unul echitabil. Contribuabilul nu trebuie să aștepte încheierea inspecției fiscale pentru a o putea contesta, în măsura în care, încă din avizul de control, sesizează nereguli. Acesta, cel puțin teoretic, ar trebui să aibă posibilitatea concretă de a ataca inclusiv „avizul” de inspecție fiscală. Astfel, ambele părți ale raportului juridic fiscal obțin beneficii: contribuabilul, pe de-o parte, nu mai este supus unei inspecții fiscale pentru o perioadă și pentru niște obligații fiscale pentru care a mai fost controlat anterior, iar, pe de altă parte, administrația economisește resurse importante și, implicit se focalizează pe efectuarea inspecțiilor fiscale cu adevărat necesare.

S-ar putea susține că „avizul” de inspecție fiscală nu se încadrează la definiția actului administrativ fiscal din art. 1 pct. 1 din Codul de procedură fiscală și anume „*actul administrativ fiscal – actul emis de organul fiscal în exercitarea atribuțiilor de administrare a impozitelor, taxelor și contribuțiilor sociale, pentru stabilirea unei*

⁴¹ Daniel Dascălu, Cătălin Alexandru, *op. cit.*, p. 276 și Horațiu Sasu, Lucian Țățu, Dragoș Pătroi, *op. cit.*, p. 283.

⁴² Această ipoteză prezintă relevanță în situația în care nu există o decizie de reverificare, o excepție de la principiul unicității inspecției fiscale expres prevăzut de art. 118 alin. (3) C. pr. fisc..

situații individuale și în scopul de a produce efecte juridice față de cel căruia îi este adresat”, deoarece nu ar conduce la naștere unor drepturi și obligații fiscale. Luând în considerare natura și efectele pe care le produce „avizul” de inspecție fiscală, acesta se încadrează, în opinia noastră, la definiția actului administrativ prevăzută la art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, cu modificările și completările ulterioare conform căreia „*actul administrativ este actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice*”. Amintim faptul că actul administrativ fiscal este doar o specie a actului administrativ. Astfel, pot exista acte care nu se încadrează la definiția din art. 1 pct. 1 C. pr. fisc. și totuși acestea să fie incluse în categoria actelor emise în exercițiul puterii de stat, putând fi deci considerate acte administrative.

Analizând aceste argumente, constatăm că „avizul” de inspecție fiscală este un veritabil **act administrativ individual** emis de către un organ administrativ, în regim de putere publică, cu scopul de a naște, modifica sau stinge raporturi juridice.

c) Locul, timpul și durata inspecției fiscale

Referitor la locul și la timpul desfășurării inspecției fiscale, Codul de procedură fiscală aduce lămuririle necesare la art. 125. Astfel, inspecția fiscală are loc în spațiul de lucru al contribuabilului, spațiu care trebuie să fie adecvat pentru această activitate. Normele Metodologice de aplicare a vechii reglementări (O.G. nr. 92/2003) clarificau înțelesul termenului de *spațiu adecvat*. Astfel, prin acesta „*se înțelege asigurarea unui spațiu în limita posibilităților contribuabilului, după caz, dotat cu necesarul minim de birotică și care să permită păstrarea în siguranță a documentelor primite pentru inspecția fiscală sau elaborate de către organele de inspecție fiscală*”. În măsura în care nu există un spațiu de lucru adecvat pentru inspecția fiscală, activitatea de control se va putea desfășura la sediul organului fiscal sau în orice alt loc stabilit de comun acord cu contribuabilul. În acest din urmă caz, după părerea noastră, ar putea intra sediul contabilului care realizează evidența contabilă a contribuabilului supus inspecției fiscale⁴³. Însă, în măsura în care, la sediul persoanei verificate se pot asigura condiții adecvate desfășurării inspecției fiscale, considerăm că organele de control, de comun acord cu contribuabilul, nu vor putea stabili un alt loc pentru derularea inspecției fiscale, deoarece legiuitorul a ierarhizat spațiile de desfășurare a inspecției fiscale, dând prioritate sediului contribuabilului.

Regula este că inspecția fiscală se desfășoară în timpul programului de lucru al contribuabilului, însă, prin excepție, se poate realiza și în afara acestuia, cu acordul scris al particularului și cu aprobarea conducătorului organului fiscal.

În ceea ce privește durata inspecției fiscale, art. 126 C. pr. fisc. stabilește ca limite temporale perioada de maxim 90 de zile pentru contribuabilii mijlocii, de 180 de zile pentru contribuabilii mari, iar în cazul celorlalți contribuabili în termen de maxim 45

⁴³ În același sens, a se vedea Cosmin Flavius Costas (coord.), *op. cit.*, p. 279.

de zile. Considerăm binevenită această reglementare. Împlinirea termenului de decădere conduce la desistarea organelor fiscale, la anularea inspecției fiscale și la imposibilitatea de a emite un raport de inspecție sau o decizie de impunere⁴⁴. Sancțiunea aceasta este golită însă de conținut prin dispozițiile art. 126 alin. (2) teza finală C. pr. fisc. care conferă organului ierarhic superior posibilitatea de a relua inspecția fiscală, lăsând contribuabilul fără arme eficiente de apărare în acest caz particular.

d) Pregătirea și emiterea raportului de inspecție fiscală

Constatările inspecției fiscale din punct de vedere factual și legal se consemnează, în scris, în raportul de inspecție fiscală.

Ceea ce prezintă cu adevărat importanță este corecta definire a naturii juridice a raportului de inspecție fiscală. Potrivit art. 131 alin. (4) C. pr. fisc., la baza emiterii deciziei de impunere sau de nemodificare a bazei de impunere stă raportul de inspecție fiscală. Deciziile astfel emise se comunică în termen de 25 de zile lucrătoare de la data încheierii inspecției fiscale. Analizând textul de lege și efectele pe care decizia de impunere sau de neimpunere le generează, suntem de părere că raportul de inspecție fiscală este un act premergător emiterii actului administrativ fiscal – decizia de impunere⁴⁵.

În acest sens s-a pronunțat și Înalta Curte de Casație și Justiție în Decizia nr. 4318 din 9 noiembrie 2007⁴⁶: „Prin cererea înregistrată la intimată sub nr. 19365 din 2 martie 2006, reclamanta a solicitat anularea în parte a actului de control, respectiv a Raportului de inspecție fiscală din data de 8 decembrie 2005 încheiat de organele de control din cadrul Direcției Generale a Finanțelor Publice a Municipiului București.

Prin adresa nr. 55469 din 17 aprilie 2006, s-a comunicat recurentei reclamante că actul a cărui revocare parțială s-a solicitat nu reprezintă un act administrativ fiscal, ci un act premergător deciziei de impunere conform art. 107 din O.G. nr. 92/2003.

Cu privire la decizia de impunere, prima instanță a reținut că a fost comunicată reclamantei.

Într-adevăr, intimata a făcut trimitere la adresa nr. 96027 din 17 ianuarie 2006, prin care a comunicat reclamantei atât raportul de inspecție fiscală, cât și decizia de impunere, fiind emise sub semnătură la data de 30 ianuarie 2006 directorul economic care, alături de administrator, a reprezentat societatea pe timpul controlului.

Mai mult, deși a contestat modalitatea de comunicare conform prevederilor art. 44 C. pr. fisc., recurenta nu a solicitat să i se facă comunicarea în cursul procesului și nici nu a contestat conținutul acesteia, deși a dorit să fie analizate obligațiile fiscale care sunt stabilite prin raportul de inspecție fiscală care stă de altfel la baza emiterii deciziei de impunere.

⁴⁴ Emilian Duca, *op. cit.*, p. 130.

⁴⁵ Cosmin Flavius Coștaș (coord.), *op. cit.*, p. 288; Emilian Duca, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁶ ÎCCJ, s. cont. adm. fisc., dec. nr. 4318 din 9 noiembrie 2007, în Jurisprudența s. cont. adm. fisc. 2007, sem. II, p. 451.

Motivarea recurenței că, deși s-a apreciat de organul emitent al adresei contestate că raportul de inspecție fiscală este un act premergător, totuși s-au analizat pe fond motivele contestației, nu a putut fi reținută, întrucât în mod corect s-a apreciat că pârâtul nu a soluționat fondul plângerii, ci doar a dat lămuriri cu privire la susținerile reclamantei.

Aceasta întrucât, potrivit dispozițiilor art. 175 alin. (1) C. pr. fisc. contestația pe cale administrativă se poate formula împotriva titlurilor de creanță sau a altor acte administrativ fiscale, care în cauză este decizia de impunere nr. 95937 din 14 decembrie 2005 emisă de Direcția Generală a Finanțelor Publice a Municipiului București, și nu Raportul de inspecție fiscală din 8 decembrie 2005, ce poate fi atacat cu decizia de impunere, fiind un act premergător acesteia.”

Totuși, nu trebuie pierdută din vedere ipoteza, mai puțin probabilă, în care prin raportul de inspecție fiscală organele de control stabilesc unele obligații fiscale în sarcina contribuabilului, situația în care acesta ar reprezenta cu act administrativ cu caracter fiscal, putând fi contestat în baza Codului de procedură fiscală, dar și în fața instanțelor de contencios administrativ și fiscal⁴⁷.

III. Concluzie

Domeniul fiscal este unul foarte dinamic, în care normele se modifică adesea în considerarea unor decizii de speță, iar astfel se ignoră principiile de bază care au stat la temelia ramurii științei dreptului fiscal. Dezorganizarea și lipsa de coerență pe alocuri a materiei fiscale se datorează probabil și contextului socio-politic al României care se află încă într-o perioadă de tranziție. O modificare pozitivă în această materie este îndelung așteptată.

Prezentul studiu și-a propus să parcurgă etapele inspecției fiscale, o zală de legătură indispensabilă între administrație și contribuabili cu scopul de a puncta, din perspectiva noastră, meritele actualei reglementări, dar și deficiențele unui sistem care pare a funcționa din inerție, într-un vacuum instituțional. Scopul este de a ajuta la îmbunătățirea cadrului legislativ existent, în vederea întăririi statului de drept și a augmentării protecției contribuabililor în fața potențialele excese de putere din partea organelor de inspecție fiscală.

⁴⁷ Pentru detalii, a se vedea Ovidiu Podaru, *Drept administrativ. Practică judiciară*, op. cit., p. 43.

ASPECTE CONTROVERSATE PRIVIND RECRUTAREA ȘI NUMIREA ÎN FUNCȚIE A ADMINISTRATORULUI PUBLIC, ÎN CONTEXTUL CODULUI ADMINISTRATIV, APROBAT PRIN O.U.G. NR. 57/2019

*Lector. univ. dr. Laurențiu ȘONERIU
Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept*

Abstract

The present study aims at an analysis of the provisions of the Government Emergency Ordinance no. 57/2019 on the Administrative Code, with subsequent amendments and completions, on recruitment and access conditions in the position of public administrator at the level of administrative-territorial units and inter-community development associations, related to the principle of legal certainty, in its component on clarity, predictability and accessibility of the legal norm.

Unlike the previous regulation, (Chapter VIII of the Law on local public administration, no. 215/2001, republished, with subsequent amendments and completions), the legislator changed its perspective regarding the recruitment of the public administrator, which, at present, it is no longer done through competition or examination, based on a methodology approved by the local Council, but based on the appointment by order of the mayor, respectively of the president of the County Council.

The revision of the status of public administrator, in terms of recruitment conditions, generated confusion in administrative practice, a non-uniform application of the law, creating the premises for the politicization of this function.

Keywords: *public administrator, recruitment, politicization, the principle of legal security.*

I. Preliminarii

Studiul de față își propune, în esență, o analiză a prevederilor din O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ, cu modificările și completările ulterioare¹, raportat la vechea reglementare cuprinsă în Cap. VIII din Legea administrației publice

¹ Publicată în M. Of. nr. 555 din 5 iulie 2019

locale nr. 215/2001², privind recrutarea și condițiile de acces în funcția de conducere de administrator public de la nivelul unităților administrativ-teritoriale și a asociațiilor de dezvoltare intercomunitară, raportat la principiul securității juridice, în componenta sa privind claritatea, previzibilitatea și accesibilitatea normei juridice.

II. Rațiunea înființării funcției contractuale de conducere de administrator public și evoluția regimului juridic al acesteia

Funcția contractuală de conducere, de administrator public, la nivelul unităților administrativ-teritoriale a fost introdusă prin Legea nr. 286/2006 privind modificarea și completarea Legii administrației publice locale nr. 215/2001³.

Scopul urmărit de legiuitor pentru crearea acestei funcții a fost profesionalizarea conducerii de vârf în administrația publică locală, respectiv eficientizarea managementului public la nivel local, prin separarea palierului politic de cel executiv și prin atragerea de specialiști cu o înaltă calificare.

În anul 2006, în contextul reformei administrației publice care presupunea, în primul rând aplicarea principiului descentralizării, Ministerul Internelor și Reformei Administrative a propus, ca soluție, „introducerea unei noi funcții, aceea de administrator public, care să asigure aplicarea principiilor managementului economic prin proiectarea, executarea și urmărirea eficientă a serviciilor publice locale⁴”.

Rezultatele cercetărilor de la acea vreme au arătat că „la nivelul primăriilor municipale din România se resimte nevoia unui management modern al serviciilor publice și al aparatelor de specialitate. Intervenția unui profesionist, respectiv a administratorului public, reprezentând o primă soluție pentru eficientizarea activității din domeniile mai sus menționate⁵”.

Tot în acest sens, în doctrină s-a opinat că motivația reglementării acestei funcții a fost aceea „de a degreva primarul, om politic prin excelență, de multitudinea de probleme pe care le ridică administrarea unei colectivități locale⁶”.

Administratorul public sau „city managerul” a fost calificat, în doctrină, ca fiind o inovație neconstituțională care contravine art. 121 alin. (1) din Constituția României, republicată, conform căruia autoritățile administrației publice, prin care se realizează autonomia locală în comune și orașe sunt consiliile locale alese și primarii aleși, în condițiile legii⁷.

² Republicată în M. Of. nr. 123 din 20 februarie 2007, cu modificările și completările ulterioare.

³ Publicată în M. Of. nr. 621 din 18 iulie 2006.

⁴ Manualul administratorului public, http://www.administratorulpublic.ro/files/articles/Ghid_AP23.04_07_2.pdf (pagină web accesată la data de 15.09.2021).

⁵ Ghidul administratorului public, http://www.administratorulpublic.ro/files/articles/Ghid_AP23.04_07_2.pdf (pagină web accesată la data de 15.09.2021).

⁶ A se vedea Rodica Narcisa Petrescu, *Drept administrativ*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 228.

⁷ A se vedea Verginia Vedinaș, *Drept administrativ*, ed. a X-a, revăzută și actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 265; Cătălin Silviu Săraru, *Probleme fundamentale ale dreptului*

Distinsa autoare, Prof. Verginia Vedinaș, apreciază că reglementarea instituției administratorului public afectează voința legiuitorului constituant, care a încredințat misiunea de a realiza administrația publică locală în comune și orașe (municipii), consiliilor locale și primarilor⁸.

Într-o altă opinie, Prof. Oliviu Puie apreciază că principiul autonomiei locale nu exclude, ci impune obligația de a respecta legile cu caracter general, aplicabile pe întreg teritoriul țării, neavând caracter absolut, dovadă că legiuitorul consacră instituția delegării de atribuții de către unele autorități publice executive prin intermediul cărora se realizează principiul autonomiei locale (primari și președinți ai consiliilor județene), către alte persoane, ceea ce nu contravine principiului autonomiei locale⁹.

Posibilitatea înființării funcției de administrator public, consacrată și la nivelul altor state ale Uniunii Europene, nu încalcă principiul autonomiei locale, întrucât primarul sau președintele consiliului județean au opțiunea de a delega administratorului public doar anumite atribuții, și nu pe toate, după cum statuează expres și dispozițiile art. 157 alin. (2) teza a doua din Codul administrativ¹⁰.

Pe cale de consecință, în opinia autorului Oliviu Puie, cu referire la administratorul public, autonomia locală se poate realiza la nivelul autorităților administrației publice locale nu numai de către autoritățile administrației publice locale executive cărora legea le conferă calitatea de titulari originari de atribuții, ci și de către autoritățile cărora li s-au delegat atribuții de la titularul originar al acestora, cum este și cazul administratorului public. Primarul sau președintele consiliului județean au opțiunea de a-și delega unele atribuții proprii, care, din moment ce pot fi delegate, nu intră în categoria competențelor exclusive sau a competențelor partajate ale acestor autorități publice executive, ci în categoria competențelor delegate, potrivit art. 110 alin. (1), art. 157 și art. 191 alin. (7) din Codul administrativ¹¹.

În literatura juridică de specialitate, s-a mai arătat că administratorului public nu-i sunt conferite atribuții proprii, specifice, el urmând să preia atribuții exercitate de alte persoane (funcționari publici sau personal contractual) cu funcții de conducere¹².

public, Ed. C.H. Beck, București, 2016, pp.712-713, Rodica Narcisa-Petrescu, *Drept administrativ*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 228.

⁸ Verginia Vedinaș, *op cit.*, p. 265.

⁹ A se vedea, Oliviu Puie, *Administratorul public și contractul de management al administratorului public în contextul Codului administrativ aprobat prin O.U.G. nr. 57/2019*, în *Revista de Drept Public* nr. 1/2020, p. 110.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² A se vedea, în acest sens, Iordan Nicola, *Considerații cu privire la proiectul legii de modificare și completare a Legii nr. 215/2001 privind administrația publică locală, în lucrarea Implicațiile Tratatului instituind o Constituție pentru Europa asupra dreptului public și a serviciilor publice, Secțiunea pentru științe juridice și administrative, Caietul Științific nr. 8, Institutul de Științe administrative „Paul Negulescu”, pp. 261-269, apud V. Vedinaș, *Drept administrativ...*, 2007, p. 265.*

Prof. I. Nicola susținea că norma legislativă privind înființarea funcției de administrator public își va dovedi în timp ineficiența, nefiind viabilă coexistența acestei funcții și cea de viceprimar, atâta timp cât nici una dintre ele nu au stabilite atribuții prin lege, ci, doar prin delegare, atribuții conferite de lege primarului, ori președintelui Consiliului județean – (s.n.)¹³.

În pofida controverselor de ordin doctrinar în ceea ce privește constituționalitatea, legalitatea, necesitatea și oportunitatea acestei funcții, instituția administratorului public a supraviețuit în timp, dovadă fiind numărul în creștere al unităților administrativ-teritoriale (comune, orașe, municipii, județe) și chiar al asociațiilor de dezvoltare intercomunitară la nivelul cărora a fost înființată și ocupată această funcție de conducere contractuală, din anul 2006 până în prezent.

Actualmente, în cuprinsul O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ, cu modificările și completările ulterioare, administratorului public îi este consacrat Cap. II din cuprinsul Titlului VII – *Alte dispoziții aplicabile administrației publice locale* - art. 244, art. 245 și art. 246, ale Părții a III-a, *Administrație publică locală*.

III. Recrutarea și condițiile de acces în funcția contractuală, de conducere, de administrator public, *de lege lata*, comparativ cu reglementarea anterioară

Spre deosebire de reglementarea anterioară, (Cap. VIII, art. 112-114 din Legea administrației publice locale nr. 215/2001, republicată, cu modificările și completările ulterioare¹⁴), legiuitorul și-a schimbat optica în ceea ce privește recrutarea administratorului public, care, potrivit actualei reglementări, nu se mai face prin concurs sau examen, în baza unei metodologii aprobate de Consiliu local, ci în baza numirii în funcție prin dispoziția primarului, respectiv a președintelui consiliului județean, conform art. 244 alin. (3) din O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ, cu modificările și completările ulterioare.

În acest context, după adoptarea Codului administrativ, în practica administrativă, unele U.A.T. au demarat procedurile de concurs pentru ocuparea funcției contractuale de conducere de administrator public pe durată determinată, respectiv pe durata mandatului primarului, în principal, în baza criteriilor și condițiilor stabilite prin Hotărârea de Guvern nr. 286/2011 pentru aprobarea Regulamentului-cadru privind stabilirea principiilor generale de ocupare a unui post vacant sau temporar vacant corespunzător funcțiilor contractuale și a criteriilor de promovare în grade

¹³ Iordan Nicola, *Drept administrativ*, Ed. Lucian Blaga din Sibiu, 2007, p. 228.

¹⁴ Art. 112 alin. (2) și art. 113 alin (2) din Legea nr. 215/2001 prevedeau că numirea și eliberarea din funcție a administratorului public se fac de primar/președintele consiliului județean, pe baza unor criterii, proceduri și atribuții specifice, aprobate de consiliul județean. În teza ultimă a aceluiași articol se prevedea expres: „Numirea în funcție se face pe bază de concurs”.

sau trepte profesionale imediat superioare a personalului contractual din sectorul bugetar plătit din fonduri publice¹⁵.

Alte unități administrativ-teritoriale, în schimb, au apreciat că art. 244 din Cod reprezintă norma specială direct aplicabilă administratorului public, iar prin eliminarea referirii exprese la concurs existentă în vechea reglementare, acesta poate fi numit în mod direct de către persoana căreia îi revine această competență.

Ulterior, Ministerul Lucrărilor Publice Dezvoltării și Administrației (M.L.P.D.A.P.) a emis Adresa cu nr. 149654/05.11.2020, drept răspuns la solicitarea Asociației Municipiilor din România (A.M.R.) privind exprimarea unui punct de vedere cu privire la interpretarea și aplicarea prevederilor din O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ, cu modificările și completările ulterioare, cu referire la funcția de conducere de administrator public, prin care a constatat, în esență, că potrivit legislației actuale în vigoare, ocuparea funcției de administrator public nu se realizează prin concurs, ci prin numire prin dispoziția primarului, respectiv a președintelui Consiliului județean.

Ținând cont de această interpretare dată de M.L.P.D.A.P., o parte din autoritățile locale care au inițiat procedurile de concurs, au dispus anularea acestora și au procedat la numirea în funcție a administratorilor publici, prin dispoziție, ulterior, procedând la încheierea contractului de management.

Așa cum reiese din analiza textului alin. (3) al art. 244 din Codul administrativ¹⁶, legiuitorul derivat nu a mai prevăzut, în mod expres, recrutarea administratorului public prin concurs sau examen, astfel că prin această omisiune, a generat cadrul propice numirii discreționare, arbitrare, pe criterii politice, a acestuia, prin dispoziția primarului sau a președintelui consiliului județean, abătându-se de la scopul inițial, absolut legitim, de profesionalizare a managementului de vârf al administrației publice locale.

Sub acest aspect, textul de lege se află în contradicție cu prevederile art. 16 alin. (i) din Constituția României, republicată¹⁷.

Se încalcă, totodată, principiul egalității cetățenilor în ceea ce privește accesul la funcțiile vacante sau temporar vacante din cadrul autorităților administrației publice locale, fie ele și de natură contractuală, principiul nediscriminării și cel al transparenței recrutării și numirii în funcțiile publice sau contractuale.

Este cât se poate de limpede că vor avea prioritate la această funcție de conducere persoanele agreeate de primari sau președinții consiliilor județene, cel mai probabil din anturajul politic al acestora.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 221 din 31 martie 2011.

¹⁶ Articolul 244 alin. (3) din Codul administrativ statuează: „Numirea în funcție a administratorului public se face prin dispoziția primarului, respectiv a președintelui consiliului județean, după caz, care are ca anexă un contract de management cu respectarea cerințelor specifice prevăzute la art. 543”.

¹⁷ Art. 16 alin. (i) din Constituție: „Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări”.

Această manieră de reglementare reprezintă un regres în ceea ce privește instituția administratorului public, care, așa cum arătat în prima parte a studiului de față, de la apariția sa a fost controversată și blamată atât în doctrină cât și în practică, însă cel puțin din punct de vedere al condițiilor de recrutare a acestuia, lucrurile se aflau în matca lor constituțională și legală.

Primarul și președintele Consiliului județean sunt, prin excelență, oameni politici, viceprimarii și vicepreședinții consiliilor județene, la fel.

În condițiile actuale, administratorii publici, numiți prin dispoziție, fără concurs, se înscriu și ei în aceeași categorie, chiar dacă aceștia trebuie să fii absolviți, „*de regulă*”, studii superioare economice, administrative, tehnice sau juridice, conform dispozițiilor alin. (2) al art. 244 din Codul administrativ.

Din interpretarea textului de lege evocat mai sus rezultă că, prin excepție, ar putea avea acces la această funcție și absolvenții de studii superioare din alte domenii care nu a nicio legătură cu administrația publică sau cu managementul serviciilor publice.

Ne punem și noi întrebarea, în acest context, cine se mai ocupă de administrație, la nivel local, de managementul serviciilor publice, în principal?

Având în vedere sintagma, „*de regulă*”, din cuprinsul alin. (2) al art. 244 din Cod, enunțat mai sus, ne aflăm în prezența unei norme neclare, imprecise și ambigue, care, din nou, lasă loc de interpretări, nefiind respectate exigențele constituționale privind calitatea normei, derivate din claritatea și accesibilitatea acesteia, conform art. 1 alin. (5) din Constituție¹⁸ și al practicii constante a Curții Constituționale a României cristalizată, în principal, în jurul acestui articol¹⁹.

De asemenea, sunt încălcate și dispozițiile Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative²⁰, republicată, care, în art. 8 alin. (4) prevede că „textul legislativ trebuie să fie formulat clar, fluent și inteligibil, fără dificultăți sintactice și pasaje obscure sau echivoce”, iar în cuprinsul art. 36 alin. (1), statuează că „actele normative trebuie redactate într-un limbaj și stil juridic specific normativ, concis, sobru, **clar și precis, care să excludă orice echivoc**”.

Importanța respectării principiul securității juridice pentru existența statului de drept impune o mai mare atenție acordată calității legii. Este vorba de un efort care privește legiuitorul - primar sau delegat, și care presupune diagnosticarea problemelor, identificarea de remedii adecvate, în sensul organizării activității de legiferare prin fundamentarea riguroasă a acesteia pe principiile tehnicii legislative și a creșterii accesibilității și previzibilității normelor juridice²¹.

¹⁸ Art. 1 alin. (5) din Constituția României, republicată, statuează: „În România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”.

¹⁹ A se vedea, Curtea Constituțională a României, Decizia nr. 907 din 16 decembrie 2020, publicată în M. Of. nr. 68 din 21 ianuarie 2021.

²⁰ Republicată în M. Of. nr. 260 din 21 aprilie 2010.

²¹ Ion Predescu, Maria Safta, *Principiul securității juridice, fundament al statului de drept. Repere jurisprudențiale*, <https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2021/01/predescu.pdf> (pagina web consultată la data de 20.09.2021).

În jurisprudența sa, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat că nu poate fi considerată a fi „lege” decât o normă enunțată cu suficientă precizie, pentru a permite individului să-și regleze conduita. Individul trebuie să fie în măsură să prevadă consecințele ce pot decurge dintr-un act determinat, sens în care o normă este previzibilă numai atunci când este redactată cu suficientă precizie, în așa fel încât să permită oricărei persoane - care, la nevoie poate apela la consultanță de specialitate - să își corecteze conduita și atunci când oferă o anume garanție contra atingerilor arbitrare ale puterii publice²².

Sub acest aspect, principiul securității juridice se corelează cu un alt principiu, dezvoltat în dreptul unional, și anume principiul încrederii legitime. Potrivit jurisprudenței Curții de Justiție a Comunităților Europene (Uniunii Europene, astăzi-s.n.) (de exemplu cauzele *Facini Dori c. Recre*, 1994, *Foto-Frost c. Hauptzollant Lübeck. Ost*, 1987), principiul încrederii legitime impune ca legislația să fie clară și predictibilă, unitară și coerentă²³.

De asemenea, dispozițiile art. 244 alin. (3) nu sunt corelate cu cele ale art. 245 din același act normativ care stabilesc că „*recrutarea, numirea și eliberarea din funcție a administratorului public al asociațiilor de dezvoltare intercomunitară se fac pe baza unei proceduri specifice de către consiliile directe ale acestora și sunt aprobate prin hotărâri ale adunărilor generale ale asociațiilor respective*”.

Pe cale de consecință, asistăm la o altă incoerență a legiuitorului în actul de legiferare, și o abordare neunitară a modalității de recrutare și numire în funcția de administrator public. La nivelul unităților administrativ-teritoriale accesul la această funcție se face fără proceduri specifice și fără concurs, la nivelul asociațiilor de dezvoltare intercomunitară, în baza unor proceduri specifice, care presupunem că vizează anumite criterii de selecție/recrutare, deși, nici în acest din urmă caz, nu este utilizată *expressis verbis*, noțiunea de concurs.

În concluzie, apreciem că atât dispozițiile din art. 244 alin. (2) din Codul administrativ, care prevăd numirea directă, fără concurs a administratorului public, cât și cele ale alin. (3) privind studiile necesare, încalcă principiul securității juridice, în componenta sa privind claritatea, previzibilitatea și accesibilitatea normei juridice.

Deși eliminată din cuprinsul art. 244 din Cod, prevederea legală care făcea trimitere expresă la concurs, ținând cont de dispozițiile aplicabile personalului contractual din cadrul administrației publice, care fac obiectul Titlului III *Personalul contractual din autoritățile și instituțiile publice*, în speță cele ale art. 554 alin. (7) din Cod și

²² A se vedea Gabriel Radu, *Cerința previzibilității legii – abordări în practica Curții Constituționale și Instituției Avocatului Poporului*, <http://www.nos.iem.ro/bitstream/handle/123456789/1158/6-Radu.gabriel.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (pagina web consultată în data de 15.10.2021).

²³ *Ibidem*.

excepțiile expres menționate de la regula concursului prevăzute la alin. (9) al acestui articol, ocuparea acestui post de conducere, prin concurs, apare ca fiind necesară²⁴.

Conchizând, regula este concursul/examenul, excepția este numirea pe baza propunerii conducătorului autorității/instituției publice, din această categorie făcând parte personalul contractual încadrat în cabinetul demnitarilor și aleșilor locali și la cancelaria Prefectului²⁵.

Prin urmare, neclaritatea și ambiguitatea normei juridice a generat și continuă să genereze interpretări diferite ale textelor de lege analizate și o practică neunitară în ceea ce privește recrutarea și numirea administratorilor publici de la nivelul unităților administrativ-teritoriale.

IV. Concluzii

În final, apreciem că dispozițiile art. 244 din Codul administrativ sunt neconstituționale, în raport cu prevederile art. 1 alin. (5) și art. 16 alin. (1) Constituția României, republicată, motiv pentru care, *de lege ferenda*, se impune revenirea la vechea reglementare, cuprinsă în Cap. VIII din Legea administrației publice locale nr. 215/2001, în sensul inserării în textul art. 244 din Codul administrativ a mențiunii exprese, imperative, clare și neechivoce referitoare la recrutarea administratorului public prin examen sau concurs, în baza metodologiei și criteriilor aprobate de organele deliberative/decizionale de la nivel local. Astfel, se va asigura și o coerență a actului de legiferare și o corelare a dispozițiilor mai sus menționate cu cele ale art. 245 din Codul administrativ.

²⁴ A se vedea, în acest sens, o opinie foarte pertinentă și bine fundamentată în drept, referitoare la accesul în funcția de administrator public, <https://www.infoinstitutii.ro/articole/primarii-12/ocupare-functie-de-administrator-public-ce-proceduri-exista-4152.html> (adresă accesată la data de 20.09.2021).

²⁵ Potrivit articolul 548 alin. (1) din Codul administrativ: „Personalul din cadrul cabinetului, respectiv cancelariei este numit sau eliberat din funcție doar pe baza propunerii persoanelor prevăzute la art. 544 alin. (1)”.

SUSPENDAREA EXECUTĂRII HOTĂRĂRII SUPUSE RECURSULUI

Drd. Ana Maria TEOC

Universitatea din București, Facultatea de Drept

Conducător științific de doctorat prof. univ. dr. Traian Cornel Briciu

Abstract

The study intends to analyze certain practical matters regarding the provisions of article 484 civil procedure Code and, regarding the suspension of the enforcement of the decision subject to the special appeal.

It is known that the special appeal is not, unlike the regular appeal, suspensive of enforcement.

There are cases, regulated by art. 484 align (1) civil procedure Code in which, the special appeal is suspensive of execution, this effect being in force by default (by simply exercising the special appeal).

In other cases, regulated by the same art. 484 align (2) civil procedure Code, the special appeal court can rule the suspensions of the enforcement by a court decision. However, article 484 align (2) civil procedure Code does not regulate the situations in which the special appeal court can rule the suspension of the enforcement. The legislator doesn't seem to intend to limit the possibility of the special appeal court to rule the suspension of the enforcement of the decision if there is a justified case to rule as such.

Keywords: *suspension of enforcement of the court decision subject to special appeal, special appeal, conditions, effects, bail.*

I. Aspecte introductive

În reglementarea actualului Cod de procedură civilă, ca de altfel și în reglementarea Codului de procedură civilă de la 1865, recursul nu este, ca regulă, o cale de atac suspensivă de executare. Hotărârile supuse recursului (hotărâri pronunțate în apel sau hotărâri pronunțate în primă instanță fără drept de apel ori în legătură cu care părțile au hotărât să exercite direct recursul) pot fi puse în executare, reprezentând titluri executorii, nefiind necesar să se aștepte expirarea termenului de recurs sau soluționarea recursului pentru a se trece la executarea silită (desigur, în măsura în care conțin dispoziții susceptibile de a fi aduse la îndeplinire pe cale silită) – art. 633 C. pr. civ.

În afara cazurilor prevăzute de lege, recursul nu suspendă de drept executarea silită nici chiar în acele situații în care hotărârea primei instanțe nu poate fi atacată cu apel, recursul fiind sigura cale de atac disponibilă – și aceste hotărâri sunt executorii, conform art. 633 pct. 2 C. pr. civ.

Prin excepție, recursul suspendă de drept executarea silită în anumite cazuri, prevăzute expres de lege. Astfel, potrivit art. 484 alin. (1) C. pr. civ., recursul suspendă de drept executarea în cauzele privitoare la desființarea de construcții, plan-tații sau a oricăror lucrări cu așezare fixă¹, precum și în alte cazuri prevăzute expres de lege.

Așa cum prevede și art. 484 alin. (1) teza finală C. pr. civ., pot exista și alte situații prevăzute expres de lege în care recursul suspendă de drept executarea. Spre exemplu: art. 1064 alin. (3) C. pr. civ. privitor la hotărârea de restituire a cauțiunii; art. 20 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 privitor la hotărârea pronunțată în materia contenciosului administrativ; art. 51 alin. (4) din Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii privitor la recursul formulat împotriva hotărârii de aplicare a sancțiunii disciplinare.

De asemenea, potrivit art. 484 alin. (2) C. pr. civ., la cererea motivată a recurentului se poate dispune suspendarea executării hotărârii supuse recursului și în alte situații decât cele menționate la alin. (1). Cererea de suspendare trebuie să fie însoțită de o copie certificată de pe cererea de recurs și de dovada plății cauțiunii prevăzute de art. 719 alin. (2) C. pr. civ. De asemenea, dacă cererea se face înainte ca dosarul să ajungă la instanța de recurs, partea trebuie să depună și o copie legalizată a dispozitivului hotărârii supuse recursului.

Cererea de suspendare se judecă în camera de consiliu, cu citarea în termen scurt a părților, astfel încât termenul stabilit pentru soluționarea cererii să nu depășească 10 zile de primirea acesteia – art. 484 alin. (3) și (4) C. pr. civ. De asemenea, hotărârea (care este o încheiere) trebuie pronunțată în cel mult 48 de ore - art. 484 alin. (5) C. pr. civ.

O modificare adusă de actualul Cod de procedură civilă este aceea a imposibilității de a formula o cerere de suspendare provizorie a executării hotărârii supuse recursului, până la soluționarea cererii de suspendare. În reglementarea anterioară, potrivit art. 300 alin. (3) teza finală C. pr. civ. 1865, care făcea trimitere la art. 403 alin. (4) exista această posibilitate, de a formula cerere de suspendare provizorie a executării, până la soluționarea cererii de suspendare. Potrivit art. 403 alin. (4) C. pr. civ. 1865, această cerere de suspendare provizorie era soluționată de președintele instanței [dispozițiile din Codul de procedură civilă se completau cu cele din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești² așa încât cererea

¹ Rațiunea instituirii acestor cazuri de suspendare a executării hotărârii supuse recursului este dată, de regula, de imposibilitatea întoarcerii executării silite, în cazul în care recursul s-ar admite și, deci, hotărârea care reprezintă titlu executoriu s-ar desființa.

² Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești aprobat prin Hotărârea Consiliului Superior al Magistraturii nr. 387 din 22 septembrie 2005, publicată în M. Of. nr. 958 din

de suspendare provizorie era soluționată de un complet specializat în compunerea căruia intra și președintele instanței, în măsura în care aceasta judeca în mod curent în materia respectivă ori președintele de secție sau înlocuitorul acestuia – art. 99 alin. (9) și (10) din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești].

În prezent, art. 484 C. pr. civ. nu mai face trimitere la art. 719 alin. (7) C. pr. civ. (text care reglementează posibilitatea suspendării provizorii a executării silite), ci numai la modul de calcul al cauțiunii, care este reglementat de art. 719 alin. (2) C. pr. civ.

Totuși, și în actuala reglementare există o ipoteză în care cererea de recurs este soluționată de un alt complet decât cel investit cu soluționarea recursului (asemănător deci modului de soluționare a cererii de suspendare provizorie din vechiul Cod de procedură civilă), respectiv ipoteza în care cererea de suspendare este formulată înainte ca dosarul să ajungă la instanța de recurs [ipoteza reglementată de art. 484 alin. (2) teza finală și alin. (3) pct. 1 C. pr. civ.]. În acest caz, cererea de suspendare este soluționată de un complet anume constituit, format din trei judecători, căruia dosarul îi este repartizat aleatoriu [a se vedea și art. III alin. (10) din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești³] și care nu este în mod necesar completul de recurs (dat fiind că este o repartizare aleatorie, în general este un alt complet decât cel de recurs⁴). Însă, această suspendare nu are un caracter provizoriu, ci este chiar suspendarea dispusă în cadrul recursului, care va dura deci până la soluționarea căii de atac.

Având în vedere reglementarea actuală, apreciez că nu se poate dispune suspendarea provizorie a executării hotărârii supuse recursului nici pe cale ordonanței președințiale, art. 484 C. pr. civ. oferind o reglementare specială pentru suspendarea executării hotărârii supuse recursului, reglementare care este incompatibilă și nu se poate completa cu o altă reglementare (procedură) specială⁵. Spre exemplu, potrivit art. 484 alin. (3) C. pr. civ. cererea de suspendare a hotărârii supuse recursului se soluționează cu citarea părților, pe când ordonanța președințială se poate pronunța și fără citarea părților, potrivit art. 999 alin. (2) C. pr. civ.⁶. Or, în condițiile în care

28 octombrie 2005. Acesta a fost abrogat, în prezent fiind în vigoare un alt Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești aprobat prin Hotărârea Consiliului Superior al Magistraturii nr. 1375 din 17 decembrie 2015.

³ Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești aprobat prin Hotărârea Consiliului Superior al Magistraturii nr. 1375 din 17 decembrie 2015.

⁴ Teoretic, dat fiind că atât cererea de suspendare formulată înainte de ajungerea dosarului la instanța de recurs, cât și cererea de recurs se vor repartiza aleatoriu, ar exista posibilitatea ca cele două să fie repartizate aceluiași complet. În acest caz, apreciez că soluționarea cererii de suspendare a executării hotărârii supuse recursului nu determină, de principiu, o incompatibilitate a judecătorilor de a se pronunța ulterior asupra recursului.

⁵ A se vedea și ÎCC], s. a II-a civ., dec. nr. 116/21 ianuarie 2020, disponibilă pe www.scj.ro.

⁶ Miza adoptării măsurii suspendării provizorii este reprezentată tocmai de posibilitatea de a adopta măsura fără citarea părților, ceea ce creează premisele unei celerități sporite [în vechiul Cod de procedură civilă suspendarea provizorie a executării hotărârii supuse recursului se putea acorda

actuala reglementare prevede expres că cererea de suspendare se soluționează cu citarea părților, considerăm că nu este posibil ca aceasta să fie soluționată, pe cale de ordonanță președințială, fără citarea părților.

În doctrină s-a reținut că una dintre condițiile ce trebuie îndeplinite pentru a se acorda suspendarea executării hotărârii supuse recursului este și aceea a începerii executării silite, recurentul fiind obligat să dovedească îndeplinirea acestei condiții, în caz contrar cererea de suspendare urmând a fi respinsă ca prematură⁷.

Avem rezerve față de această soluție, întrucât condiția începerii executării silite nu rezultă din reglementarea legală, iar recurentul poate dovedi iminența deosebită a consecințelor păgubitoare chiar și dacă executarea silită nu a început (în special, în cazul în care executarea silită privește plata unei sume de bani, caz în care o eventuală poprire pentru valorificarea creanței se realizează oricum fără somație, iar plata sumei de bani poprite se poate realiza într-un termen foarte scurt). În aceste cazuri este posibil ca, dacă se așteaptă începerea executării silite, măsura să devină oricum inutilă întrucât executarea ar putea să înceapă și să se și finalizeze înainte ca instanța să poată dispune suspendarea executării hotărârii supuse recursului⁸. De altfel, recurentul (debitor în cadrul executării silite) nu cunoaște, cel puțin teoretic, momentul la care pornește executarea silită [potrivit art. 622 alin. (2) C. pr. civ. executarea silită începe odată cu deschiderea dosarului de executare, iar prima parte a executării silite, respectiv încuviințarea acesteia, se realizează oricum fără citarea debitorului⁹; în mod uzual, debitorul va afla despre executarea silită doar la momentul comunicării somației de executare sau a înștiințării privind înființarea popririi].

În ceea ce privește cazurile în care poate fi dispusă măsura suspendării executării hotărârii supuse recursului, art. 484 alin. (2) C. pr. civ., nu aduce niciun fel de precizări. Textul prevede doar că suspendarea executării hotărârii supuse recursului se poate dispune „motivată”.

fără citarea părților – art. 403 alin. (4) C. pr. civ.; la fel și în actuala reglementare, în cazul suspendării provizorii a executării silite – art. 719 alin. (7) C. pr. civ.].

⁷ M. Lohănel, *Recursul în procesul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 180. În acest sens, a se vedea și ÎCCJ, s. I civ., încheierea nr. 1202/12 iunie 2019, disponibilă pe www.sintact.ro.

⁸ În practică, posibilitatea de a formula o cerere de suspendare a executării hotărârii supuse recursului anterior începerii executării silite este analizată și sub forma excepției lipsei de interes în formularea unei astfel de cereri. Considerăm că partea are interesul de a obține suspendarea executării hotărârii supuse recursului, chiar înainte de formularea unei cereri de executare silită, având în vedere împrejurarea că executarea s-ar putea produce oricând, astfel că folosul practic urmărit este acela al obținerii suspendării efectului executoriu al hotărârii supuse recursului mai înainte de declanșarea procedurii execuționale, tocmai pentru a preîntâmpina demersul execuțional – a se vedea, în acest sens, C.A. Suceava, s. com., de cont. adm. și fisc., dec. nr. 2950 din 9 septembrie 2011, disponibilă pe www.rolii.ro.

⁹ Debitorul ar fi citat doar în cazul în care se formulează apel împotriva încheierii de respingere a cererii de încuviințare a executării silite.

În practica judiciară au fost analizate două categorii de motive care ar putea justifica suspendarea executării hotărârii supuse recursului: motive care privesc aparența de nelegalitate a hotărârii și motive care privesc iminența consecințelor păgubitoare, respectiv consecințele păgubitoare deosebite pe care le-ar produce executarea hotărârii¹⁰. În doctrina de specialitate s-a arătat că ambele condiții - adică atât existența unor motive serioase de contestație privitoare la legalitatea hotărârii atacate (*prima facie*), cât și paguba deosebită care ar fi cauzată prin executarea hotărârii recurate, trebuie să fie îndeplinite cumulativ¹¹.

Menționez că există și soluții ale instanțelor în cuprinsul cărora este analizată doar condiția prejudiciului iminent, motivat de faptul că textul care reglementează suspendarea facultativă a executării în recurs nu menționează care sunt criteriile în raport de care această măsură ar putea fi dispusă¹².

Considerăm că abordarea cea mai echilibrată și totodată pragmatică ar fi cea în care analiza temeiniciei cererii de suspendare a executării hotărârii supuse recursului se realizează, mai degrabă, dintr-o perspectivă ce ține de o verificare formală a recursului (în sensul că recursul trebuie să fie motivat, criticile aduse în recurs nu trebuie să fie vădit contrare jurisprudenței sau dispozițiilor legale, ori să nu existe alte motive de neregularitate evidente, cum ar fi tardivitatea recursului), decât dintr-o perspectivă ce ține de aparența de nelegalitate a hotărârii recurate.

Desigur, trebuie analizată și condiția iminenței și gravității consecințelor păgubitoare pe care executarea hotărârii le-ar produce.

În același timp, considerăm că celor două condiții menționate mai sus nu trebuie să li se acorde în mod obligatoriu și în toate cazurile o valoare egală. Practic, ambele condiții sunt verificate în cadrul analizei cererii de suspendare a executării hotărârii recurate, însă nu este absolut necesar ca acestea să fie evaluate egal, în condițiile în care una sau cealaltă dintre cele două prezintă o intensitate mai mare (spre exemplu, atunci când iminența și/sau gravitatea prejudiciului este una foarte mare, analiza recursului se poate rezuma la aparența de seriozitate a acestuia; pe de altă parte,

¹⁰ Spre exemplu, în jurisprudență s-a reținut că „*motivele pentru care se poate dispune suspendarea executării unei hotărâri judecătorești sunt: caracterul vremelnic, urgența, prejudiciul iminent și aparența dreptului în favoarea titularului căii de atac.*” – C.A. Cluj, s. a II-a civ., dec. nr. 369/11 iulie 2019, disponibilă pe www.rolii.ro. A se vedea și ÎCCJ, s. I civ., dec. nr. 4705 din 21 iunie 2012, disponibilă pe www.scj.ro.

¹¹ În același sens, a se vedea și Gh.-L. Zidaru, în lucrarea *Drept procesual civil. Procedura în fața primei instanțe și în căile de atac* (scrisă în coautorat cu P. Pop), Ed. Solomon, București, 2020, p. 539.

¹² A se vedea, spre exemplu, ÎCCJ, s. I civ., dec. nr. 2495 din 17 martie 2011, disponibilă pe www.scj.ro. În această speță instanța a reținut că „*întrucât măsura suspendării executării hotărârii recurate nu este subordonată îndeplinirii vreunei condiții, pentru admiterea cererii având un astfel de obiect este suficient a se considera că, prin executare, se produce un prejudiciu, moral sau patrimonial, „debitorului” executării*”. În același sens, a se vedea și C.A. Cluj, încheierea nr. 214 din 10 mai 2021, disponibilă pe www.rolii.ro; C.A. București, s. a IV-a civ., dec. nr. 487/11 septembrie 2020, disponibilă pe www.rolii.ro.

atunci când recursul este în mod evident întemeiat, cum ar fi în cazul unei nulități evidente, atunci poate fi analizată cu mai multă lejeritate condiția iminenței și/sau gravității prejudiciului).

În orice caz, de vreme ce legiuitorul a recunoscut caracter de titlu executoriu hotărârii pronunțate în apel (sau, după caz, hotărârii date fără drept de apel sau cu privire la care s-a renunțat la calea de atac a apelului), atunci aceasta trebuie să rămână regula, care trebuie interpretată strict, întrucât și executarea hotărârii supuse recursului are caracter urgent din perspectiva intimatului creditor, iar suspendarea executării îl poate prejudicia pe acesta din urmă. Este vorba deci, despre două interese în conflict (cel al recurentului, care solicită suspendarea executării hotărârii supuse recursului și cel al intimatului care dorește să pună în executare cu celeritate hotărârea favorabilă pe care a obținut-o¹³); însă dreptul intimatului este totuși consfințit printr-o hotărâre judecătorească executorie.

II. Aspecte teoretice și practice privitoare la suspendarea executării hotărârii supuse recursului

1. Formularea unei cereri de suspendare a executării hotărârii supuse recursului în cazul în care această hotărâre nu conține dispoziții susceptibile de a fi puse în executare

Cererea de suspendare întemeiată pe dispozițiile art. 484 alin. (2) C. pr. civ. se poate formula și în cazul în care hotărârea supusă recursului este o hotărâre pronunțată în apel, care nu conține dispoziții susceptibile de a fi puse în executare, ci doar consolidează caracterul executoriu al hotărârii pronunțate în primă instanță¹⁴.

Este cazul, spre exemplu, al hotărârii pronunțate în apel, prin care se respinge apelul formulat împotriva unei sentințe prin care a fost admisă în primă instanță cererea de chemare în judecată.

Susținem această opinie având în vedere caracterul suspensiv de executare al căii de atac a apelului și împrejurarea că în acest caz hotărârea instanței de apel validează hotărârea primei instanțe și îi conferă caracter de titlu executoriu. Decizia prin care

¹³ Nu trebuie omis faptul că dreptul la un proces echitabil, garantat de art. 6 parag. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului se aplică și în faza executării silite, asigurând și punerea în executare a hotărârilor judecătorești. Mai mult, o componentă esențială a dreptului la un proces echitabil aplicabilă în faza executării silite o reprezintă celeritatea procedurii execuționale și deci punerea în executare a hotărârii judecătorești într-un termen rezonabil. Toate aceste aspecte intră atât în sfera de reglementare a art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, cât și în sfera de reglementare a Codului de procedură civilă [art. 6 C. pr. civ., art. 626 C. pr. civ., art. 627 alin. (1) C. pr. civ.]. A se vedea, pentru dezvoltări, E. Oprina, I. Gârbuleț, *Tratat teoretic și practic de executare silită*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pp. 34 – 40.

¹⁴ A se vedea, spre exemplu, C.A. Cluj, s. a II-a civ., dec. nr. 369 din 11 iulie 2019, disponibilă pe www.rolii.ro.

se respinge apelul încorporează dispozițiile sentinței pe care o confirmă¹⁵ (chiar dacă aceste dispoziții nu se regăsesc ca atare în cuprinsul dispozitivului deciziei).

Astfel, în cazul unei hotărâri de admitere a cererii de chemare în judecată, pronunțate în primă instanță, împotriva căreia se formulează apel care se respinge ca nefondat, hotărârea dobândește caracter executoriu doar după soluționarea apelului. În acest sens sunt dispozițiile art. 633 C. pr. civ. care prevăd că sunt executorii hotărârile date în apel sau cele date în primă instanță fără drept de apel, ori cele în legătură cu care părțile au convenit să exercite direct recursul. De asemenea, potrivit art. 468 alin. (5) C. pr. civ. termenul de apel suspendă executarea hotărârii de primă instanță.

Dispozițiile procedurale citate leagă dobândirea caracterului de titlu executoriu de soluționarea apelului (dacă este vorba despre o hotărâre susceptibilă de apel). Cu alte cuvinte, dobândirea caracterului executoriu este suspendată până la soluționarea apelului.

Or, ceea ce se poate suspenda potrivit art. 484 C. pr. civ. este tocmai caracterul executoriu al hotărârii, caracter pe care sentința îl dobândește tocmai ca urmare a respingerii apelului, chiar dacă în acest caz suspendarea produce efecte (și) cu privire la hotărârea primei instanțe, confirmate în apel.

Însă tocmai confirmarea în apel a sentinței pronunțate în primă instanță conferă executorialitate acestei hotărâri și tocmai această executorialitate este suspendată în cadrul apelului.

2. Posibilitatea de a solicita suspendarea executării hotărârii supuse recursului anterior motivării hotărârii judecătorești

Din punctul meu de vedere trebuie admis că suspendarea executării hotărârii supuse recursului se poate solicita și înainte de redactarea (motivarea) hotărârii judecătorești, pe baza cererii de recurs și a unei copii legalizate a dispozitivului hotărârii atacate cu recurs¹⁶ (în măsura în care hotărârea supusă recursului conține doar dispoziția de respingere a căii de atac a apelului, iar măsurile ce pot fi puse în executare sunt cuprinse în sentința pronunțată de prima instanță, atunci se vor depune ambele hotărâri - pentru a stabili obiectul obligației ce este potențial a fi pusă în executare și care rezultă doar din dispozitivul hotărârii de primă instanță).

În acest sens, considerăm că dispozițiile art. 484 alin. (2) teza finală C. pr. civ., care prevăd că în cazul în care cererea de suspendare este formulată înainte de a ajunge dosarul la instanța de recurs se va depune, pe lângă cererea de recurs (nu trebuie în mod necesar să fie vorba despre un recurs motivat), și o copie legalizată a dispozitivului hotărârii supuse recursului, acoperă și situația în care cererea de

¹⁵ Gh.-L. Zidaru, *op. cit.*, p. 357.

¹⁶ În acest sens, a se vedea, spre exemplu, C.A. București, s. a IV-a civ., dec. nr. 487/11 septembrie 2020, disponibilă pe www.rolii.ro.

suspendare a executării hotărârii supuse recursului este depusă la instanța de recurs înainte ca hotărârea să fie redactată.

Astfel, art. 484 alin. (2) teza finală C. pr. civ. nu impune în niciun caz condiția existenței motivării hotărârii judecătorești supuse recursului. Dimpotrivă, din interpretarea textului reiese faptul că legiuitorul a lăsat deschisă posibilitatea de a solicita suspendarea executării hotărârii supuse recursului chiar și în lipsa hotărârii judecătorești motivate, de vreme ce, pentru ipoteza în care dosarul cauzei nu a ajuns încă la instanța de recurs, a instituit obligativitatea părții de a atașa cererii de suspendare doar o copie legalizată a dispozitivului hotărârii atacate (iar nu o copie legalizată a întregii hotărâri).

Este clar din formularea textului art. 484 alin. (2) teza finală C. pr. civ., că legiuitorul acceptă posibilitatea ca cererea de suspendare a executării hotărârii supuse recursului să fie soluționată chiar și în lipsa hotărârii judecătorești motivate, doar pe baza unei copii legalizate a dispozitivului (minutei) acesteia (și, bineînțeles, pe baza celorlalte documente depuse de recurent în probațiune împreună cu cererea de suspendare; având în vedere că instanța de recurs nu deține fizic dosarul cauzei, este în interesul recurentului să depună o copie a actelor procedurale și înscrisurilor pe care le consideră relevante pentru analiza cererii de suspendare).

Un argument în plus îl reprezintă faptul că în doctrină se admite că hotărârea judecătorească poate fi pusă în executare doar pe baza unei copii legalizate a dispozitivului hotărârii judecătorești¹⁷. În acest caz, dacă se recunoaște posibilitatea creditorului de a solicita executarea silită anterior redactării hotărârii judecătorești, trebuie să se recunoască și posibilitatea debitorului (*i.e.*, recurentului) de a solicita suspendarea executării hotărârii atacate pe baza unei copii legalizate a dispozitivului hotărârii judecătorești.

Cea mai mare dificultate în acest caz ar putea fi aceea a posibilității instanței de a analiza seriozitatea cererii de recurs (sau, cum se analizează uneori în practică instanțelor, aparența de nelegalitate a hotărârii supuse recursului), în condițiile în care nu există la dosarul cauzei nici hotărârea redactată, nici recursul motivat.

Considerăm că în acest caz analiza se poate realiza prin raportare la celelalte acte ale dosarului – *e.g.*, actele aferente dosarului de primă instanță, inclusiv sentința pronunțată, motivele de apel sau de întâmpinare la apel (și, desigur, pe baza motivelor invocate de recurent în cererea de suspendare, care pot să privească și modul în care prima instanță și, după caz, instanța de apel și-au format convingerea, prin interpretarea normelor legale incidente, pe baza probatoriului administrat).

Partea poate să dovedească aparența seriozității recursului și, uneori, chiar și existența unor motive serioase de îndoială cu privire la legalitatea hotărârii derivate

¹⁷ Pentru dezvoltarea argumentelor în acest sens, a se vedea, V. Bozeșan, *Încuviințarea și desfășurarea executării silite doar pe baza unui certificat de grefă, anterior redactării (considerentelor) hotărârii ce constituie titlu executoriu*, în *Executarea Silită. Dificultăți și soluții practice*, vol. 1, coord. E. Oprina, V. Bozeșan, Ed. Universul Juridic, București 2016, pp. 200 și urm.

din întreg ansamblul dosarului, iar nu neapărat din cuprinsul hotărârii judecătorești supuse recursului¹⁸.

3. Efectele hotărârii judecătorești de suspendare a executării hotărârii supuse recursului

Având în vedere ansamblul efectelor procesuale ale hotărârii judecătorești, reglementate de art. 429-435 C. pr. civ.¹⁹, apreciez că suspendarea executării hotărârii supuse recursului, indiferent că este o suspendare de drept, în temeiul art. 484 alin. (1) C. pr. civ., sau o suspendare facultativă, în temeiul art. 484 alin. (2) C. pr. civ., are ca efect exclusiv suspendarea caracterului executoriu al hotărârii, iar nu și suspendarea efectului obligatoriu al acesteia.

Concluzia se impune având în vedere specificul efectelor procesuale ale hotărârii judecătorești, executorialitatea și obligativitatea fiind efecte distincte ale hotărârii judecătorești (care, în prezent, se și bucură de reglementare distinctă în Codul de procedură civilă).

Astfel, efectul obligatoriu este reglementat de art. 435 C. pr. civ. și se produce chiar din momentul pronunțării hotărârii judecătorești. Doar efectul executoriu al hotărârii judecătorești, reglementat de art. 433 C. pr. civ., este suspendat și influențat de exercitarea căilor de atac (de altfel, art. 433 C. pr. civ. prevede că hotărârea se bucură de putere executorie, în condițiile prevăzute de lege; condițiile prevăzute de lege sunt tocmai cele care reglementează posibilitatea de a pune în executare o hotărâre judecătorească și includ, printre altele, regulile de executare a unei hotărâri supuse recursului – *i.e.*, posibilitatea executării hotărârilor care nu mai sunt susceptibile de apel, în conformitate cu art. 633 C. pr. civ. și excepția suspendării executării hotărârii supuse recursului în cazurile prevăzute de lege sau dispuse, la cererea recurentului, de către instanța investită cu soluționarea recursului).

Legiuitorul nu avea nicio rațiune pentru a permite suspendarea efectului obligatoriu al hotărârii, întrucât acest lucru ar goli practic de efecte actul

¹⁸ A se vedea, spre exemplu, C.A. Cluj, s. a II-a civ., dec. nr. 369/11 iulie 2019, disponibilă pe www.rolii.ro. În cuprinsul acestei hotărâri, instanța a reținut: „*în ceea ce privește aparența dreptului, este cert că în această procedură caracterizată de maximă celeritate instanța nu poate și nu este investită cu analiza legalității deciziei din apel din perspectiva motivelor de casare reglementate de art. 488 alin. (1) C. pr. civ. Chiar dacă recursul nu este motivat până la acest moment datorită unor împrejurări obiective fără vreo legătură cu conduita procesuală a recurente, recurenta reclamantă a invocat prin cererea de suspendare numeroase critici la adresa modului în care instanțele de fond și-au format convingerea prin interpretarea normelor legale incidente, precum și legate de administrarea probatoriului. Cel puțin la nivel aparent, aceste argumente și critici care au o certă coerență pot constitui motive de casare a deciziei din apel, însă cu privire la temeinicia lor se va decide într-un alt context procedural*”.

¹⁹ Pentru o analiză a efectelor hotărârii judecătorești, sub imperiul Codului de procedură civilă de la 1865, a se vedea, A. Nicolae, Teza de doctorat cu titlul „*Relativitatea și opozabilitatea hotărârilor judecătorești*”, Universitatea din București, 2008, pp. 37-40.

jurisdicțional (părților nu le este permis să ignore efectul obligatoriu al hotărârii judecătorești până la momentul la care aceasta poate fi pusă în executare; nici măcar terților nu le este permis să ignore hotărârea judecătorească, aceasta fiindu-le opozabilă tot de la momentul pronunțării, ca element nou ce apare în realitatea juridică).

De altfel, căile de atac pot fi suspensive de executare [cum este cazul apelului – art. 468 alin. (5) C. pr. civ.], iar nu suspensive în ceea ce privește alte efecte ale hotărârii judecătorești. Nici autoritatea de lucru judecat nu este suspendată până la definitivarea hotărârii, ea există, însă este doar provizorie. Această concluzie se desprinde în mod clar din dispozițiile art. 430 alin. (1) C. pr. civ., care prevăd că hotărârea judecătorească are autoritate de lucru judecat de la pronunțare și alin. (4) care prevăd că atunci când hotărârea este supusă apelului sau recursului, autoritatea de lucru judecat este provizorie (deci, ea există, însă doar cu caracter provizoriu, urmând a se definitiva într-un fel sau altul după soluționarea căilor de atac).

Este adevărat că efectul obligatoriu al hotărârii judecătorești stă finalmente la baza efectului executoriu al acesteia, însă cele două sunt distincte (inclusiv din perspectiva reglementării) și nu trebuie confundate.

Nici interpretarea gramaticală a art. 484 C. pr. civ. nu trebuie să conducă la o altă concluzie: alin. (1) al articolului citat face vorbire clar despre suspendarea de drept a executării hotărârii²⁰; chiar dacă alin. (2) al textului vorbește despre „suspendarea hotărârii atacate”, cele două alineate trebuie interpretate sistematic și oricum ținând seama de ansamblul efectelor hotărârii judecătorești.

Distincția este importantă, întrucât în cazul în care efectul obligatoriu al hotărârii nu este suspendat, atunci înseamnă că pentru toată perioada suspendării executării hotărârii supuse recursului pot fi acordate daune-interese moratorii (dobânzi), acestea continuând să curgă și pe perioada cât durează suspendarea – desigur, discuția prezintă relevanță pentru ipoteza în care recursul se respinge (în tot sau în parte) și, deci, efectul suspendării dispare (obligația a cărei executare a fost suspendată urmând a fi executată).

Raționamentul se aplică și pentru despăgubiri reprezentând, spre exemplu, lipsa de folosință a imobilului pe care pârâtul a fost obligat, prin hotărâre judecătorească, să îl predea (spre exemplu, ca urmare a admiterii unei acțiuni în revendicare). În cazul în care partea care trebuie să restituie un imobil a obținut suspendarea executării hotărârii prin care a fost obligată la predarea bunului, iar mai apoi recursul se respinge, atunci, partea care a recurs la măsura suspendării executării hotărârii supuse recursului poate fi obligată la plata contravalorii lipsei de folosință în favoarea celui care a obținut hotărârea favorabilă, pentru toată perioada cât a durat suspendarea²¹.

²⁰ Textul este în concordanță și cu denumirea marginală a articolului („Suspendarea executării”), chiar dacă denumirea marginală nu are decât caracter orientativ.

²¹ Pentru o decizie în acest sens, dar care conține și o opinie separată, a se vedea C.A. București, s. a IV-a civ., dec. nr. 439/R din 11 martie 2010, rezumată de I. Popa, R.R.D.J. nr. 2/2010, pp. 158-164.

4. Aspecte privitoare la calculul cauțiunii

Potrivit art. 484 alin. (2) C. pr. civ. cererea de suspendare se depune direct la instanța de recurs și trebuie însoțită de o copie certificată de pe cererea de recurs și de dovada depunerii cauțiunii prevăzute de art. 719 alin. (2) C. pr. civ.

Spre deosebire de reglementarea anterioară, care lăsa libertatea judecătorului de a decide cuantumul cauțiunii²², actuala reglementare stabilește în mod clar care este valoarea cauțiunii pe care partea care solicită suspendarea trebuie să o plătească [în acest sens, art. 719 alin. (2) C. pr. civ., la care face trimitere art. 484 C. pr. civ., stabilește care este modul de calcul al cauțiunii].

Având în vedere că dispozițiile art. 484 C. pr. civ. reglementează suspendarea executării hotărârii supuse recursului (adică, a efectului executoriu al acestei hotărâri), dispozițiile art. 719 alin. (2) C. pr. civ. trebuie aplicate corespunzător, ceea ce înseamnă că valoarea ce se va avea în vedere la calcularea cauțiunii este valoarea obiectului obligației cuprinse în hotărârea judecătorească supusă recursului (mai exact, valoarea obligației înscrise în dispozitivul hotărârii instanței de apel sau, după caz, în dispozitivul hotărârii primei instanțe, care a dobândit caracter executoriu după respingerea apelului).

În acest sens trebuie interpretat art. 484 alin. (2) C. pr. civ., care face trimitere la art. 719 alin. (2) C. pr. civ.

Astfel, dispozițiile art. 719 alin. (2) C. pr. civ., la care art. 484 alin. (2) C. pr. civ. face trimitere, prevăd că suma ce trebuie depusă cu titlu de cauțiune se calculează la „valoarea obiectului contestației”²³. Având în vedere că în cazul suspendării executării hotărârii supuse recursului nu avem de a face cu o contestație, textul art. 719 alin. (2) C. pr. civ., trebuie aplicat corespunzător, ceea ce înseamnă că referirea la valoarea obiectului contestației va trebui înțeleasă ca vizând, în acest caz, valoarea obiectului obligației menționate în hotărârea judecătorească a cărei suspendare se solicită în cadrul recursului.

La stabilirea cauțiunii se au în vedere și eventualele dobânzi acordate prin hotărârea a cărei suspendare se solicită, în măsura în care aceste dobânzi au fost calculate și au un cuantum determinat în cuprinsul hotărârii judecătorești²⁴.

În ipoteza în care dobânzile sunt acordate prin hotărârea judecătorească, însă nu este menționat cuantumul lor (spre exemplu, în cuprinsul dispozitivului se menționează că instanța acordă dobânzi de la data scadenței obligației și până la plata

²² Potrivit art. 300 alin. (3) C. pr. civ. 1865, cauțiunea se stabilea prin încheiere, cu ascultarea părților în camera de consiliu, scop în care părțile urmau a fi citate în termen scurt chiar înainte de primul termen de judecată.

²³ De altfel, și art. 1.057 alin. (2) C. pr. civ. prevede regula generală potrivit căreia, dacă legea nu prevede altfel, cauțiunea nu va reprezenta mai mult de 20% din valoarea obiectului cererii.

²⁴ A se vedea, pentru o decizie în cuprinsul căreia cauțiunea a fost calculată și prin raportare la dobânzile determinate în cuprinsul hotărârii judecătorești în privința căreia s-a solicitat suspendarea, ÎCCJ, s. I civ., încheierea nr. 1202/12 iunie 2019, disponibilă pe www.sintact.ro.

efectivă), acestea nu pot fi avute în vedere la stabilirea cauțiunii, întrucât cuantumul dobânzilor nu este determinat în cuprinsul hotărârii, iar potrivit legii cauțiunea se calculează la valoarea obiectului obligației menționate în cuprinsul hotărârii judecătorești a cărei suspendare se solicită [art. 719 alin. (2) C. pr. civ. aplicat în mod corespunzător]. Or, în acest caz, valoarea acestor dobânzi nu este determinată și, deci, nu este cunoscută.

Cu privire la această chestiune discuțiile pot fi mai ample, existând argumente și pentru susținerea opiniei potrivit căreia cauțiunea se calculează și prin raportare la valoarea dobânzilor acordate prin hotărârea judecătorească, chiar dacă acestea nu au fost determinate, recurentul având obligația să calculeze cuantumul acestor dobânzi până la momentul formulării cererii de suspendare și să achite în mod corespunzător cauțiunea și prin raportare la aceste dobânzi. Un argument în acest sens ar putea fi reprezentat de funcția cauțiunii, aceea de a garanta partea împotriva căreia se dispune măsura cu privire la faptul că vor exista resursele necesare pentru a fi despăgubită în cazul în care i s-ar cauza prejudiciu ca urmare a măsurii suspendării (garanția ar trebui să se acorde pentru întreaga valoare a obligației ce nu mai poate fi executată ca urmare a suspendării, iar calculul cauțiunii ar trebui să se realizeze ținând seama de întreaga valoare a creanței; de vreme ce suspendarea vizează și executarea dobânzilor, atunci și acestea ar trebui incluse în valoarea totală a obligației a cărei executare este suspendată).

Cu toate acestea, a admite soluția potrivit căreia cauțiunea ar trebui să se plătească și în raport de dobânzile al căror cuantum nu a fost determinat în cuprinsul hotărârii judecătorești, ar însemna să se lase deschisă posibilitatea unor discuții și contestații cu privire la cuantumul (la determinarea) acestor dobânzi, discuții care sunt incompatibile cu specificitățile recursului și, cu atât mai puțin, cu cele ale procedurii de suspendare a executării hotărârii supuse recursului (întrucât, ar însemna ca instanța de recurs să determine cuantumul acestor dobânzi, pentru a pune în vedere părții să achite cauțiunea în consecință sau pentru a verifica dacă partea a achitat în mod corespunzător cauțiunea; or, adesea, aceste dobânzi se calculează – chiar și în cadrul executării silite – cu ajutorul unor persoane de specialitate, cum sunt experții contabili).

În plus, pentru executarea acestor dobânzi, care nu au fost determinate în cuprinsul hotărârii judecătorești, nu există un titlu executoriu. În mod normal, încheierea executorului judecătoresc de calculare a acestor dobânzi ar reprezenta titlul executoriu în privința acestor sume – art. 628 alin. (2) și (5) C. pr. civ.

Considerăm că dobânzile care nu au fost determinate în cuprinsul hotărârii supuse recursului nu pot fi avute în vedere pentru stabilirea cauțiunii ce trebuie plătită conform art. 484 alin. (2) C. pr. civ. nici în ipoteza în care aceste dobânzi ar fi calculate în cadrul executării silite, prin încheiere a executorului judecătoresc (și, cel mai probabil, menționate în somația de executare). Susțin această opinie întrucât nu avem de a face cu o suspendare a executării silite înseși, solicitată în cadrul contestației la executare, pentru a calcula cauțiunea la întreaga valoare a obiectului

contestației la executare, adică și la valoarea unor sume calculate în cadrul procedurii execuționale. De asemenea, partea nu contestă în acest cadru încheierea executorului judecătoresc prin care a fost stabilit cuantumul dobânzilor (și, prin ipoteză, nu solicită suspendarea executării acesteia), astfel încât să fie avute în vedere și aceste sume la calculul cauțiunii.

În privința cheltuielilor de executare discuția este mai simplă: pe lângă rațiunile expuse mai sus care susțin ideea potrivit căreia nu există obligația de a calcula cauțiune și la valoarea altor sume care nu sunt determinate în cuprinsul hotărârii judecătorești supuse recursului (chiar dacă aceste sume ar fi calculate în cadrul executării silite), oricum dispozițiile art. 670 alin. (4) teza finală C. pr. civ. prevăd că plata cauțiunii nu este necesară pentru suspendarea executării cheltuielilor de executare (prin urmare, nici chiar în cazul în care se solicită suspendarea executării încheierii de stabilire a cheltuielilor de executare, în cadrul contestației la executare, nu se achită cauțiune).

O altă problemă legată de modul de calcul al cauțiunii este generată de ipoteza în care partea solicită suspendarea în parte a executării hotărârii supuse recursului. Spre exemplu, în cazul în care hotărârea supusă recursului cuprinde două capete de cerere, iar suspendarea executării hotărârii supuse recursului se solicită doar cu privire la unul dintre capetele de cerere (spre exemplu, pentru că celălalt capăt de cerere a fost deja executat).

În acest caz, considerăm că ar trebui calculată cauțiunea doar la valoarea capătului de cerere cu privire la care se solicită suspendarea. Interpretarea are în vedere scopul cauțiunii, acela de a garanta partea împotriva căreia se adoptă măsura cu privire la faptul că va avea posibilitatea să se desdăuneze în cazul în care va fi prejudiciată prin adoptarea măsurii suspendării, garanția urmând să se acorde proporțional cu valoarea obiectului obligației în privința căreia se solicită suspendarea executării.

5. Ajutorul public judiciar în materia cauțiunii

Chestiunea posibilității acordării ajutorului public judiciar în materia cauțiunii a fost îndelung dezbătută în doctrină²⁵, fiind o problemă adesea întâlnită în practica judiciară și care a fost soluționată în mod diferit de către instanțele de judecată (în general, discuțiile au vizat plata cauțiunii în materia suspendării executării silite, dar sunt pe deplin aplicabile și în cazul suspendării executării hotărârii supuse recursului).

²⁵ A se vedea R. Stanciu, *Ajutorul public judiciar cu privire la cauțiunea datorată pentru suspendarea executării silite – perspective realiste în contextul legislației actuale*, în R.R.E.S. nr. 3/2013, pp. 76-83; E. Oprina, I. Gârbuleț, *op. cit.*, pp. 384-386; C. Irimia, în *NCPC comentat și adnotat* (coord. V.M. Ciobanu, M. Nicolae), vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 1625 și urm.; M. Țibuleac, *Considerații teoretice și practice privind formele ajutorului public judiciar*, în P.R. nr. 2/2019, pp. 59-63.

Dificultățile au pornit de la faptul că O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar în materie civilă nu reglementează în mod expres posibilitatea de acordare a ajutorului public judiciar în materia cauțiunii. Cu toate acestea, justițiabilii au formulat astfel de cereri de ajutor public judiciar întemeiate, în general, pe art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și pe jurisprudența creată pe marginea acestui text, susținând că plata cauțiunii ar reprezenta un impediment în calea accesului liber la justiție.

Problema a făcut și obiectul a două întâlniri ale reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor civile ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel (7-8 mai 2015²⁶ și 14-15 noiembrie 2019²⁷), opinia participanților exprimată în cadrul primei întâlniri și menținută în cadrul celei de-a doua întâlniri fiind aceea a inexistenței unui temei, în legislația internă sau în Convenția Europeană a Drepturilor Omului, pentru acordarea ajutorului public judiciar în materia plății cauțiunii.

Și opiniile majoritare exprimate în doctrină sunt tot în sensul imposibilității acordării ajutorului public judiciar în această materie, considerându-se, cu just temei că în sfera de reglementare a O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar în materie civilă nu intră și acordarea ajutorului public judiciar pentru plata cauțiunii²⁸, iar Convenția Europeană a Drepturilor Omului nu poate reprezenta un temei pentru acordarea unei astfel de facilități.

Nu voi face o analiză exhaustivă a argumentelor pro și contra cu privire la problema analizată (acestea regăsindu-se pe larg în materialele doctrinare citate, dedicate exclusiv acestui subiect), ci voi aminti doar faptul că, în esență, motivul pentru care se consideră că ajutorul public judiciar nu poate fi acordat în materia cauțiunii este reprezentat de lipsa oricărei reglementări legale în acest sens.

Astfel, dispozițiile art. 6 din O.U.G. nr. 51/2008 reglementează exhaustiv formele în care poate fi acordat ajutorul public judiciar și nu vizează în niciun fel acordarea ajutorului public judiciar pentru plata cauțiunii.

Pentru a putea fi acordată orice formă de ajutor public judiciar aceasta trebuie să fie prevăzută de lege, întrucât dacă s-ar dispune acordarea ajutorului public judiciar, avansarea sumelor de la plata cărora a fost scutit beneficiarul ajutorului public judiciar va trebui făcută de către stat, dintr-un fond special constituit în acest sens. Or, nu s-ar putea dispune obligarea statului la acordarea unei facilități care nu este prevăzută de lege. Acordarea oricărei facilități reprezintă o măsură derogatorie de la regula potrivit căreia partea trebuie să suporte costurile ocazionate de demersurile

²⁶ Minuta întâlnirii este disponibilă online la adresa http://inm-lex.ro/fisiere/d_1164/Intalnirea%20presedintilor%20sectiilor%20civile,%20lasi,%207-8%20mai%202015.pdf.

²⁷ Minuta întâlnirii este disponibilă online la adresa <http://inm-lex.ro/wp-content/uploads/2019/11/minuta-intalnire-civil-Pitesti-14-15-noiembrie-2019.pdf>.

²⁸ A se vedea, spre exemplu, pentru concluzii mai recente cu privire la acest aspect, care includ și opiniile doctrinare exprimate de-a lungul timpului, C. Irimia, *op. cit.*, pp. 1625-1628.

procesuale în care este implicată și, ca orice excepție trebuie să fie expres prevăzută de lege.

Trebuie amintit faptul că au existat soluții ale instanțelor de judecată prin care s-a admis cererea de ajutor public judiciar și s-a redus cuantumul cauțiunii stabilite în sarcina părții (în realitate, o astfel de măsură nu este echivalentă cu acordarea ajutorului public judiciar în sensul legii, întrucât nu era vorba despre suportarea vreunei sume de bani din bugetul statului, ci despre reducerea garanțiilor acordate persoanei împotriva căreia se adoptă măsura suspendării)²⁹.

O astfel de practică nu ar trebui în niciun caz permisă în actuala reglementare, întrucât valoarea și modul de calcul al cauțiunii sunt stabilite de lege (art. 719 C. pr. civ.), instanța neavând posibilitatea să (mai) intervină asupra cuantumului cauțiunii³⁰.

Astfel, în actualul Cod de procedură civilă cuantumul cauțiunii – cel puțin în materia analizată – este expres reglementat de lege – art. 434 alin. (2) și art. 719 alin. (2) C. pr. civ. Instanța nu ar putea stabili o cauțiune într-un alt quantum decât cel prevăzut de art. 719 alin. (2) C. pr. civ., cu atât mai mult cu cât funcția principală a cauțiunii, care rezultă din reglementarea art. 1.064 C. pr. civ., este aceea de a garanta faptul că partea împotriva căreia s-a dispus măsura va avea fondurile necesare pentru a se îndestula pentru prejudiciile cauzate prin adoptarea măsurii pentru care s-a dispus plata cauțiunii (în cazul de față, suspendarea executării hotărârii supuse recursului). Or, garanțiile acordate de lege creditorului nu ar putea fi micșorate de instanță în lipsa unei reglementări care să permită acest lucru.

Prin urmare, în prezent, în niciun caz nu s-ar putea admite că instanța ar putea reduce cuantumul cauțiunii prevăzut de lege, în detrimentul creditorului, ceea ce înseamnă că, în mod obligatoriu, eventuala acordare a ajutorului public judiciar ar

²⁹ A se vedea, spre exemplu, Jud. Sector 1, încheierea din data de 24 mai 2012, pronunțată în dosarul nr. 21565/299/2012, nepublicată. Instanțele acordau „ajutor public judiciar” în materia cauțiunii în sensul reducerii cauțiunii stabilite, spre exemplu de la 10% la 1% din valoarea contestată. În acest caz, reducerea acordată nu reprezenta o veritabilă formă de ajutor public judiciar, întrucât aceasta ar fi presupus ca diferența dintre cauțiunea stabilită de lege și cea micșorată conform cererii de ajutor public judiciar să fie achitată din fondul pentru ajutor public judiciar (art. 22 din O.U.G. nr. 51/2008) sau să existe un alt mecanism prin care statul să garanteze în locul debitorului obligației de plată a cauțiunii, până la valoarea cauțiunii prevăzute de lege. Practic, pentru a reprezenta o veritabilă formă de ajutor public judiciar, nu trebuie ca eventualele consecințe ale reducerii cauțiunii să fie suportate de către creditorul care beneficiază de un titlu executoriu, ci de către stat din fondul special alocat în acest sens. A se vedea, pentru considerații cu privire la acest aspect, B. Dumitrache, *Notă la încheierea din 2 martie 2009, pronunțată de Jud. Slatina*, trimisă în rezumat și cu comentariu de Jud. A. C. Mittrache, în R.R.D.J. nr. 6/2009, pp. 132-134.

³⁰ Menționez faptul că și în unele spețe pronunțate sub imperiul Codului civil de la 1865 instanțele reduceau cauțiunea prevăzută de art. 403 alin. (4) C. pr. civ. 1865 pentru suspendarea provizorie a executării silite, care avea un quantum fix, de 10% din valoarea obiectului contestației; nici această practică nu avea niciun suport legal, așa încât nu consider că era corectă din punct de vedere juridic – spre exemplu, Jud. Sector 1, încheierea din data de 24 mai 2012, pronunțată în dosarul nr. 21565/299/2012, nepublicată.

presupune ca plata diferenței de cauțiune să se realizeze din fondul pentru ajutor public judiciar. Însă, din fondul pentru ajutor public judiciar nu se pot face alte plăți decât cele pentru care există o reglementare expresă, iar în lipsa unei reglementări legale în acest sens, din acest fond nu se pot acorda facilități pentru plata cauțiunii.

Așa cum am antamat la începutul prezentei secțiuni, în sprijinul ideii potrivit căreia ar fi admisibilă o cerere de ajutor public judiciar sub forma scutirii, reducerii sau eşalonării la plata cauțiunii se invocă dispozițiile art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și jurisprudența creată pe marginea acestui text (în special, dreptul de acces la o instanță)³¹.

Însă, niciuna dintre deciziile Curții Europene a Drepturilor Omului invocate și analizate în acest context nu a constatat că ar exista vreo încălcare a garanțiilor impuse de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, cauzată de faptul că legislația internă nu reglementează posibilitatea acordării ajutorului public judiciar în materia cauțiunii.

Prin urmare, jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului nu poate reprezenta, la acest moment, temei pentru acordarea ajutorului public judiciar în materia cauțiunii.

6. Posibilitatea de a formula cerere de reexaminare împotriva modului de stabilire a cauțiunii

Încheierea de stabilire a cauțiunii ar putea fi atacată odată cu hotărârea pronunțată asupra fondului, în cazul în care aceasta din urmă este supusă vreunei căi de atac – art. 1062 alin. (2) C. pr. civ. În cazul recursului, hotărârea de suspendare este definitivă³² [art. 484 alin. (5) C. pr. civ.], ceea ce înseamnă că modul de stabilire a cauțiunii nu poate fi criticat în cadrul căilor de atac³³.

³¹ În general se invocă deciziile pronunțate în cauzele Iosif c. României (cererea nr. 10443/03, Hotărârea din 20 decembrie 2017, publicată în M. Of. nr. 561/24 iulie 2008) și cauza Blodamar c. României (cererea nr. 60727/10, Decizia de inadmisibilitate din 6 decembrie 2016). Pentru dezvoltări cu privire la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului invocată de susținătorii ideii potrivit căreia acordarea ajutorului public judiciar în materia cauțiunii ar trebui să fie posibilă, motivat de garantarea dreptului de acces la o instanță, a se vedea, R. Stanciu, *op. cit.*, pp. 78-80; Minuttele întâlnirilor reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor civile ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel din datele de 7-8 mai 2015 și 14-15 noiembrie 2019; V. Penteleev, *Au instanțele prerogativa de a acorda ajutor public judiciar în privința cauțiunii prevăzute de art. 719 alin. (7) din Codul de procedură civilă, după pronunțarea de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului a deciziei din cauza S.C. Eco Invest S.R.L. și Ilie Bolmadar contra României?*, în *Dreptul* nr. 5/2020, pp. 56-74.

³² În vechiul Cod de procedură civilă, în lipsa unei reglementări exprese, au existat opinii contradictorii cu privire la posibilitatea de a formula recurs împotriva încheierii de suspendare a executării hotărârii supuse recursului: într-o opinie se susținea că încheierea de suspendare putea fi atacată cu recurs în termen de 15 zile [având în vedere dispozițiile art. 300 alin. (3) C. pr. civ. care făceau trimitere la art. 403 alin. (3) C. pr. civ.], iar într-o altă opinie se susținea inadmisibilitatea

În acest context, în practică s-a pus problema dacă s-ar putea formula o cerere de reexaminare împotriva modului de stabilire a cauțiunii necesar a fi plătită pentru suspendarea executării hotărârii supuse recursului.

În actuala reglementare, instanța nu pronunță, în general, în materia suspendării executării hotărârii supuse recursului o încheiere de stabilire a cuantumului cauțiunii.

Astfel, potrivit art. 484 alin. (2) C. pr. civ., recurentul trebuie să depună dovada plății cauțiunii împreună cu cererea de suspendare și cu copia certificată de pe cererea de recurs. În măsura în care instanța constată că partea nu a achitat cauțiunea (sau nu a calculat corespunzător cuantumul acesteia), atunci îi pune în vedere, prin citație, obligația de a consemna (sau de a completa) cauțiunea. Ca atare, în general, calculul cauțiunii este evidențiat într-o rezoluție a instanței și este pus în vedere părții prin citație.

Din punctul meu de vedere o cerere de reexaminare împotriva modului de stabilire a cauțiunii este inadmisibilă, întrucât hotărârile sunt supuse numai căilor de atac prevăzute de lege [art. 457 alin. (1) C. pr. civ.³⁴], iar în această materie nu există nicio dispoziție legală care să prevadă că s-ar putea formula cerere de reexaminare împotriva modului de stabilire a cauțiunii [cum este, spre exemplu, art. 39 alin. (1) din O.U.G. nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru]³⁵. Cu toate acestea, nimic nu împiedică instanța care a stabilit cauțiunea să revină asupra cuantumului acesteia, în măsura în care a fost greșit calculată.

atacării cu recurs a încheierii de suspendare, motivat de faptul că decizia pronunțată în recurs este irevocabilă – a se vedea pentru aceste distincții, M. Lohănel, *op. cit.*, p. 183.

³³ În același sens, sub imperiul Codului de procedură civilă de la 1865, a se vedea, ÎCCJ, Completul de 9 judecători, dec. nr. 333/2005, *apud* G. Boroș, O.-S. Matei, *Codul de procedură civilă adnotat*, ed. a 3-a, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 546.

³⁴ Pot fi amintite și alte texte de lege ce stau la baza principiului legalității căilor de atac, cum ar fi art. 129 din Constituție, art. 126 alin. (2) din Constituție, art. 124 alin. (1) și (3) din Constituție, art. 22 alin. (1) C. pr. civ.

³⁵ A se vedea, spre exemplu, Trib. Iași, s. a II-a civ., sent. civ. nr. 720/10 mai 2017, disponibilă pe www.rolii.ro.

CONSIDERAȚII LA CONTESTAREA MĂSURILOR LUATE DE ADMINISTRATORUL JUDICIAR PRIN RAPORTUL CAUZE – ÎMPREJURĂRI

*Jud. Mariana GRĂDINESCU
Judecătoria Focșani*

Abstract

One of the main duties of the judicial administrator appointed in an insolvency procedure refers to the drafting of a detailed report on the causes and circumstances that led to the state of insolvency.

In judicial practice and legal doctrine, there were different points of view expressed regarding the possibility of challenging the measures taken by the judicial administrator through the cause-circumstances report. Through this article, we propose to analyse the different views, both for and against, joining the opinion that affirms the admissibility of the challenge.

In constructing our argument, we affirm the fact that a challenge can only be brought against the measures taken by the judicial liquidator / administrator, not regarding the professional opinion of the insolvency practitioner, contained in the report on the causes and circumstances that led to the insolvency.

Keywords: *civil law, insolvency, judicial administrator, case-circumstance report, challenge, admissibility.*

Legea privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență nr. 85/2014, echivalentă Legii nr. 85/2006¹, reglementează mecanismele de prevenire a insolvenței și de insolvență adresate operatorilor economici.

Procedura reglementată de Legea nr. 85/2014, așa cum a fost definită în doctrina recentă, reprezintă un ansamblu de norme juridice prin care se urmărește obținerea fondurilor bănești pentru plata datoriilor debitorului aflat în insolvență față de creditorii săi în condițiile stabilite diferențiat pe categorii de debitori, prin reorganizare judiciară bazată pe plan de reorganizare sau prin faliment².

¹ Art. 343 din Legea nr. 85: „Procesele începute înainte de intrarea în vigoare a prezentei legi rămân supuse legii aplicabile anterior acestei date”.

² Stanciu D. Cârpenaru, *Drept comercial român*, ed. a 7-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 620.

Printre atribuțiile principale ale administratorului judiciar desemnat în cadrul unei proceduri de insolvență regăsim potrivit reglementarilor art. 58 alin. 1 lit. b) din Legea nr. 85/2014: „examinarea activității debitorului și întocmirea unui raport amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență, cu menționarea eventualelor indicii sau elemente preliminare privind persoanele cărora le-ar fi imputabilă și cu privire la existența premiselor angajării răspunderii acestora, în condițiile prevederilor art. 169-173, precum și asupra posibilității reale de reorganizare a activității debitorului ori a motivelor care nu permit reorganizarea și depunerea la dosarul cauzei, într-un termen stabilit de judecătorul-sindic, dar care nu va putea depăși 40 de zile de la desemnarea administratorului judiciar”.

Raportul cauze – împrejurări

Prin întocmirea raportului cauze – împrejurări se analizează activitățile debitorului până la deschiderea procedurii insolvenței, se extrag concluzii cu privire la cauzele și împrejurările care au dus la insolvență și persoanele responsabile de aceasta, potențialele acte juridice frauduloase încheiate în perioada premergătoare insolvenței, precum și asupra posibilității reorganizării sau trecerii la faliment a debitorului.

Prin reglementarea în materie, se subînțelege că acest raport nu poate fi contestat, legea nu prevede posibilitatea contestării sale. Nefiind specificată în mod expres imposibilitatea contestării raportului cauze împrejurări ne aflăm în prezența unui vid legislativ. În practica judiciară și doctrină au existat puncte de vedere diferite cu privire la posibilitatea contestării măsurilor luate de administratorul judiciar prin raportul cauze – împrejurări. Ne raliem opiniei care afirmă admisibilitatea contestației.

Inadmisibilitatea contestației. Opinia INM

Argumentele pentru inadmisibilitatea contestației la raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență ar fi următoarele:

a. raportul prevăzut de art. 59 din Legea nr. 85/2014 este diferit de raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență, având conținut, finalitate și regim juridic distincte;

b. raportul prevăzut de art. 58 alin. (1) lit. b) și art. 97 din Legea nr. 85/2014 nu poate fi contestat de către creditorii în condițiile art. 59 din Legea nr. 85/2014, întrucât art. 59 reglementează contestația împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar, iar raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă, nu cuprinde nicio măsură a practicianului în insolvență;

c. raportul prevăzut de art. 58 alin. (1) lit. b) și art. 97 din Legea nr. 85/2014 nu evidențiază modul de îndeplinire a atribuțiilor administratorului judiciar/lichidatorului și nu cuprinde nici o justificare a cheltuielilor efectuate în procedură, ci evidențiază cauzele și împrejurările care au dus la apariția insolvenței debitorului, și, eventual, persoanele cărora le-ar fi imputabilă;

d. raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență reprezintă punctul de vedere profesional al practicianului în insolvență care l-a întocmit și căruia nu i se poate impune includerea în raport a unor aspecte, puncte de vedere sau opinii pe care nu și le însușește;

e. conținutul celor două rapoarte este diferit:

– art. 59 din Legea nr. 85/2014 vizează rapoartele lunare întocmite de administratorul judiciar în exercitarea atribuțiilor sale, prin care acesta aduce la cunoștința participanților la procedura insolvenței și judecătorului sindic activitatea sa și măsurile luate în exercitarea atribuțiilor prevăzute de lege în sarcina sa;

– raportul prevăzut de art. 97 din Legea nr. 85/2014 trebuie să cuprindă:

1. arătarea cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă;

2. existența premiselor angajării răspunderii persoanelor cărora le-ar fi imputabilă apariția stării de insolvență;

3. posibilitatea reală de reorganizare efectivă a activității debitorului ori motivele care nu permit reorganizarea;

f. raportul prevăzut de art. 59 din lege se depune lunar, pe când raportul prevăzut de art. 97 este unic, iar întocmirea lui și supunerea aprobării judecătorului sindic se va face în termenul stabilit de judecătorul sindic, dar într-un termen care nu va putea depăși 40 de zile de la desemnarea administratorului judiciar;

g. art. 59 din Legea nr. 85/2014 vizează rapoartele lunare întocmite de administratorul judiciar în exercitarea atribuțiilor sale, care cuprind activitatea sa și măsurile luate în perioada de după deschiderea procedurii insolvenței. Art. 97 din Legea nr. 85/2014 vizează cauzele și împrejurările care au dus la apariția stării de insolvență, deci analiza se referă la perioada anterioară deschiderii procedurii insolvenței;

h. În privința modalității de informare cu privire la cele două rapoarte sunt instituite reglementări diferite: în timp ce raportul lunar prevăzut de art. 59 din Legea nr. 85/2014 se depune la dosarul cauzei și un extras se publică în Buletinul procedurilor de insolvență, raportul privind cauzele și împrejurările care au dus la apariția stării de insolvență se depune la grefa tribunalului și la registrul comerțului sau, după caz, la registrul în care este înmatriculat debitorul, și se comunică debitorului, creditorii putând consulta pe cheltuiala lor raportul și la sediul administratorului judiciar;

i. Conform art. 59 alin. (5) și (6) din Legea nr. 85/2014 măsurile luate de administratorul judiciar pot fi contestate de debitorul persoană fizică, administratorul special al debitorului persoană juridică, oricare dintre creditorii, precum și orice altă

persoană interesată, iar contestația trebuie să fie înregistrată în termen de 7 zile de la data publicării în Buletinul procedurilor de insolvență, pe când art. 97 din Legea nr. 85/2014 nu prevede posibilitatea contestării raportului și un termen în care s-ar putea contesta;

j. nereglementarea unei căi de atac cu privire la raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență nu înseamnă că este permisă contestația la raport, neaplicându-se prin analogie normele prevăzute de art. 59 din Legea nr. 85/2014;

k. dacă ar fi permisă contestația la acest raport ar trebui să fie prevăzute în mod expres persoanele care ar putea formula contestație, termenul în care ar putea fi introdusă, precum și procedura de judecată a acesteia.

În acest cadru, apreciem că, în absența unei trimiteri legale exprese, nu se justifică extinderea sferei de aplicare a contestației instituite de dispozițiile art. 59 alin. (5) din Legea nr. 85/2014 împotriva măsurilor adoptate de administratorul judiciar, care se reflectă în raportul lunar întocmit de acesta, având în vedere conținutul și finalitatea specială a raportului prevăzut de dispozițiile art. 97 din Legea nr. 85/2014 față de rapoartele întocmite lunar conform art. 59 din lege. Nu avem în vedere situația particulară în care raportul întocmit în condițiile art. 97 din lege cuprinde și măsuri care depășesc conținutul specific al unui asemenea act de procedură.

Impunându-se analiza cu prioritate, în acest caz, a admisibilității contestației, devine inutilă analiza excepției tardivității. Aceasta nu înseamnă însă că raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență nu este supus controlului judiciar din partea judecătorului sindic.

Data fiind importanta acestui raport, legiuitorul a prevăzut efectuarea unor formalități de publicitate și comunicare ale acestuia, tocmai pentru ca orice persoană interesată să poată să ia cunoștință despre conținutul lui și, în cazul în care există obiecții, acestea să poată fi formulate până la momentul aprobării acestuia de judecătorul sindic.

Astfel, art. 97 din Legea nr. 85/2014 în alin. 6, prevede că „administratorul judiciar va asigura posibilitatea consultării raportului prevăzut la alin. (1) la sediul său, pe cheltuiala solicitantului. O copie de pe raport va fi depusă la grefa tribunalului și la registrul comerțului sau, după caz, la registrul în care este înregistrat debitorul și va fi comunicată debitorului”.

Dispozițiile art. 59 alin. (1) lit. b) și art. 97 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 prevăd obligativitatea din partea administratorului judiciar de a întocmi și a supune judecătorului-sindic raportul privind cauzele și împrejurările care au dus la apariția stării de insolvență, aceasta însemnând că judecătorul sindic trebuie să se pronunțe asupra acestuia sub aspectul legalității.

Aceste prevederi legale se coroborează cu prevederile art. 45 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, potrivit cărora „atribuțiile judecătorului-sindic sunt limitate la controlul

juducătorească al activității administratorului judiciar și/sau al lichidatorului și la procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței”.

Aceasta înseamnă că judecătorul sindic nu are, așa cum din păcate se întâmplă deseori în practică, doar un rol pasiv, de a constata că raportul privind cauzele și împrejurările care au dus la apariția stării de insolvență a fost întocmit și depus la dosarul cauzei, ci dimpotrivă un rol activ, de a verifica dacă acest raport conține toate elementele prevăzute de lege și este întocmit în conformitate cu prevederile legale.

Judecătorul sindic, în exercitarea controlului judiciar asupra activității administratorului judiciar, are obligația de a pune în discuția părților interesate raportul privind cauzele și împrejurările care au dus la apariția stării de insolvență și, în cazul în care, din punct de vedere al legalității, acesta nu este întocmit corespunzător sau este incomplet, va putea dispune refacerea sau completarea acestuia.

În concluzie, opinia INM este în sensul inadmisibilității unei contestații împotriva raportului întocmit de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar cu privire la cauzele și împrejurările care au dus la apariția insolvenței debitorului și, implicit, a inaplicabilității termenului de 7 zile prevăzut de art. 59 alin. (6) din Legea nr. 85/2006.

Exemple din practica judiciară

În sensul inadmisibilității contestației, Curtea de Apel Timișoara a decis că „raportul prevăzut de art. 20 alin. (1) lit. b) și art. 59 din Legea nr. 85/2006 nu poate fi contestat de către creditorii în condițiile art. 21 din legea nr. 85/2006, întrucât art. 21 reglementează contestația împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar, iar raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă, nu cuprinde nicio măsură a practicianului în insolvență”³.

Într-o altă speță, Curtea de Apel Cluj a hotărât că „întrucât raportul întocmit în conformitate cu prevederile art. 59 din LPI nu evidențiază modul de îndeplinire a atribuțiilor și nu cuprinde nici o justificare a cheltuielilor efectuate în procedură, ci evidențiază cauzele și împrejurările care au dus la apariția insolvenței debitorului, și, eventual, persoanele cărora le-ar fi imputabilă, se poate conchide că acest raport nu se subsumează celui menționat la art. 21 alin. (1) din LPI astfel că nu poate fi contestat în condițiile art. 21 alin. (3) din același act normativ, contestația astfel formulată fiind inadmisibilă”⁴.

În același sens, în altă cauză s-a reținut că „în ce privește raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la insolvența debitoarei nu sunt incidente dispozițiile art. 21 din Legea nr. 85/2006, întrucât acesta nu constituie o „măsură” vizată de textul de lege menționat, ci reprezintă punctul de vedere profesional al practicianului

³ Decizia civilă nr. 623/25.06.2015 a Curții de Apel Timișoara, secția a II-a civilă.

⁴ Decizia civilă nr. 79/03.03.2014 a Curții de Apel Cluj.

în insolvență care l-a întocmit și nu i se poate impune acestuia includerea în raport a unor aspecte, puncte de vedere, opinii sau constatări pe care nu le însușește”⁵.

De asemenea, s-a arătat că „art. 21 din Legea nr. 85/2006 se referă la raportul lunar depus de practicianul în insolvență, în timp ce art. 59 din lege reglementează raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței debitorului și nu prevede posibilitatea formulării unei contestații”⁶.

Admisibilitatea contestației

În susținerea afirmației privind admisibilitatea contestației aducem următoarele argumente:

Dispozițiile art. 45 alin. (1) lit. m) din Legea nr. 85/2014 nu fac distincție între tipurile de rapoarte care pot face obiectul contestațiilor, instanța de judecată având obligația de a soluționa contestațiile formulate la orice fel de raport, chiar dacă prin acel raport nu se dispune nicio măsură, precum și prevederile art. 45 alin. (2) potrivit cu care judecătorul sindic are competența de a analiza și de a se pronunța cu privire la legalitatea oricărui act sau document întocmit de practicianul în insolvență în desfășurarea activității acestuia, deci și cu privire la legalitatea raportului asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență.

S-a mai menționat că raportul prevăzut de art. 97 din Legea nr. 85/2014 presupune și măsuri luate de practicianul în insolvență, respectiv de a formula sau nu acțiune în angajarea răspunderii persoanelor ce se fac vinovate de apariția stării de insolvență sau de a formula sau nu acțiuni în anularea transferurilor patrimoniale frauduloase, măsuri care se pot baza pe concluziile nelegale și neadevărate ale acestui raport și care pot fi vătămătoare pentru participanții la procedură, situație care poate fi înlăturată doar pe calea contestației la raport. În caz contrar, părților interesate le este refuzat dreptul de acces la o instanță, prevăzut de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Susținem faptul că se poate formula contestație numai cu privire la măsurile luate de administratorul/lichidatorul judiciar, nu și în ce privește opinia profesională a practicianului în insolvență, cuprinsă în raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței, astfel:

Raportul prevăzut de art. 59 din Legea nr. 85/2014 este diferit de raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței, având conținut, finalitate și regim juridic distincte.

Raportul prevăzut de art. 59 din lege se depune lunar la dosarul cauzei, aducându-se la cunoștința participanților la procedura insolvenței și judecătorului sindic activitatea administratorului judiciar și măsurile luate în exercitarea atribuțiilor prevăzute de lege în sarcina sa, și cuprinde o justificare a cheltuielilor efectuate.

⁵ Decizia civilă nr. 479/10.06.2008 a Curții de Apel Timișoara, secția comercială.

⁶ Sentința comercială nr. 4690/22.06.2010 a Tribunalului București.

Raportul prevăzut de art. 58 alin. (1) lit. b) și art. 97 din Legea nr. 85/2014 este unic, se depune la greștea tribunalului și la registrul comerțului, și cuprinde cauzele și împrejurările care au dus la apariția stării de insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă, premisele angajării răspunderii persoanelor cărora le-ar fi imputabilă apariția stării de insolvență, precum și posibilitatea reală de reorganizare efectivă a activității debitorului, ori motivele care nu permit reorganizarea, toate acestea fiind expresia punctului de vedere profesional al practicianului în insolvență care l-a întocmit.

Contestația reglementată de art. 59 privește măsurile luate de administratorul judiciar, ori raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței nu cuprinde nicio măsură a practicianului în insolvență.

Art. 59 alin. (5) și (6) din Legea nr. 85/2014 prevede expres că măsurile luate de administratorul judiciar pot fi contestate de debitorul persoană fizică, administratorul special al debitorului persoană juridică, oricare dintre creditorii, precum și de orice altă persoană interesată, în termen de 7 zile de la data publicării în Buletinul procedurilor de insolvență, pe când art. 97 din Legea nr. 85/2014 nu prevede posibilitatea contestării raportului, un termen în care s-ar putea contesta, persoanele care ar putea formula contestația și procedura de judecată a contestației, neaplicându-se prin analogie normele prevăzute de art. 59 din Legea nr. 85/2014.

Exemple din practica judiciară

În sensul admisibilității unei asemenea contestații, într-o speță a fost admis recursul unei creditoare, a fost casată hotărârea primei instanțe și, în rejudecare, a fost admisă contestația creditoarei împotriva raportului asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței debitoarei, dispunându-se completarea acestuia cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă apariția stării de insolvență și dacă există premisele angajării răspunderii acestora, precum și analiza motivelor care nu permit reorganizarea societății⁷.

În altă cauză s-a statuat că „măsurile la care se referă art. 21 și care sunt susceptibile de a fi contestate, pot consta nu numai în acțiuni, ci se pot concretiza și

în omisiunea sau inacțiunea lichidatorului sau administratorului judiciar de a releva cauzele reale care au condus la insolvența debitoarei. Față de aspectele sus arătate, rezultă că împotriva raportului asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență și prin care s-a concluzionat că nu este oportună formularea unei acțiuni în răspundere poate fi formulată contestație în temeiul art. 21 alin. (2) din Legea nr. 85/2006. A admite contrariul, ar însemna ca un astfel de raport să nu poată fi supus controlului judecătorului-sindic”⁸.

⁷ Florin Motiu, *O problemă controversată: Contestația împotriva raportului asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență*, în Revista Universul Juridic nr. 7, iulie 2015, p. 49.

⁸ Decizia nr. 2349/06.10.2009 a Curții de Apel Cluj.

PREZUMȚIA DE NEVINOVĂȚIE CA DREPT FUNDAMENTAL AL OMULUI ÎN JURISPRUDENȚA CTEDO

Drd. Alin PETREA¹

*Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea din Craiova*

Abstract

Although intensely claimed, the presumption still has a vague outline, but which asserts its identity progressively and evolutionarily through the jurisprudence of the ECtHR. The Court delimits the material, personal and temporal scope of application of the presumption of innocence, using the category of „autonomous notions” and using the phrase “accusation in criminal matters”. As for the content of the presumption of innocence in the practice of the ECtHR, there is a threefold validity of the presumption: 1. obligation not to do; 2. test rule; 3. rule of substantive law.

Keywords: *presumption, innocence, probation rule, standard of proof.*

1. Scopul și planul lucrării

Prezumția de nevinovăție este un concept uzual în practica dreptului, fiind întâlnită îndeosebi în pledoariile avocaților apărării care, prin invocarea ei, caută să înlăture aplicarea unei măsuri preventive față de persoana acuzată ori să împiedice afirmări premature ale vinovăției acesteia venite din partea reprezentanților autorităților publice. Deși clamată intens, prezumția are în continuare un contur vag, de nălucă, cu multe nuanțe de gri, dar care își afirmă identitatea progresiv și evolutiv prin intermediul jurisprudenței CtEDO, în ton cu nevoile și năzuințele societăților liberale moderne. Scopul acestui studiu este de a trece prezumția de nevinovăție din zona de penumbră conceptuală în care se află, într-un areal ceva mai luminat și mai facil de explorat. Pentru a atinge această finalitate vom trata, succesiv, domeniul de aplicare a prezumției de nevinovăție și conținutul ei, astfel cum acestea se degajă din jurisprudența CtEDO.

În secțiunea a 2-a a studiului vom identifica persoanele cărora li se aplică prezumția de nevinovăție, intervalul temporal în care se aplică și, de asemenea, materiile în care își găsește incidența. Cu alte cuvinte, vom delimita domeniul de aplicare a prezumției de nevinovăție din perspectivă personală, temporală și materială.

¹ Cu adresele de corespondență: alinpetrea22@gmail.com și alinpetrea22@yahoo.com.

În cea de-a 3-a secțiune vom analiza diversele exprimări utilizate de CtEDO pentru a defini prezumția de nevinovăție pentru ca, începând de aici, să identificăm conținutul prezumției. Prezumția de nevinovăție, fiind un concept formal de drept, un drept garanție și, totodată, un mijloc constitutiv al statului de drept, nu are un conținut substanțial propriu-zis, ci reprezintă, mai degrabă, un șablon ideatic ce servește drept sursă pentru diverse reguli normative. În cadrul acestei secțiuni vom analiza și dacă, respectiv modalitatea în care prezumția de nevinovăție influențează crearea normei de incriminare.

2. Domeniul de aplicare a prezumției de nevinovăție

Art. 6 par. 2 CEDO, conform căruia „Orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi legal stabilită”, este sediul legal al prezumției de nevinovăție în materia dreptului european al drepturilor omului. După cum se poate observa la o simplă citire a textului normativ, prezumția de nevinovăție este pusă în relație cu persoanele acuzate de săvârșirea unor infracțiuni, adică, într-o cheie pozitivă, cu persoanele cărora li se impută încălcarea legii penale. Ar rezulta, deci, că prezumția de nevinovăție este aplicabilă exclusiv în materia dreptului penal. Cu toate acestea, normele legale, chiar și de origine supranațională fiind, trebuie interpretate relațional, sistematic și în acord cu scopul în virtutea căruia au fost edictate. Asumată fiind această premisă, dreptul de a fi prezumat nevinovat nu trebuie privit insular, ci prin raportare la dispozițiile par. 1 al art. 6 CEDO, care consacră dreptul persoanei la un proces echitabil în materie penală; accentul cade, deci, pe *materia penală*, acesta fiind elementul referențial în raport de care trebuie identificat domeniul de aplicare a prezumției de nevinovăție.

Diversitatea de accepțiuni ale unui termen, regăsită în pleiada de legislații ale statelor membre semnatare ale CEDO, precum și imperativul aplicării unitare a CEDO pe teritoriul statelor membre, au determinat CtEDO să recurgă la artificul tehnic al „noțiunilor autonome”. Mai simplu spus, CtEDO, din dorința de conferi o protecție eficace drepturilor înscrise în CEDO, a creat un concept nou, acela al „noțiunilor autonome”, prin care s-ar înțelege o noțiune relativă la un drept procesual care are o definiție proprie în sistemul de protecție al drepturilor omului garantat de CtEDO, definiție avansată jurisprudențial². „Noțiunile autonome” au, deci, o semnificație aparte în jurisprudența CtEDO, dar care se impune, în virtutea principiului preeminenței dreptului convențional față de cel național, inclusiv autorităților publice naționale, mai ales celor jurisdicționale.

Sub umbrela categorială a noțiunilor autonome figurează și sintagma „acuzatie în materie penală”. Că este așa rezultă din hotărârea pronunțată de CtEDO în cauza

² Pentru o opinie similară, a se vedea F. Sudre și alții, *Les concepts autonomes dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Cahiers de l'IDEH, Montpellier I, 1997, p 123, *apud* Jean-François Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, 2009, p. 788.

Adolf c. Austriei³, unde se arată, la paragraful 30, că acestei expresii trebuie să i se atribuie un înțeles autonom în contextul CEDO, și care să nu fie dependent de sensurile atribuite acesteia de către legislațiile naționale ale statelor membre. Se arată, în continuare, că dreptul statelor membre nu poate constitui mai mult decât un punct de pornire în deslușirea sensului unei expresii convenționale, dar și, mai important, că importanța capitală a dreptului la un proces echitabil în societățile democratice reclamă o abordare substanțială a problemei, în detrimentul uneia formale. Ca atare, sintagma „acuzăție în materie penală” se impune a fi abordată într-o cheie interpretativă substanțialistă, în cadrul căreia accentul să cadă pe caracteristicile acuzației și ale obiectului acuzației, nu pe denumirile și calificărilor lor formale din dreptul național; cu alte cuvinte, orizontul aparențelor trebuie depășit de realitățile conceptului cercetat pentru a determina dacă noțiunea se încadrează sau nu în materia penală.

Noțiunea autonomă de „acuzăție în materie penală” poate și a fost divizată în cele două elemente componente, respectiv „acuzăție” și „penal”/„materie penală”. Clarificarea înțelesului celor două subdiviziuni permite reificarea conceptuală a întregului.

Astfel, noțiunea de „acuzăție” a fost definită ca fiind „*notificarea oficială, din partea autorității competente, privind suspiciunea referitoare la comiterea unei infracțiuni*”⁴. Fideli cheii substanțialiste de interpretare, arătăm că sensul „acuzăției” trebuie materializat, în sensul în care notificarea oficială poate fi substituită, în unele situații, și de diverse proceduri ori conduite ale autorităților din care reiese că o persoană este privită ca suspectă de săvârșirea unui ilicit penal⁵; este cazul, spre exemplu, a unei proceduri desfășurate *in rem* în dreptul național, dar în cadrul căreia probatoriul este administrat exclusiv în legătură cu o anumită persoană - X, când notificarea oficială, inexistentă de altfel în acest exemplu, poate și trebuie înlocuită de comportamentul procesual al organelor de urmărire penală care, prin prisma modului de acțiune, lasă să se întrevadă că, în fapt, nu și în drept, îl suspectează pe X de săvârșirea infracțiunii. Concluziv, noțiunea autonomă de „acuzăție” se identifică fie cu o informare oficială a unei persoane, venită din partea autorităților, cu privire la săvârșirea unei infracțiuni, fie cu un anumit *modus operandi* al autorităților care deoalează suspiciunile lor reale.

Cât privește noțiunea de „penal”/„materie penală”, aceasta se definește prin recursul la criteriile indicate de CtEDO în cauza Engel c. Țărilor de Jos⁶, par. 82,

³ Hotărârea din 26 martie 1982, cauza nr. 8269/78, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57417%22%5D%7D>].

⁴ Cauza Deweer c. Belgiei, hotărârea din 27 februarie 1980, cauza nr. 6903/75, par. 46, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57469%22%5D%7D>].

⁵ Jean-François Renucci, *op. cit.*, p. 403.

⁶ Hotărârea din 23 noiembrie 1976, pronunțată în cauzele reunite având nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 și 5370/72, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57479%22%5D%7D>].

respectiv: 1. calificarea faptei ca fiind infracțiune potrivit dreptului național al statului membru de jurisdicție; 2. natura faptei imputate; 3. gravitatea sancțiunii pe care o riscă persoana acuzată.

Primul element referențial este o expresie a cheii formaliste de interpretare a conceptelor și, de aceea, are o valoare argumentativă redusă în identificarea materiei penale în sensul CEDO; totuși, dacă legea internă califică fapta ca fiind o formă a ilicitului penal, dezbaterea asupra naturii penale a acesteia se încheie și, corelativ, garanțiile dreptului de la un proces echitabil se activează. Doar atunci când, în urma interogării primului criteriu răspunsul este unul negativ, raționamentul trebuie continuat prin filtrul celorlalte două criterii.

Criteriul naturii faptei imputate este unul complex, ce convoacă spre analiză mai multe elemente circumstanțiale, și anume: a) stabilirea sferei de adresabilitate a normei care califică fapta ca fiind ilicită; astfel, dacă norma este una cu adresabilitate generală, există un prim indiciu în sensul încadrării faptei în materia penală; dimpotrivă, dacă norma se adresează unei categorii specifice de persoane, norma este mai degrabă una nepenală; b) identificarea subiectului activ al acțiunii procesuale; dacă acesta este statul, cel mai probabil în joc sunt valori sociale de interes public care, dincolo de mijlocele civile de protecție, sunt garantate deseori și prin instrumentele dreptului represiv; din contră, atunci când titularul acțiunii procesuale este exclusiv particularul, interesul litigios este, implicit, tot unul particular și căruia îi corespunde o protecție cu ascendență în materia dreptului restitativ, privat; c) decelarea funcției normei de „incriminare”; ori de câte ori prin plasarea unei fapte în zona ilicitului se urmărește, cu preponderență, pedepsirea vinovatului (funcția represivă) și prevenirea săvârșirea de noi acte ilicite (funcția disuasivă) fapta aparține materiei penale; d) implicarea conceptului de vinovăție în analiza judiciară; răspunderea juridică corespunzătoare materiei penale, în sensul CtEDO, este una eminentamente subiectivă, adică dependentă de reținerea în sarcina făptuitorului a unei vinovății; răspunderea obiectivă este și, probabil, va mai rămâne mult timp de acum încolo străină materiei penale; de aceea, dacă angajarea răspunderii unei persoane este condiționată de probarea elementului psihologic al vinovăției, atunci există suspiciuni de încadrare a faptei în materia penalului, suspiciuni care nu trebuie, însă, absolutizate, dat fiind că întreaga teorie a răspunderii juridice a avut la bază, inițial, vinovăția subiectului, răspunderea obiectivă în dreptul civil fiind o creație a practicii și doctrinei din secolul 19 încoace; e) un ultim element relevant îl constituie modul în care celelalte state membre înțeleg să califice o faptă ilicită; practic, CtEDO creditează aici ideea că validitatea rațională a unui concept este direct proporțională cu numărul de susținători ai acestuia și/sau autoritatea epistemică⁷ a susținătorilor; acest criteriu, fiind întemeiat pe argumentul majorității sau al autorității emitentului opiniei, argumente

⁷ Pentru o discuție relativă la conceptul de autoritate, a se vedea V. Constantin, *Ce este totuși autoritatea?*, disponibil online la adresa <https://www.juridice.ro/essentials/4147/ce-este-totusi-autoritatea>.

eronate din perspectiva logicii argumentative⁸, ar trebuie abandonat în opinia noastră.

Cel de-al treilea criteriu, *in fine*, aduce în centrul discuției natura și gravitatea sancțiunii potențial aplicabile⁹. Sancțiunile privative de libertate corespund, de regulă, materiei penale în optica CtEDO. Dar nu numai acestea. Posibilitatea aplicării unei amenzi ce depășește cu mult contravaloarea prejudiciului produs prin fapta ilicită conduce, de asemenea, la concluzia calificării respectivei fapte drept penale, dat fiind că scopul sancțiunii nu se identifică, aici, (doar) cu imperativul reparării prejudiciului, ci mai degrabă/exclusiv cu intenția de a pedepsi; este cazul, spre exemplu, al sancțiunilor exorbitante aplicabile înțelegerilor anticoncurențiale. Rezumând, dacă sancțiunea este una prin care se urmărește în special pedepsirea făptuitorului și prevenirea săvârșirii unor noi fapte, ori dacă presupune privarea de libertate a făptuitorului ori îl expune pe acesta unei sancțiuni pecuniare foarte mari în raport de prejudiciul produs, atunci sancțiunea este una penală, corespondentă unei fapte penale.

Oricare dintre ultimele două criterii, dacă ar fi întrunit, ar atrage calificarea ilicitului drept penal și, în consecință, aplicarea garanțiilor dreptului la un proces penal echitabil, deci inclusiv a dreptului de a fi prezumat nevinovat. În acest sens, CtEDO a arătat, explicit, că cele două criterii sunt alternative, și nu cumulative¹⁰, ceea ce nu exclude, însă, o abordare cumulativă a criteriilor¹¹.

Prin urmare, am fi în prezența unei acuzații în materie penală ori de câte ori o persoană ar fi notificată de către autorități ori autoritățile ar lăsa de înțeles, prin conduita adoptată, că acea persoană a săvârșit o fapta ce poate fi categorisită drept penală conform normelor naționale, în raport de natura ei și/sau ținând cont de caracterul grav, represiv și disuasiv al sancțiunii.

Domeniul material de aplicare a prezumției de nevinovăție este, deci, unul vast, nefiind limitat la procedurile penale *stricto sensu*. Astfel, CtEDO a hotărât, de exemplu, că prezumția de nevinovăție trebuie aplicată, după caz, și în următoarele ramuri de drept: administrativ¹², fiscal¹³, vamal¹⁴, dreptul concurenței¹⁵ și, uneori, chiar

⁸ Pentru diferitele erori argumentative, a se vedea A. Marga, *Argumentarea*, Ed. Academiei Române, 2010.

⁹ A se vedea, spre exemplu, hotărârea pronunțată în data de 28 iunie 1984, cauza Campbell și Fell c. Regatul Unit, par. 72 (cauzele reunite având nr. 7819/77 și 7878/77), disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57456%22%7D>.

¹⁰ Cauza Öztürk c. Germaniei, par. 54, hotărârea din 23 octombrie 1984, pronunțată în cauza nr. 8544/79, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57553%22%7D>.

¹¹ Cauza Bendenoun c. Franței, par. 47, hotărârea din 24 februarie 1994, pronunțată în cauza nr. 12547/86, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57863%22%7D>.

¹² Pentru încadrarea ilicitului rutier în sfera penalului, a se vedea Malige c. Franței, hotărârea din 23 septembrie 1998, pronunțată în cauza 68/1997/852/1059, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58236%22%7D>.

¹³ Bendenoun c. Franței, Jussila c. Finlandei (MC), disponibile pe site-ul CtEDO www.echr.coe.int.

și în procedurile civile derivate și auxiliare procedurilor penale. Numitorul comun al acestor materii îl constituie o puternică implicare a statului, prin diversele autorități abilitate, în procedura de tragere la răspundere juridică. Este fructificat, astfel, cel de-al doilea criteriu Engel, și anume natura faptei săvârșite, cât privește elementul circumstanțial care distinge între titularul acțiunii procesuale. În măsura în care nu statul este titularul acțiunii procesuale, ci un privat, cum ar fi, spre exemplu, cazul acțiunilor în răspundere civilă delictuală, prezumția de nevinovăție are a fi aplicată în continuare sub rezerva ca între cele două tipuri de proceduri, penală (inițială) și civilă (ulterioară) să existe o strânsă legătură; cel mai adesea, legătura strânsă dintre cele două proceduri este o consecință a faptului că ilicitul penal constituie, în același timp, și un ilicit civil ce dă naștere unui drept la reparație în patrimoniul persoanei vătămate.

Din perspectivă personală, prezumția de nevinovăție se aplică, în primul rând, persoanei, în general, indiferent de atributele sale. Sunt vizate, deci, persoanele fizice, minori și majori, și, în egală măsură, persoanele juridice. Concluzia se deduce din faptul că, în cadrul CEDO și în jurisprudența relativă la aplicarea prezumției de nevinovăție, nu se realizează nicio distincție în raport de felul persoanei acuzate; or, *ubi lex¹⁶ non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Mai departe, persoanele în cauză trebuie să fie subiectul unei acuzații penale. Nu orice persoană este beneficiara prezumției de nevinovăție¹⁷, ci doar aceea pe care autoritățile o suspectează, formal sau informal, de săvârșirea unei fapte penale. Așadar, beneficiază de prezumția de nevinovăție persoana fizică, minor sau major, ori juridică pe care autoritățile însărcinate cu aplicarea legii o suspectează formal sau informal de săvârșirea unei fapte penale.

Având ca element de referință factorul timp, ne putem întreba de când și până când se aplică prezumția de nevinovăție. În alți termeni, de când poate o persoană să oblige o altă persoană sau o autoritate publică să adopte sau să se abțină de la adoptarea unei anumite conduite în temeiul dreptului de a fi prezumat nevinovat. Răspunsul nu poate fi dat decât prin coroborarea concluziilor anterioare de mai sus. Mai exact, o persoană va beneficia de dreptul de a fi prezumat nevinovată, *dies a quo*, începând din data în care este acuzată, formal sau informal, de săvârșirea unei

¹⁴ Salabiaku c. Franței, hotărârea din 7 octombrie 1988, pronunțată în cauza nr. 10519/83, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57570%22%5D%7D>.

¹⁵ A. Menarini Diagnostics SRL c. Italiei, hotărârea din data de 27 septembrie 2011, pronunțată în cauza nr. 43509/08, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-106438%22%5D%7D>.

¹⁶ Este acceptat, în general, că jurisprudența CtEDO are valoare de lege în practica națională a dreptului, impunându-se instanțelor naționale similar unei norme de drept pozitiv, în virtutea faptului că aceasta, alături de reglementările convenționale, compune așa-zisul bloc de convenționalitate.

¹⁷ Despre neajunsurile acestei concepții vom discuta într-un alt studiu. Ne mărginim, aici, la a susține că prezumția de nevinovăție este aplicabilă tuturor oamenilor, independent de implicarea lor într-o procedură judiciară, întrucât prezumția de nevinovăție este o aplicație particulară a prezumției de bună-credință, și care impune tratarea oricărei persoane ca fiind onestă și în acord cu legea.

infracțiuni; nu prezintă importanță determinantă, deci, încunoștințarea formală a sa de către autorități, ci conduita procesuală a acestora. *Dies a quo*, prezumția se aplică, principal, până atunci când vinovăția persoanei este definitiv stabilită; ulterior acestui moment trebuie distins în funcție de soluția adoptată: 1. dacă soluția este una de stabilire a vinovăției, atunci prezumția a fost definitiv înfrântă, nemaigăsindu-și aplicabilitate; 2. dacă soluția este una prin care se consacră nevinovăția persoanei, atunci prezumția își extinde efectele dincolo de momentul definitivării acestei soluții, având aptitudinea de a fi aplicată în cadrul oricărui alt raport juridic care ar tinde la reanalizarea sau la reafirmarea vinovăției persoanei. Spre exemplu, CtEDO a reținut că art. 6 CEDO¹⁸ nu se aplică procedurilor având ca obiect redeschiderea procesului penal, întrucât persoana este deja condamnată¹⁹, dar se aplică, însă, procedurii declanșate ca efect al admiterii cererii de redeschidere a procesului penal, dat fiind că în această ultimă procedură se va repune în discuție vinovăția persoanei²⁰. La fel, prezumția de nevinovăție se aplică în procedurile civile ulterioare procedurilor penale, dar care au la bază aceeași formă a ilicitului²¹.

3. Conținutul prezumției de nevinovăție

În legislațiile statelor semnatare a CEDO, prezumția de nevinovăție îmbracă, de cele mai multe ori, forma unui principiu de drept procesual penal sau, în unele cazuri, chiar a unui principiu constituțional. Forța acestei poziționări ierarhice normative este însoțită, însă, de o inerentă evazivitate și generalitate prescriptivă, specifice principiilor dreptului. Pentru a completa acest „vid normativ”, CtEDO, cu al său rol pretorian, a dat conținut principiului prezumției de nevinovăție. Recurgând la o comparație specifică dreptului constituțional, dar cantonată în zona ideaticului, prezumția de nevinovăție joacă rolul unei norme secundare, abilitante, din care se deduc normele primare, normative, cu conținut concret. În cele ce urmează încercăm a prezenta, de o manieră succintă, aceste reguli normative primare, consubstanțiale prezumției de nevinovăție.

Din jurisprudența CtEDO pot fi extrase trei reguli juridice primare derivate din dreptul de a fi prezumat nevinovat, astfel cum acesta este consacrat de către art. 6 par. 2 CEDO. Avem în vedere, în primul rând, regula de drept conform căreia le este interzis autorităților publice ca, prin pozițiile oficiale avansate, să catalogheze o

¹⁸ Și, *a fortiori*, art. 6 par. 2.

¹⁹ Fischer c. Austriei, hotărârea din 29 mai 2001, pronunțată în cauza nr. 37950/97, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-23193%22%5D%7D>.

²⁰ Löffler c. Austriei, par. 18-19, hotărârea din 3 octombrie 2000, pronunțată în cauza nr. 30546/96, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58827%22%5D%7D>.

²¹ Pentru un exemplu de dată recentă, a se vedea hotărârea pronunțată de CtEDO data de 6 octombrie 2020, în cauza Agapov c. Rusiei (cauza nr. 52464/15), disponibilă aici <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-204848%22%5D%7D>.

persoană ca fiind vinovată de săvârșirea unei infracțiuni înainte de a se fi stabilit acest lucru, în mod definitiv, de către un organ judecătoresc; apoi, este demn de relevat rolul probator al prezumției de nevinovăție, tradus în regulile de drept în acord cu care sarcina probei în materie penală cade pe umerii acuzării, orice dubiu trebuie să profite acuzatului, acuzatul trebuie să aibă posibilitatea de a-și dovedi nevinovăția și, *in fine*, condamnarea nu se poate dispune decât dacă se atinge un anumit standard probator; în ultimul rând, din art. 6 par. 2 CEDO rezultă și exigența potrivit căreia crearea normei de incriminare de către legiuitor trebuie să țină cont de prezumția de nevinovăție. În cadrul acestei secțiuni vom expune expresiile practice ale fiecărei reguli de drept amintite mai sus.

3.1. Obligația reprezentanților autorităților/autorităților publice de a nu cataloga o persoană ca fiind vinovată de săvârșirea unei infracțiuni înainte de stabilirea judecătorească, definitivă, a vinovăției persoanei respective

Un loc comun în jurisprudența CtEDO conturată în jurul art. 6 par. 2 CEDO îl constituie instituirea unei obligații de *non facere* în patrimoniul autorităților publice în relația cu o persoană cercetată penal, în sensul în care debitorii, exponenți ai puterii publice, sunt ținuți a se abține în a afirma vinovăția persoanei cercetate penal înainte de consacrarea jurisdicțională definitivă a acestei vinovății. Această obligație izvorăște din hotărârea pronunțată de CtEDO în cauza Minelli c. Elveției²², în anul 1983. O scurtă trecere în revistă a acestei hotărâri este edificatoare.

În fapt, Ludwig Minelli, un cetățean elvețian având profesia de jurnalist, după ce a publicat un articol despre săvârșirea unei fraude de către o companie de telefonie și directorul său, a formulat o plângere penală împotriva acestora care a fost însă clasată în anul 1972; ulterior, compania de telefonie și directorul său au formulat la rândul lor o plângere penală împotriva dl. Minelli pentru calomnie; soluția instanței elvețiene a fost de încetare a procesului penal față de dl. Minelli, motivat de împlinirea termenului de prescripție a răspunderii penale; cu toate acestea, instanța l-a obligat pe dl. Minelli să plătească 2/3 din cheltuielile judiciare suportate de acuzatorul privat pentru formularea și susținerea acuzației, precum și câte 2/3 din cheltuielile judiciare suportate de persoanele vătămate; decizia de obligare a dl. Minelli la plata acestor cheltuieli a fost întemeiată pe prevederile art. 293 din Codul de procedură penală al cantonului Zürich, unde se prevedea că, în absența unor situații excepționale, partea care a pierdut procesul este ținută să plătească acuzatorului privat cheltuielile judiciare și, totodată, să plătească și părții adverse o compensație pentru cheltuielile efectuate; interesant este că, pentru a reține culpa procesuală majoritară a dl. Minelli, instanța elvețiană a raționat astfel: culpa procesuală se determină în funcție de soluția care ar fi fost adoptată de către instanță

²² Hotărârea din data de 25 martie 1983, pronunțată în cauza nr. 8660/79, disponibilă online aici: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57540%22%5D%7D>].

dacă nu ar fi dispus încetarea procesului din cauza împlinirii termenului de prescripție, adică dacă ar fi judecat fondul acuzației; utilizând acest raționament, instanța elvețiană a reținut că, dacă procesul nu s-ar fi încheiat ca urmare a prescripției, domnul Minelli ar fi fost, cel mai probabil, condamnat pentru calomnie²³; dl. Minelli, prin apărătorul său, s-a adresat Curții de Casație invocând încălcarea de către instanțele elvețiene a prezumției de nevinovăție; Curtea de Casație a respins solicitarea dl. Minelli, susținând că prezumția de nevinovăție este o regulă de probă, dar și că, este indiscutabil că articol publicat de petent are un caracter defăimător, astfel încât petentul nu ar fi putut evita condamnarea sa dacă procesul nu s-ar fi încheiat ca efect al prescripției²⁴.

Situația redată anterior a fost deferită CtEDO spre soluționare, care a arătat, cu titlu principal²⁵, că prezumția de nevinovăție este încălcată atunci când, deși vinovăția acuzatului nu a fost dovedită conform legii și, de asemenea, acuzatul nu a avut posibilitatea să-și exercite dreptul la apărare, o hotărâre judecătorească relativă la acuzat reflectă vinovăția sa; încălcarea subzistă chiar și în absența unei constatări formale a vinovăției acuzatului, fiind suficient ca anumite considerente să sugereze faptul că acuzatul este privit de către instanță ca fiind o persoană vinovată. Analizând circumstanțele factuale ale cauzei, CtEDO a reținut că dl. Minelli i-a fost încălcată prezumția de nevinovăție²⁶.

Următoarele idei pot fi deduse din hotărârea citată: 1. afirmarea vinovăției penale a unei persoane se realizează numai în cadrul unui proces penal, de către organele jurisdicționale abilitate să o facă, cu garantarea dreptului la apărare al acuzatului și numai în urma judecării fondului acuzației penale; 2. pronunțarea unei soluții de încetare a procesului penal sau de achitare a acuzatului echivalează, juridic, cu statuarea nevinovăției penale a acestuia, ceea ce presupune că orice considerent al hotărârii de încetare/achitare prin care se sugerează că acuzatul era totuși vinovat de săvârșirea infracțiunii atrage încălcarea prezumției de nevinovăție; 3. de asemenea, reținerea printr-o soluție adiacentă soluției de încetare/achitare, precum ar fi soluția pronunțată asupra cheltuielilor judiciare ori asupra laturii civile a cauzei, că este posibil, probabil sau cert ca acuzatul să fi fost condamnat dacă nu ar fi intervenit impedimentul în exercitarea acțiunii penale, atrage încălcarea prezumției de nevinovăție; 4. în analiza încălcării de către instanțe a prezumției de nevinovăție contează modul în care instanța l-a perceput, prin intermediul considerentelor, pe acuzat, și nu neapărat soluția formală pronunțată în cauză.

Rigorile CtEDO, exprimate în cauza Minelli, s-au diluat cu timpul. Astfel, în jurisprudența ulterioară cauzei Minelli, Curtea, retrogradând protecția acordată acuzatului în această cauză, contrar principiului conform căruia jurisprudența evolutivă a Curții trebuie să îmbunătățească și să sporească protecția drepturilor

²³ Par. 13 al deciziei citate.

²⁴ *Idem*, par. 14.

²⁵ *Idem*, par. 37.

²⁶ *Idem*, par. 41.

fundamentale acordată indivizilor, a trasat o distincție între deciziile care reflectă vinovăția persoanei, pe de o parte, și care sunt de natură să încalce art. 6 par. 2 CEDO, și deciziile care reflectă o simplă suspiciune relativă la vinovăția acuzatului, pe de altă parte, care nu sunt apte să conducă la o încălcare a art. 6 par. 2 CEDO. De exemplu, jurisprudența națională prin care fostului acuzat i se respinge cererea de despăgubire intentată împotriva statului și motivată de faptul că acesta a fost subiectul unui proces penal ce a încetat, cu argumentația că asupra acuzatului planează în continuare a suspiciune relativă la săvârșirea infracțiunii de care a fost acuzat, a fost considerată în concordanță cu art. 6 par. 2 CEDO²⁷. În schimb, dacă acuzatul a fost achitat, o decizie care reflectă vinovăția acuzatului, chiar și la nivelul suspiciunii rezonabile, contravine prezumției de nevinovăție; mai exact, în cauza *Sekanina c. Austriei*²⁸, Curtea a reținut că exprimarea unei suspiciuni relative la nevinovăția acuzatului este acceptabilă cât timp hotărârea prin care s-a dispus încetarea procesului penal nu s-a pronunțat asupra temeiniciei acuzației penale, pe când în ipoteza unei soluții de achitare subzistența acestei suspiciuni devine inacceptabilă. Curtea realizează o distincție netă între două ipoteze fundamentale distincte: 1. procesul penal a fost finalizat printr-o hotărâre prin care s-a statuat asupra temeiniciei acuzației: dacă soluția este achitarea acuzatului, orice suspiciune relativă la nevinovăția sa trebuie înlăturată; 2. procesul penal s-a finalizat printr-o hotărâre prin care nu s-a statuat asupra temeiniciei acuzației penale: persistența unei suspiciuni relative la vinovăția acuzatului este acceptabilă. Translatând considerațiile anterioare în sfera dreptului penal român, concluziile ar fi următoarele: pronunțarea unei soluții de achitare împotriva acuzatului, conform art. 16 alin. (1) lit. a)-d) C. pr. pen., este incompatibilă cu reluarea oricărei discuții despre vinovăția penală a acuzatului; pronunțarea unei soluții de încetare a procesului penal, conform art. 16 alin. (1) lit. e)-j) C. pr. pen., deși nu permite afirmarea vinovăției acuzatului, lasă totuși loc unor discuții din care să rezulte suspiciunea săvârșirii infracțiunii. Cu titlu ilustrativ, arătăm că, în ton cu aceste reguli juridice pretoriene, Curtea a reținut că, odată ce acuzatul este achitat, este inadmisibil a se susține, în scopul confiscării unor bunuri, că acesta a profitat de pe urma infracțiunii de care a fost acuzat²⁹.

În altă ordine de idei, considerațiile anterioare indică drept debitor al obligației de *non facere* exclusiv organul judecătoresc investit cu tranșarea conflictului de drept penal, adică, în general, instanța judecătorească. Lucrurile nu stau tocmai așa, întrucât

²⁷ Lutz c. Germaniei (hotărârea din 25 august 1987, pronunțată în cauza nr. 9912/82), *Englert c. Germaniei* (hotărârea din 25 august 1987, pronunțată în cauza nr. 10282/83), disponibile online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57531%22%5D%7D>}, respectiv [/https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57480%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57480%22%5D%7D)},

²⁸ Hotărârea din 25 august 1993, pronunțată în cauza nr. 13126/87), disponibilă online aici: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57842%22%5D%7D>},

²⁹ *Geerings c. Țărilor de Jos*, par. 47-51, hotărârea din 1 martie 2007, pronunțată în cauza nr. 30810/03, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-79657%22%5D%7D>},

CtEDO a extins sfera de aplicare a abstențiunii și la orice alt reprezentant al autorității publice³⁰; s-a reținut că sunt ținuti de această obligație exponenți ai puterii publice cum ar fi ministrul de interne, ofițerii de poliție³¹, chiar și procurorul de caz³², cu mențiunea că, în privința acestuia din urmă interesează, din perspectiva art. 6 par. 2, mai ales declarațiile publice, și nu atât opiniile exprimate cu ocazia întocmirii actelor procesuale, opinii care trebuie totuși să se limiteze la afirmarea suficienței probatoriului în susținerea vinovăției acuzatului, iar nu să indice vinovăția indubitabilă a acestuia³³. Mai mult decât atât, Curtea a statuat că obligația de a respecta dreptul unei persoane de a fi prezumată nevinovată se impune inclusiv actorilor media, și anume publicațiilor și jurnaliștilor³⁴.

3.2. Presumția de nevinovăție ca regulă de probă

A doua valență atribuită prezumției de nevinovăția în jurisprudența CtEDO este aceea de regulă probatorie. Mai exact, prezumția de nevinovăție tutează conceptual un ansamblu de reguli probatorii, ea constituind principiul probator constitutiv și ordonator al regulilor primare de probă într-un proces penal.

Chintesența acestor reguli de probă este statuată prima dată în hotărârea pronunțată în cauza Pfunders³⁵, unde guvernul austriac a acuzat statul italian de încălcarea prezumției de nevinovăție într-un proces în care șase tineri au fost condamnați pentru uciderea unui ofițer vamal italian. În cadrul acestei hotărâri, Comisia a reținut că art. 6 par. 2 CEDO, în acord cu care orice persoană acuzată de săvârșirea unei infracțiuni ar trebui prezumată ca fiind nevinovată până la stabilirea vinovăției sale conform legii, reclamă, în primul rând, ca judecătorii, exercitându-și atribuțiile jurisdicționale, să nu plece de la convingerea ori asumția conform căreia acuzatul a săvârșit infracțiunea de care este acuzat; cu alte cuvinte, continuă Comisia, sarcina probării vinovăției acuzatului revine procuraturii, iar orice dubiu urmează a profita acuzatului. Ulterior, a reținut că e necesar, de asemenea, ca judecătorii să acorde acuzatului posibilitatea de a propune probe care să îi susțină nevinovăția. În final, s-a arătat că, în soluțiile pe care le pronunță, judecătorii pot stabili vinovăția acuzatului numai în baza unor probe directe sau indirecte suficient de concludente, conform legii, pentru stabilirea vinovăției persoanei.

a) Presumția de nevinovăție ca mijloc procesual de plasare a sarcinii probei

³⁰ Allenet de Ribemont c. Franței, par. 36, hotărârea din 10 februarie 1995, pronunțată în cauza nr. 15175/89, disponibilă aici: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57914%22%5D%7D>].

³¹ *Ibidem*, par. 37.

³² Daktaras c. Lituaniei, par. 42, hotărârea din 10 octombrie 2000, pronunțată în cauza nr. 42095/98, disponibilă aici: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58855%22%5D%7D>].

³³ *Ibidem*, par. 44-45.

³⁴ A se vedea, spre exemplu, cauza Bédat c. Elveției, par. 51, hotărârea din 29 martie 2016, pronunțată, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-161898%22%5D%7D>].

³⁵ Având denumirea formală Austria c. Italiei, cauza nr. 788/60, 1961.

Analizând considerentele instanței europene din cauza *Pfunders*, observăm că prezumția de nevinovăție, ca regulă probatorie, constituie în primul rând *un instrument de plasare a sarcinii probei*, o busolă probatorie care orientează conduita participanților în procesul penal. Sintetic, aceasta s-ar traduce astfel: 1. persoana acuzată trebuie considerată inocentă de către judecător; 2. obligația probatorie de a dovedi contrariul, respectiv vinovăția acuzatului, revine procurorului de caz; 3. dacă balanța probatorie este înclinată în favoarea acuzării, e necesar să i se permită acuzatului ca, în exercitarea dreptului la apărare, să combată susținerile acuzării și, prin aceasta, să își reconsolideze nevinovăția prezumată inițial.

Nu este clar, însă, din aceste considerente dacă sarcina probei trebuie să greveze acuzarea în ceea ce privește toate aspectele care interesează vinovăția făptuitorului, ori dacă este permisă o partajare a acestei sarcini probatorii între cei doi combatanți – acuzarea și apărarea. O scurtă trecere în revistă a jurisprudenței relevante poate fi elocventă în acest sens.

Astfel, în cauza *Lingens c. Austriei*³⁶, instanța europeană a analizat, în premieră credem, în ce măsură o inversare a sarcinii probei în materie penală ar conduce la încălcarea prezumției de nevinovăție. În fapt, doi jurnaliști au fost condamnați pentru defăimarea unui politician pe care l-au descris ca fiind mincinos într-un articol de presă; potrivit Codului penal austriac în vigoare la acea vreme, acuzații erau nevoiți, pentru a evita condamnarea lor, să dovedească caracterul veridic al afirmației făcute; întrucât nu au reușit acest lucru, acuzații au fost condamnați de către instanța austriacă. Ulterior, cei doi jurnaliști s-au adresat Comisiei Europene pentru Drepturile Omului, susținând că le-a fost încălcată prezumția de nevinovăție prin aceea că au fost condamnați deși nu s-a dovedit în fața instanței, dincolo de orice îndoială rezonabilă, falsitatea afirmației lor. Comisia a susținut că, raportat la modalitatea de incriminare a defăimării în Codul penal austriac, acuzarea trebuia să dovedească existența afirmației defăimătorii, ceea ce s-a și întâmplat, astfel că nu intră în discuție o inversare a sarcinii probei sub acest aspect. Pe de altă parte, Comisia a reținut că da, a avut loc o inversare a sarcinii probei în ceea ce privește apărarea inculpatului relativă la veridicitatea afirmației, statuând că norma de incriminare austriacă a intenționat să-l constrângă pe făptuitor să se asigure că ceea ce afirmă nu doar că este adevărat, dar și că poate fi demonstrat caracterul veridic al afirmației în cauză, pentru ca, în final, să constate că nu a avut loc o încălcare a art. 6 par. 2 CEDO. Comisia a acreditat indirect, prin concluzia raționamentului său, faptul că, în măsura în care acuzarea dovedește substanța infracțiunii, este admisibilă o inversare a sarcinii probei, prin plasarea acesteia pe umerii acuzatului în ceea ce privește anumite elemente ale acesteia.

Procesul penal este văzut, în această concepție, ca un balans probatoriu, sarcina probei căzând inițial în grija acuzării, pentru ca, odată dovedite de către acuzare

³⁶ Hotărârea din 8 iulie 1986, pronunțată în cauza nr. 9815/82, disponibilă online la adresa <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57523%22%5D%7D>.

anumite elemente cu valoare de premisă a vinovăției acuzatului, sarcina probatorie să se transfere la apărare care, dacă reușește să ridice, în replică, un dubiu asupra conținutului acuzației, determină ca sarcina probei să revină la origini, adică în bagajul de îndatoriri procesuale ale procurorului. Cu alte cuvinte, în viziunea instanței europene din cauza *Lingens c. Austriei*, un proces penal nu aduce atingere art. 6 par. 2 CEDO dacă, în ansamblul său, sarcina probei a aparținut acuzării, chiar dacă, cât privește unele elemente de fapt sau de drept, sarcina probei a revenit acuzatului care a invocat în apărare acele elemente.

Succesoearea Comisiei, respectiv CtEDO nu mai pare a fi la fel de tolerantă cu tehnicile normative sau jurisprudențiale de inversare a sarcinii probei. Dovada o constituie hotărârea pronunțată în cauza *Telfner c. Austriei*. Aici, petentul a fost acuzat și, ulterior, condamnat de instanța austriacă pentru vătămare corporală din culpă produsă ca urmare a unui accident rutier; în cursului procesului, victima, deși a putut identifica autoturismul care l-a lovit, nu a putut preciza cine l-a condus, nici măcar care este sexul șoferului; acuzarea a reușit să probeze doar faptul că, de regulă, autoturismul era condus de către acuzat; acuzatul, în schimb, nu numai că a negat săvârșirea faptei, dar a susținut și că autoturismul mai era condus și de către mama și sora sa, fără a preciza însă cine l-a condus în noaptea săvârșirii faptei; instanța austriacă, întemeindu-se pe faptul că autoturismul era condus cu regularitate de către acuzat, dar și pe faptul că în noaptea în care a fost săvârșită infracțiunea acesta nu era acasă, a pronunțat condamnarea acestuia din urmă. Curtea, analizând plângerea petentului privind încălcarea prezumției de nevinovăție de către instanțele austriece, a reținut, principal, că art. 6 par. 2 CEDO presupune, printre altele, ca, într-un proces penal judecătoresc să nu plece de la ideea preconcepută potrivit căreia acuzatul este vinovat de infracțiunea de care este acuzat; a mai reținut Curtea că sarcina probei revine acuzării și că orice dubiu trebuie să profite acuzatului; a concluzionat că prezumția de nevinovăție este înfrântă atunci când se produce o inversare a sarcinii probei dinspre acuzare înspre apărare³⁷. Revenind la prima afirmație din cadrul acestui paragraf, arătăm totuși că aparențele derivate din statuările principale ale Curții, mai sus redate, sunt totuși unele parțial înșelătoare. Avem în vedere, mai exact, modul în care Curtea a analizat în concret plângerea petentului. Curtea a reținut, în primul rând, că, în soluția de condamnare pronunțată, instanțele austriece s-au bazat, în esență, pe un raport polițienesc din care reieșea că acuzatul era principalul utilizator al autoturismului și că acesta nu fusese acasă în noaptea accidentului. În al doilea rând, a reținut că aceste informații probatorii nu se coroborează cu nicio altă probă administrată contradictoriu și nemijlocit de către instanțele austriece și că, deci, nu au suficientă valoare persuasivă pentru a determina nașterea în sarcina acuzatului a obligației de a oferi o explicație plauzibilă cu privire la cele întâmplate. În final, Curtea a statuat că instanțele austriece, prin aceea că i-au solicitat acuzatului să iasă din pasivitate și să ofere o explicație asupra celor afirmate

³⁷ *Ibidem*, par. 15.

de parchet au inversat sarcina probei în mod nepermis, încălcând dreptul acuzatului de a fi prezumat nevinovat. Citită cu atenție, această hotărâre conduce la concluzia că, de fapt, Curtea nu exclude tehnicile de inversare a sarcinii probei, ci le permite condiționat, adică doar în acele situații în care sunt respectate următoarele exigențe: 1. efortul probator inițial al dovedirii acuzației să revină acuzării și 2. acuzarea să dovedească, *prima facie*, acuzația. Doar sub rezerva respectării acestor rigori este admisibil un transfer al sarcinii probei de la acuzare la apărare. Practic, Curtea percepe inversarea sarcinii probei ca o soluție subsidiară, dependentă de abilitatea procesuală a parchetului de a-și susține, *prima facie*, acuzarea. Că este așa rezultă din aceea că, în cauza mai sus citată, Curtea nu a fost nemulțumită de inversarea sarcinii probei în sine, ci de faptul că ea a avut loc înainte ca parchetul să fi prezentat un minim suport argumentativ acuzatorial. Cu toate acestea, o asemenea viziune este totuși una precară din perspectiva asigurării protecției dreptului fundamental al omului de a fi prezumat nevinovat, întrucât permite inversarea sarcinii probei într-un moment relativ incipient al demersului procesual de dovedire a acuzației, ceea ce facilitează recursul la tehnicile de inversare a sarcinii probei și, implicit, ajunge să absolve acuzarea de obligația de a dovedi unele elemente de care depinde vinovăția făptuitorului.

Cele două hotărâri mai sus comentate denotă că, în optica CtEDO, respectarea prezumției de nevinovăție nu implică ca sarcina de a dovedi acuzația să greveze procurorul pe toată durata procesului penal, după cum nu presupune nici ca această obligație să se întindă asupra tuturor aspectelor de care depinde angajarea răspunderii penale a acuzatului. Altfel spus, este în acord cu prezumția de nevinovăție ca, după ce parchetul dovedește, în aparență, temeinicia acuzației, dreptul de a fi prezumat nevinovat să se transforme în „obligația acuzatului de a-și dovedi nevinovăția” și, în egală măsură, ca, după ce parchetul dovedește substanța acuzației, să revină acuzatului sarcina de a dovedi nedeplinirea elementelor auxiliare acuzației, cum ar fi, spre exemplu, iresponsabilitatea sa ori faptul că a acționat în legitimă apărare. Este, în opinia noastră, un standard de protecție destul de scăzut într-un domeniu de o importanță deosebită în economia echitabilității procesuale.

a') *Prezumțiile legale sau judiciare de vinovăție*

Tehnicile de inversare a sarcinii probei, prin transferarea ei de la acuzare la apărare, devin eficiente, de regulă, prin recursul la prezumții, chiar dacă, uneori, se evită această terminologie. Concret, inversarea sarcinii probei prin intermediul prezumțiilor de vinovăție funcționează conform următorului algoritm: *primus*, se solicită parchetului să dovedească unul sau mai multe elemente ale infracțiunii, precum situația premisă sau elementul material; *secundus*, din elementul probat de către parchet se inferează existența unui alt element constitutiv al infracțiunii; *in fine*, coroborând elementul probat cu elementul prezumat a exista, se conchide în sensul vinovăției acuzatului. Inferența redată în pasul doi al raționamentului nu este altceva decât o prezumție de vinovăție, care poate izvorî fie dintr-o normă legală, caz în care

poartă denumirea de prezumție legală de vinovăție, fie dintr-un proces rațional judiciar, ipoteză în care este denumită prezumție judiciară sau simplă.

Întrucât prezumțiile de vinovăție sunt instrumente de punere în aplicare a tehnicilor de inversare a sarcinii probei, iar cu privire la aceste tehnici am arătat deja că există toleranță din partea CtEDO, concluzia nu poate fi alta decât că, în viziunea CtEDO, este admisă folosirea prezumțiilor de vinovăție în dreptul pozitiv și în practica instanțelor naționale.

Concluzia anterioară este afirmată expres, pentru prima dată, în cauza Salabiaku c. Franței³⁸. În speță, ofițerii vamali francezi din cadrul aeroportului au găsit asupra petentului 10 kg de semințe din plante de cannabis, ceea ce a condus la condamnarea acestuia pentru infracțiunea de contrabandă. Condamnarea a fost posibilă prin prisma modalității de reglementare a acestei infracțiuni în Codul penal francez unde, conform Curții de Apel Paris, citată de CtEDO³⁹, se dispune că orice persoană în posesia sau deținerea căreia se identifică bunuri a căror deținere este interzisă de lege și care nu au fost declarate la vamă se prezumă a fi responsabilă juridic pentru introducerea lor în țară, cu excepția ipotezei în care acuzatul poate dovedi, în apărarea sa, incidența unui caz de forță majoră. Practic, probarea de către organele de cercetare penală a deținerii acelor bunuri de către acuzat dădea naștere automat, *ex lege*, unei prezumții de vinovăție în sarcina acestuia, în ideea în care se asuma că acuzatul a cunoscut identitatea bunurilor și țara lor de proveniență, iar răsturnarea acestei prezumții era posibilă doar prin dovedirea, de către acuzat de această dată, a unei cauze mai presus de voința sa și de puterea sa de prevedere. Condamnatul s-a adresat CtEDO, susținând că prezumția de vinovăție cu care a fost împovărat pe durata procesului penal național a echivalat cu o prezumție aproape irefutabilă, ceea ce contravine art. 6 par. 2 CEDO. Analizând cererea petentului, Curtea a statuat, cu titlu principial, că prezumțiile judiciare sau legale sunt aplicabile în orice sistem juridic, iar Convenția nu interzice, ca regulă, utilizarea lor; cu toate acestea, este necesar, totuși, ca statele membre să utilizeze prezumțiile de nevinovăție cu respectarea anumitor limite rezonabile, luând în considerare miza ce se află în joc și ținând cont de dreptul la apărare al acuzatului⁴⁰.

Cu alte cuvinte, CtEDO admite folosirea prezumțiilor de vinovăție, dar o condiționează de caracterul relativ al acestora, de înscrierea prezumției de vinovăție într-un raport de proporționalitate cu interesele statale și particulare contrare aflate în joc, precum și de oferirea posibilității acuzatului de a combate, prin mijloace procesuale eficiente și efective, această prezumție.

Sugestiv pentru modul în care raționează judecătorii Curții relativ la aceste condiționări ale utilizării prezumțiilor de vinovăție este chiar modul în care au

³⁸ Hotărârea din 7 octombrie 1988, pronunțată în cauza nr. 10519/83, disponibilă aici [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57570%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57570%22]}).

³⁹ *Ibidem*, par. 14.

⁴⁰ *Ibidem*, par. 28.

soluționat plângerea dl. Salabiaku. Astfel, Curtea a reținut că în cauză nu a avut loc o încălcare a art. 6 par. 2 CEDO, dat fiind că, deși s-a produs o inversare a sarcinii probei, prezumția de vinovăție ce plana asupra acuzatului și ce a fost dedusă din probarea deținerii de către el a bunurilor interzise, nu a fost, în concret, una irefutabilă, întrucât Curtea de Apel Paris, în soluția de condamnare pronunțată, nu a recurs automat la prezumția de vinovăție reglementată legal, ci a analizat posibilitățile acuzatului de a prevedea și descoperi conținutul bagajului în care au fost depistate drogurile înainte de a-l trece prin punctul vamal; altfel spus, Curtea de Apel Paris nu s-a fundamentat exclusiv pe prezumția legală de vinovăție, ci a coroborat-o cu faptul că, depunând minime diligențe, acuzatul ar fi putut descoperi conținutul bagajului și, implicit, evita săvârșirea infracțiunii. Așadar, CtEDO a pus accentul, în această cauză, pe modul concret de fructificare a prezumției de vinovăție în procesul penal, și nu pe caracteristicile formale ale acesteia; deși prezumția de vinovăție avea, la prima vedere, un caracter deosebit de persuasiv, acesta putea fi diluat, în concret, de către judecător prin oferirea unei posibilități eficiente acuzatului de a dovedi contrariul ei⁴¹.

Utilizarea acestor prezumții de vinovăție pare, la prima vedere, un mijloc procesual probatoriu oportun, facilitând travaliul probator ce revine acuzării și ducând astfel la o mai bună combatere a fenomenului criminal.

De cealaltă parte, însă, regăsim un risc considerabil ce derivă din utilizarea excesivă a acestor prezumții, materializat în modificarea treptată a paradigmei de înțelegere a răspunderii penale. Astfel, arătăm că, dacă până acum răspunderea penală a fost una eminentamente subiectivă, în care intenția sau culpa făptuitorului în săvârșirea infracțiunii prezenta o importanță deosebită, prin utilizarea prezumțiilor de vinovăție elementul psihologic ajunge să fie, de cele mai multe ori, prezumat și, deci, irelevant în analiza tipicității faptei cercetate. Se ajunge indirect, mediat – de către prezumțiile de vinovăție, la o răspundere penală obiectivă, pentru angajarea căreia nu mai este necesară dovedirea intenției/culpei criminale a făptuitorului, ci este suficientă prezumarea ei (cel mai adesea prin probarea elementului material). Or, o asemenea viziune se îndepărtează fundamental de teoria care stă la baza edificării logice a întregii instituții a răspunderii juridice, respectiv teoria liberului arbitru; o persoană poate să fie sancționată penal, adică pedepsită pentru răul cauzat, numai în măsura în care admitem, ca premisă indeniabilă, că acea persoană are liber arbitru, deci poate discerne între bine și rău; liberul arbitru presupune, *ante factum*, un proces rațional din partea făptuitorului, de cântărire a avantajelor și dezavantajelor presupuse de săvârșirea unei anumite acțiuni sau de o eventuală omisiune⁴².

⁴¹ În sens similar a hotărât CtEDO și în cauzele AG c. Maltei (hotărârea din 10 decembrie 1991, cauza nr. 16641/90), Bates c. Marea Britanie (hotărârea din 16 ianuarie 1996, cauza nr. 26280/95).

⁴² Argumentul este valabil, în egală măsură, și în cazul infracțiunilor din culpă, dat fiind că și în aceste situații în monentele urmării imediat se află o anumită acțiune/inacțiune a făptuitorului ale cărei consecințe puteau și trebuiau, cel puțin, evaluate.

Mai mult decât atât, utilizarea pe scară largă a prezumțiilor de vinovăție ar lipsi de conținut standardul probei dincolo de orice îndoială rezonabilă⁴³, dat fiind că soluția de condamnare s-ar întemeia, într-o măsură considerabilă, pe aceste prezumții care, în realitate, nu reprezintă probe în sensul procesual al termenului, ci artificii logice. Ar deveni posibilă condamnarea inculpaților conform standardului probatoriu al balanței probabilităților, specific dreptului restitativ, în toate acele ipoteze în care inculpații nu ar fi capabili să răstoarne prezumțiile de vinovăție, adică ori de câte ori parchetul ar reuși să urce o treaptă mai sus decât acuzarea pe scara persuasiunii probatorii, ceea ce, în mod evident, nu este în acord cu miza esențială a procesului penal – dreptul la libertate al individului.

Schimbarea paradigmei de înțelegere a răspunderii penale și diluarea standardului probator necesar a fi atins pentru condamnare, prin degradarea sa de la pragul probei dincolo de orice îndoială rezonabilă la cel al balanței probabilităților, ar crea, prin conjugare, un risc semnificativ de condamnare a unor persoane nevinovate, deci de producere a unor erori judiciare care, în definitiv, nu fac altceva decât să slăbească încrederea cetățenilor în sistemul jurisdicțional etatic și să deschidă cale manifestărilor anarhice.

Pentru motivele anterioare, pledăm pentru o utilizare rezervată a prezumțiilor de vinovăție, atât de către legiuitor, cu ocazia construirii norme de incriminare, cât și de către judecător, cu prilejul construirii silogismului judiciar.

b) *In dubio pro reo, complement al prezumției de nevinovăție*

O altă aplicație particulară a principiului prezumției de nevinovăție în materie probatorie o constituie regula *in dubio pro reo*. CtEDO a reținut, fără echivoc, că *in dubio pro reo* constituie o expresie specifică a prezumției de nevinovăție⁴⁴.

Astfel catalogată, regula *in dubio pro reo* presupune, în esență, că orice dubiu profită acuzatului. Regula, deși una de probă, nu servește la aprecierea valorică a vreunei probe anume, ci reprezintă un algoritm de soluționare a unei dileme probatorii sub imperiul căreia se află magistratul judecător⁴⁵. Concret, se întâmplă, și nu rar, ca într-un proces penal judecătorul cauzei, după sau chiar pe parcursul cercetării judecătorești, să nu aibă certitudinea veridicității acuzației aduse inculpatului, probele de la dosar fiind fie contradictorii, fie insuficiente pentru a contura vinovăția făptuitorului ori alte elemente de care depinde angajarea răspunderii penale a acestuia; în asemenea situații, dilema cognitivă în care se află judecătorul este solubilă prin apelul la regula *in dubio pro reo*, care comandă ca balanța să fie înclinată de

⁴³ În același sens, a se vedea Andrew Stumer, *The Presumption of Innocence, Evidential and Human Right Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010.

⁴⁴ Cleve c. Germaniei, par. 52, hotărârea din 15 ianuarie 2015, pronunțată în cauza nr. 48144/09, disponibilă aici: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-150309%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-150309%22%7D)].

⁴⁵ A se vedea, în același sens, U. Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, C.H. Beck, 10. Auflage, München, 2017, *apud* M. Udroui, în M. Udroui (coord.), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2020, p. 31.

partea acuzatului. Altfel spus, ce nu se poate cunoaște cu certitudine prin recursul la probele din dosar trebuie să fie acoperit de vălul inexistenței juridice.

Incertitudinile ce planează asupra actului acuzatorial trebuie suportate de către acuzare și nu de către apărare, iar aceasta se realizează prin intermediul soluțiilor pe care le pronunță judecătorul, care trebuie să fie ori de respingere a acuzației (achitarea/încetarea procesului penal), ori de însușirea parțială, în limita certitudinii probate, a acesteia.

Astfel înțeleasă, regula *in dubio pro reo* apare ca fiind un adjuvant silogistic pe care judecătorul îl folosește în procesul decizional ori de câte ori rațiunea sa este în cumpănă.

Manifestările concrete ale *in dubio pro reo* pot privi atât elementele factuale cuprinse în acuzație, cât și, în egală măsură, elementele legale, juridice. Astfel, ori de câte ori judecătorul reține un dubiu cu privire la fapta reținută în sarcina acuzatului, va trebuie să dispună achitarea sa. Similar, dacă dubiul poartă asupra vreunui element factual agravant, cum ar fi săvârșirea faptei în timpul nopții sau cu premeditare, elementul agravant trebuie înlăturat din acuzație. Sfera dubiului nu se limitează doar la stări, împrejurări de fapt, ci se extinde și la aspectele legale. Mai exact, normele legale, substanțiale sau procedurale, în măsura în care nu sunt suficient de clare, vor trebui să primească acel înțeles ce favorizează situația acuzatului, și nu pe acela care o îngreunează.

Prin urmare, *in dubio pro reo* nu este, în sine, o regulă de probă, ci o regulă de raționare cu efecte în plan probatoriu, care vine să consolideze dreptul acuzatului de a fi prezumat nevinovat.

c) Prezumția de nevinovăție ca fundament al instituirii unui standard probator minim pentru constatarea vinovăției

Orice proces judiciar este un duel al probelor. Reclamantul/acuzatorul afirmă ceva, pârâtul/acuzatul neagă respectiva afirmație. Aceasta este cheia în care se interpretează, simplist, ideea de conflict judiciar, litigiu. Pentru a nu cădea pradă arbitrariului, soluționarea litigiului se realizează, în statele de drept, prin utilizarea noțiunii de adevăr judiciar, adică de adevăr dependent de realitatea relevată de probele din dosar, nu de realitatea existentă obiectiv. Așadar, participantul mai abil probator, care reușește să convingă procesual judecătorul de corectitudinea susținerilor sale, va avea câștig de cauză. Problema imediată care se ridică, în acest context, este nivelul de persuasiune necesar a fi atins pentru ca judecătorul să acrediteze jurisdicțional versiunea unuia dintre participanții procesuali.

În sistemele juridice moderne se aplică, ca regulă, două standarde probatorii: balanța probabilităților și dovada dincolo de orice îndoială rezonabilă. Standardul balanței probabilităților asumă că va avea câștig de cauză partea care reușește să dovedească că este mai probabil ca alegațiile sale să fie adevărate decât false,

cunoscând diverse variații probabilistice și fiind utilizat cu preponderență în materia dreptului privat⁴⁶. Pe de altă parte, standardul dovezii dincolo de orice îndoială rezonabilă presupune că va avea câștig de cauză partea care reușește să probeze, dincolo de orice dubiu rezonabil, realitatea susținerilor sale. Spre deosebire de balanța probabilităților, unde succesul poate fi asigurat, spre exemplu și de o acuratețe de 60-70%, în cazul standardului dincolo de orice îndoială rezonabilă gradul de persuasiune ce se impune a fi atins trebuie să fie vecin cu realitatea obiectivă – nicio îndoială rezonabilă nu-și poate găsi locul în mintea decidentului. Cel de-al doilea standard, fiind mult mai dificil de atins decât primul și, deci, mult mai protectiv cu drepturile persoanei, este folosit mai degrabă sau chiar exclusiv în materia dreptului penal.

Trecând din registrul considerațiilor general în planul concret de analiză al principiului prezumției de nevinovăție, reținem că, pentru a fi vizibilă și a se impune cu prestanță actorilor judiciari, prezumția de nevinovăție trebuia plasată pe un pedestal de unde se fie greu de răsturnat. Acest pedestal este, în procesul penal, standardul probator necesar a fi atins pentru a se dispune condamnarea unei persoane, care se confundă, în general, cu standardul probei dincolo de orice îndoială rezonabilă.

Prin urmare, nu este suficient a prezuma nevinovăția cuiva, ci mai este necesar, pentru a conferi eficiență reală prezumției și, în definitiv, a proteja libertatea individuală a omului, ca această prezumție să aibă greutate în procesul decizional al magistratului. Or, această greutate decizională putea și este asigurată prin două reguli distincte: *in dubio pro reo*, analizată mai sus, și standardul probator al dovezii dincolo de orice îndoială rezonabilă. Acest standard probator presupune, în esență, că acuzarea trebuie să convingă judecătorul de faptul că nu există nicio explicație rezonabilă care să conducă la concluzia nevinovăției acuzatului.

3.3. Relația dintre prezumția de nevinovăție și dreptul penal substanțial

În general, discuțiile relative la prezumția de nevinovăție sunt cantonate în perimetrul științei și dreptului procesual (penal). Fiind percepută ca o garanție a dreptului la un proces echitabil și fiind cunoscut că acesta din urmă este un drept procedural, prezumția de nevinovăție este analizată în registrul procedurii penale. Rolul său nu este însă unul exclusiv procedural. Prezumția de nevinovăție, ca antonim al prezumției de vinovăție, joacă un rol și în materia dreptului penal substanțial. Câteva clarificări se impun.

Mai sus am arătat că tehnicile de inversare a sarcinii probei sunt tolerabile, dar condiționat de respectarea unor rigori. De asemenea, am demonstrat că tehnica preponderentă a inversării sarcinii probei în procesul penal constă în utilizarea

⁴⁶ H & Ors (minors), Re [1995] UKHL 16 (05 April 2000), par. 73, disponibilă online la adresa <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1995/16.html>.

prezumțiilor de vinovăție. *In fine*, am constatat că prezumțiile de vinovăție sunt fie judiciare, rod al raționamentelor magistratului, fie legale, rod al construcției legislative. Cele din urmă prezumții sunt relevante în cadrul acestei analize.

Astfel, infracțiunea este, prin esența ei, un construct abstract de sorginte legală, în acord cu principiul legalității incriminării. Infracțiunea se elaborează de către legiuitor într-un spațiu abstract al gândului și ideii, deci constituie un demers cognitiv, intelectual. Rezultatul activității intelectuale parcurse de legiuitor se traduce în norma de incriminare. Această normă nu poate fi oricum ci, pe lângă condițiile generale de calitate caracteristice oricărei legi – accesibilitatea, claritatea și previzibilitatea, trebuie să corespundă și drepturilor și principiilor fundamentale care caracterizează un stat de drept. Printre aceste drepturi fundamentale se numără și dreptul de a fi prezumat nevinovat. Ca atare, în procesul de normare penală legiuitorul trebuie să țină cont de granițele prezumției de nevinovăție, prin neîncălcarea lor.

Raportul de conformitate dintre norma de incriminare și dreptul fundamental al omului de a fi prezumat nevinovat este dependent de gradul de utilizare și de forța juridică alocată prezumțiilor de vinovăție cuprinse în norma de incriminare.

Iată cum, concret, prezumția de nevinovăție poate și trebuie să influențeze dreptul penal substanțial – în activitatea de legiferare, prin eliminarea sau acordarea unei ponderi reduse prezumțiilor de vinovăție.

În caz contrar, o abuzare de prezumțiile legale de vinovăție în procesul de edificare normativă a incriminărilor nu constituie altceva decât o încălcare a suveranității prezumției de nevinovăție, ceea ce plasează norma în sfera neconstituționalității și a neconvenționalității.

LEGISLAȚIA DROGURILOR ȘI PRINCIPIUL LEGALITĂȚII INCRIMINĂRII

drd. Bogdan Liviu PĂNOIU
Universitatea din Craiova, Școala Doctorală a Facultății de Drept

Abstract

Formulated by Montesquieu in the work „De l'esprit des lois” (Genève, 1748) and perfected by Cesare Beccaria in the work „Dei delitti e delle pene” (Livorno, 1764), the principle of the legality of incrimination emerges mainly from the provisions of the Romanian Constitution, respectively art. 1 para. 3 and para. 5, art. 15 para. 2, art. 23 para. 12 and art. 73 para. 3 letter h), and from art. 1 of the Romanian Criminal Code, and represents a fundamental principle in a state governed by the rule of law. The principle of legality, a rule that applies to both the legislative / executive and the judicial bodies, requires that all behaviors, acts, which represent crimes, be regulated only by a law that is accessible and predictable for its recipients, a law that warns the subjects of law before being applied, so that they know what is allowed and what is prohibited, before acting. Only if the criminal policy, legislative technique and judicial practice are constant, coherent and predictable, the subject of law can remain part of the criminal law report of compliance, without becoming part of the legal conflict report.

Regarding the offenses provided for in Law no. 143/2000 on the prevention and combating of drug trafficking and illicit consumption, especially in the case of drug trafficking, the principle of legality of criminalization is in real suffering due to faulty legislative technique and impulsive legislation.

Therefore, judicial practice has the obligation to ensure predictable and consistent application, in accordance with constitutional and conventional standards.

Keywords: *the principle of the legality of incrimination, legal security, the principle of legitimate expectation, lex certa, lex stricta, nullum crimen sine lege.*

1. Considerații introductive cu privire la principiul legalității incriminării

Principiul legalității incriminării reprezintă baza celor mai multe arhitecturi juridice, consacrand supremația legii în materia dreptului penal. Principiul legalității în domeniul dreptului penal se exprimă în regulile *nullum crimen sine lege certa* (să

nu existe infracțiune fără să fie prevăzută de lege), *nulla poena sine lege* (să nu existe pedeapsă care să nu fie prevăzută de lege).

Fiind formulat de Montesquieu în lucrarea „*De l'esprit des lois*” (Genève, 1748) și perfecționat de Cesare Beccaria în lucrarea „*Dei delitti e delle pene*” (Livorno, 1764), principiul legalității a fost consacrat legislativ pentru prima dată prin în art. 8 din Declarația drepturilor omului și cetățeanului din 1789, care statuează că „legea nu poate stabili decât pedepsele în mod evident și strict necesare și nimeni nu poate fi pedepsit decât în virtutea unei legi stabilită și promulgată anterior infracțiunii și legal aplicată”. La acest moment, principiul legalității este stipulat în Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (art. 7), precum și în alte documente internaționale, cum ar fi Declarația universală a drepturilor omului (art. 11 alin. (2), Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (art. 49) sau Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice (art. 15 pct. 1).

În dreptul național, principiul legalității incriminării se degajă cu precădere din art. 1 alin. (3) și alin. (5), art. 15 alin. (2), art. 23 alin. (12) și din art. 73 alin. (3) lit. h) din Constituția României¹. La nivel infraconstituțional, legea penală română consacră principiul legalității incriminării în art. 1 C. pen.²

II. Standardul dezvoltat de Curtea Constituțională a României cu privire la principiul legalității incriminării

Dezvoltând principiul mai general al legalității, prevăzut de Constituția României în art. 1, Curtea Constituțională a României, în jurisprudența sa, a stabilit că trăsătura esențială a statului de drept o constituie supremația Constituției și obligativitatea respectării legii³ și că statul de drept asigură supremația Constituției, corelarea

¹ Art. 1 alin. (3) din C.R. prevede că „*România este stat de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate. Conform art. 1 alin. (5) din Constituție, în România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie*”. Potrivit art. 15 alin. (2) C.R., „*legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile*”. Conform art. 23 alin. (12), „*nici o pedeapsă nu poate fi stabilită sau aplicată decât în condițiile și în temeiul legii*”. Art. 77 alin. (3) lit. h) din C.R. prevede că „*prin lege organică se reglementează: (...) h) infracțiunile, pedepsele și regimul executării acestora*”.

² Art. 1 alin. 1 din Codul penal prevede că „*legea penală prevede faptele care constituie infracțiuni*”. Alin. 2 al aceluiași articol statuează că „*nicio persoană nu poate fi sancționată penal pentru o faptă care nu era prevăzută de legea penală la data când a fost săvârșită*”.

³ A se vedea, în acest sens, C.C.R., *Decizia nr. 232 din 5 iulie 2001*, publicată în M. Of. nr. 727 din 15 noiembrie 2001, *Decizia nr. 234 din 5 iulie 2001*, publicată în M. Of. nr. 558 din 7 septembrie 2001, *Decizia nr. 53 din 25 ianuarie 2011*, publicată în M. Of. nr. 90 din 3 februarie 2011, sau *Decizia nr. 1 din 10 ianuarie 2014*, publicată în M. Of. nr. 123 din 19 februarie 2014. Pentru o jurisprudență relativ recentă, a se vedea și C.C.R. *Decizia nr. 710 din 29 noiembrie 2016*, *Decizia nr. 224 din 4 aprilie 2017*, *Decizia nr. 225 din 4 aprilie 2017*, *Decizia nr. 304 din 4 mai 2017* și *Decizia nr. 515 din 5 iulie*

tuturor legilor și tuturor actelor normative cu aceasta⁴, ceea ce înseamnă că acesta implică, prioritar, respectarea legii, iar statul democratic este, prin excelență, un stat în care se manifestă domnia legii⁵. Totodată, Curtea a reținut că una dintre cerințele principiului respectării legilor vizează calitatea actelor normative. În acest sens, a constatat că, de principiu, orice act normativ trebuie să îndeplinească anumite condiții calitative, printre acestea numărându-se previzibilitatea⁶, ceea ce presupune că acesta trebuie să fie suficient de clar și precis pentru a putea fi aplicat.

Aplicând aceste criterii în controlul de constituționalitate a dispozițiilor penale, instanța de contencios constituțional a statuat că, indiferent de scopul urmărit de legiuitor prin adoptarea unui act normativ și indiferent de faptul că scopul ce a justificat activitatea de legiferare este unul legitim, acest scop, în sine, nu poate reprezenta temeiul tragerii la răspundere penală a unei persoane, fără existența unei dispoziții legale clare și previzibile, care să reglementeze fapta ce constituie infracțiune. Reglementarea unei infracțiuni nu presupune aplicarea acesteia tuturor situațiilor apreciate ca fiind potențial similare, dar care nu au fost avute în vedere de către legiuitor. A permite celui care interpretează și aplică legea penală, în absența unei norme exprese, să stabilească el însuși regula după care urmează să rezolve un caz, luând ca model o altă soluție pronunțată într-un alt cadru reglementat, reprezintă o aplicare prin analogie a legii penale⁷.

În esență, principiul legalității incriminării și pedepsei instituie cerința potrivit căreia legea trebuie să definească în mod clar infracțiunile și pedepsele aplicabile, această cerință fiind îndeplinită atunci când un justițiabil are posibilitatea de a cunoaște, din însuși textul normei juridice pertinente, la nevoie cu ajutorul interpretării acesteia de către instanțe și în urma obținerii unei asistențe judiciare adecvate, care sunt actele și omisiunile ce pot angaja răspunderea sa penală și care este pedeapsa⁸.

2017, publicate în M. Of. nr. 1014 din 16 decembrie 2016, nr. 427 din 9 iunie 2017, nr. 468 din 22 iunie 2017, nr. 520 din 5 iulie 2017 și nr. 596 din 25 iulie 2017

⁴ A se vedea, în acest sens, C.C.R., *Decizia nr. 22 din 27 ianuarie 2004*, publicată în M. Of. nr. 233 din 17 martie 2004),

⁵ A se vedea, în acest sens, C.C.R., *Decizia nr. 13 din 9 februarie 1999*, publicată în M. Of. nr. 178 din 26 aprilie 1999).

⁶ A se vedea, în acest sens, C.C.R., *Decizia nr. 51 din 16 februarie 2016*, publicată în M. Of. nr. 190 din 14 martie 2016, *Decizia nr. 513 din 4 iulie 2017*, publicată în M. Of. nr. 578 din 19 iulie 2017, par.31 și par.34-36

⁷ A se vedea, în acest sens, C.C.R., *Decizia nr. 202 din 25 martie 2021*, publicată în M. Of. nr. 692 din 13 iulie 2021, precum și Înalta Curte de Casație și Justiție, *Decizia nr. 10 din 12 septembrie 2018 referitoare la interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 194/2011*, publicată în M. Of. nr. 894 din 24 octombrie 2018.

⁸ A se vedea, în acest sens, C.C.R., *Decizia nr. 86 din 16 februarie 2021*, publicat în M. Of. nr. 501 din 13 mai 2021

III. Standardul dezvoltat de Curtea Europeană a Drepturilor Omului cu privire la principiul legalității incriminării

Această latură a principiului legalității a fost pe larg abordată și în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, care prin hotărârile din 5 ianuarie 2000, 4 mai 2000, 25 ianuarie 2007 și 24 mai 2007, pronunțate în cauzele *Beyeler împotriva Italiei* (paragraful 109), *Rotaru împotriva României* (paragraful 52), *Sissanis împotriva României* (paragraful 66) și *Dragotoniou și Militaru-Pidhorni împotriva României* (paragraful 34), a reținut obligativitatea asigurării acestor standarde de calitate a legii drept garanție a principiului legalității, prevăzut la art. 7 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. Astfel, prin Hotărârea pronunțată în *Cauza Sissanis împotriva României* (paragraful 66) prin Hotărârea pronunțată în *Cauza Rotaru împotriva României* (paragraful 52), instanța europeană a reținut că sintagma “prevăzută de lege” impune ca măsura incriminată să aibă un temei în dreptul intern, însă vizează, de asemenea, calitatea legii în cauză: aceasta trebuie, într-adevăr, să fie accesibilă justițiabilului și previzibilă în ceea ce privește efectele sale. S-a reținut, totodată, că, pentru ca legea să satisfacă cerința de previzibilitate, ea trebuie să precizeze cu suficientă claritate întinderea și modalitățile de exercitare a puterii de apreciere a autorităților în domeniul respectiv, ținând cont de scopul legitim urmărit, pentru a oferi persoanei o protecție adecvată împotriva arbitrarului. În plus, a fost statuat faptul că nu se poate considera drept „lege” decât o normă enunțată cu suficientă precizie, pentru a permite cetățeanului să își controleze conduita. Apelând la nevoie la consiliere de specialitate în materie, el trebuie să fie capabil să prevadă, într-o măsură rezonabilă, față de circumstanțele speței, consecințele care ar putea rezulta dintr-o anumită faptă.

IV. Traficul de droguri privit în lumina principiului legalității incriminării

În România, infracțiunile legate de consumul de droguri sunt reglementate printr-o lege specială, respectiv Legea nr. 143 din 26 iulie 2000 privind prevenirea și combaterea traficului și consumului ilicit de droguri – republicată⁹.

Deși jurisprudența Curții Constituționale a României relativă la articolele mai sus amintite este vastă și constantă, realitatea juridică autohtonă ne-a relevat numeroase situații în care nerespectarea de către legiuitor a normelor de tehnică legislativă¹⁰ a determinat apariția unor situații de incoerență și instabilitate a legislației, contrare

⁹ M. Of. nr. 163 din 6 martie 2014.

¹⁰ Respectarea prevederilor Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative reprezintă un veritabil criteriu de constituționalitate prin prisma aplicării art. 1 alin. (5) din Constituție. A se vedea, în acest sens, C.C.R., *Decizia nr. 1 din 10 ianuarie 2014*, publicată în M. Of. nr. 123 din 19 februarie 2014, *Decizia nr. 17 din 21 ianuarie 2015*, publicată în M. Of. nr. 79 din 30 ianuarie 2015, paragrafele 95 și 96.

principiului legalității în componenta sa referitoare la claritatea și previzibilitatea legii¹¹.

Îndreptându-ne privirea asupra incriminării traficului de droguri, constatăm că și în raport de aceasta se pot ridica unele probleme de constituționalitate.

Traficul de droguri, incriminat în art. 2 din Legea nr. 143/2000, este reglementat ca o infracțiune cu conținut alternativ¹², norma de incriminare consacrand mai multe modalități de săvârșire a faptei, echivalente din punct de vedere al însemnătății penale. Elementul material al infracțiunii prevăzute de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 143/2000 poate să constea în executarea ilicită (fără drept) a uneia dintre acțiunile enumerate de lege, respectiv „*cultivarea, producerea, fabricarea, experimentarea, extragerea, prepararea, transformarea, oferirea, punerea în vânzare, vânzarea, distribuirea, livrarea cu orice titlu, trimiterea, transportul, procurarea, cumpărarea, deținerea ori alte operațiuni privind circulația drogurilor de risc, fără drept*”. Incriminarea traficului de droguri reprezintă materializarea în plan național a obligației statului român de a incrimina faptele susceptibile de a fi incluse în noțiunea de trafic de droguri, conform Convenției Națiunilor Unite împotriva traficului ilicit de stupefiante și de substanțe psihotrope de la Viena din 20 decembrie 1988¹³.

După cum se poate observa la o primă citire a textului de incriminare, așa cum ne-a obișnuit, legiuitorul penal român, generos în ceea ce privește juridicizarea comportamentelor considerate deviate în raport cu valorile generale ale societății, a ales să ofere o incriminare stufoasă, neexhaustivă traficului de droguri. Dispozițiile art. 2 din Legea nr. 143/2000 descriu variantele alternative sub care poate apărea elementul material al laturii obiective a infracțiunii de trafic ilicit de droguri, însă, alături de aceste variante menționate expres, legiuitorul a înțeles să incrimineze și „*alte operațiuni privind circulația drogurilor*”.

Prin urmare, constatăm că prima parte a enunțului legislativ este specifică unei modalități de formulare a infracțiunii de tip descriptiv, tehnică ce presupune o

¹¹ A se vedea, în acest sens, C.C.R., *Decizia nr. 26 din 18 ianuarie 2012*, publicată în M. Of. nr. 116 din 15 februarie 2012, și *Decizia nr. 448 din 29 octombrie 2013*, publicată în M. Of. nr. 5 din 7 ianuarie 2014.

¹² A se vedea, spre exemplu, F. Streteanu, *Concursul de infracțiuni*, Ed. Lumina Lex, 1999, p. 215.

¹³ Art. 3 prevede că „*fiecare parte adopta măsurile necesare pentru a conferi caracterul de infracțiuni penale, în conformitate cu dreptul sau intern, atunci când actul a fost comis intenționat: a) I. producției, fabricației, extracției, preparării, ofertei, punerii în vânzare, distribuiri, vânzării, livrării în orice condiții, expedierii, expedierii în tranzit, transportului, importului sau exportului oricărui stupefiant sau oricărei substanțe psihotrope, încălcându-se dispozițiile Convenției din 1961, Convenției din 1961 cum apare ea modificată sau Convenției din 1971; II. culturii macului (opiaceu), coca sau plantei de cannabis, în scopul producerii de stupefiante, încălcându-se dispozițiile Convenției din 1961 și Convenției din 1961 cum apare ea modificată; III. deținerii sau cumpărării oricărui stupefiant sau substanțe psihotrope, în scopul uneia dintre activitățile enumerate la subalin. I de mai sus; IV. fabricării, transportului sau distribuiri de echipament, materiale sau substanțe înscrise în tabelul I și II despre care cel care se ocupa de aceste activități știe ca trebuie utilizate în/sau pentru cultura, producția sau fabricarea ilicită de stupefiante sau substanțe psihotrope; V. organizării, dirijării sau finanțării uneia dintre infracțiunile enumerate la subalin. I, II, III sau IV de mai sus*”.

enumerare a tuturor acțiunilor ce intră în conținutul constitutiv al infracțiunii sau a urmărilor acesteia. Pe de altă parte, formularea tezei finale, ce incriminează „*alte operațiuni privind circulația drogurilor, fără drept*”, este specifică modalității de formulare de tip sintetic, prin utilizarea unui termen generic care să includă toate posibilitățile faptice de comitere a infracțiunii¹⁴.

În consecință, deși, în general, în practica legislativă se folosește fie modalitatea sintetică, fie modalitatea descriptivă, observăm că, în cazul incriminării infracțiunii de trafic de droguri, legiuitorul a utilizat o metodă „hibridă”, combinând cele două metode anterior amintite.

În opinia mea, această tehnică legislativă neinspirată poate pune probleme din perspectiva conformității cu exigențele constituționale, având aptitudinea de a induce o stare de insecuritate juridică destinatarilor legii. Această concluzie devine și mai clară atunci când dispozițiile art. 2 din Legea 143/2000 sunt interpretate sistematic cu dispozițiile art. 12 din Legea 143/2000, care prevăd că „*tentativa la infracțiunea prev. la art. 2 se pedepsește*” și „*se consideră tentativă și producerea sau procurarea mijloacelor ori instrumentelor, precum și luarea de măsuri în vederea comiterii infracțiunii de trafic de droguri*”.

Privind în ansamblu reglementarea, având în vedere toate formele infracțiunii, respectiv forma tentată și forma consumată, considerăm că legiuitorul ar fi putut acorda mai multă atenție criteriilor și principiilor care jalonează procesul de legiferare în materia dreptului penal. Astfel, constatăm că a fost preferată o definiție fluidă a infracțiunii de trafic de droguri. Reglementarea ultimei variante a elementului material de o manieră aproximativă, prin folosirea unui cuvânt flexibil, elastic neantizează una dintre cele mai importante premise ale statului de drept democratic și liberal, respectiv principiul legalității. Legiuitorul nu stabilește ce se înțelege prin formularea generică, în termeni nedefiniți, „*alte operațiuni privind circulația drogurilor, fără drept*”, revenind instanțelor sarcina de a interpreta și aplica aceste norme.

Deși pare a reglementa o clauză legală de analogie, procedeu admis în dreptul penal cu caracter de excepție și doar în cazul în care termenii folosiți de lege și supuși interpretării au caracter omogen, legiuitorul stabilind criteriile și limitele ce ghidează organul judiciar în procesul de interpretare, constatăm că, în cazul infracțiunii de trafic de droguri, criteriile lipsesc. În pofida faptului că formularea „*alte operațiuni*” este condiționată de sintagmele „*fără drept*” și „*privind circulația drogurilor*”, marja de apreciere a interpretului rămâne una considerabilă. Este evident că operațiune se referă la circulația de droguri. Totodată, este limpede că acțiunea agentului este una ilicită. În cazul în care acțiunea ar fi fost licită, iar textul de lege

¹⁴ Formularea sintetică este folosită, spre exemplu, în cazul incriminării infracțiunii de omor, prevăzută de art. 188 C. pen., iar formularea descriptivă este folosită, spre exemplu, în cazul incriminării infracțiunii trafic de persoane, prevăzută de art. 210 C. pen.

nu ar fi prevăzut condiția ca operațiunea să fie ilicită, ar fi fost incidentă o cauză justificativă, nu o cauză de înlăturare a tipicității obiective a faptei.

O altă problemă pe care o sesizăm este supraabundența variantelor de săvârșire a faptei, în număr de optsprezece. În plus, din moment ce legiuitorul utilizează sintagma „*alte operațiuni privind circulația drogurilor, fără drept*”, nu înțelegem utilitatea reglementării primelor șaptesprezece variante alternative ale elementului material, care sunt oricum acoperite de formularea „*alte operațiuni*”. Nici conform Convenția Națiunilor Unite împotriva traficului ilicit de stupefiante și de substanțe psihotrope de la Viena din 20 decembrie 1988 nu prevede obligația statelor de a incrimina orice „*operațiuni privind circulația drogurilor, fără drept*”. Predilecția către o societate perfectă, în care riscul în fața comportamentelor reprobabile să fie zero, aruncă statul, deja orbit de idealul protejării ordinii sociale, într-o derivă securitară, asigurând unui sistem preventiv de exercitare a drepturilor.

De asemenea, privind în ansamblu reglementarea infracțiunii de trafic, nu vedem nicio diferență semantică între sintagma „*alte operațiuni privind circulația drogurilor, fără drept*” și sintagma „*producerea sau procurarea mijloacelor ori instrumentelor, precum și luarea de măsuri în vederea comiterii infracțiunii de trafic de droguri*”. Aceste din urmă comportamente sunt, în fapt, operațiuni privind traficul de droguri. În consecință, deși nu aceasta a fost intenția legiuitorului, actele de pregătire a infracțiunii de trafic de droguri sunt asimilate formei consumate a aceleiași infracțiuni, contrar logicii dreptului penal¹⁵.

În jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție a fost reținută infracțiunea consumată de trafic de droguri în varianta „*alte operațiuni privind circulația drogurilor, fără drept*”. Astfel, într-o decizie de speță, instanța supremă a apreciat că „*fapta de a ridica un colet conținând droguri de la o societate de curierat rapid, în scopul de a fi predat unei alte persoane, cunoscând atât conținutul coletului, cât și activitatea infracțională a persoanei căreia urma a-i fi predat coletul, constituie o operațiune privind circulația drogurilor, în sensul dispozițiilor art. 2 din Legea nr. 143/2000 și se încadrează în aceste dispoziții*.”¹⁶ Totodată, într-o altă decizie de speță, a constatat că „*fapta de a intermedia vânzarea drogurilor de mare risc întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de trafic de droguri de mare risc prevăzută în dispozițiile art. 2 alin. (1) și (2) din Legea nr. 143/2000, întrucât intermedierea vânzării de astfel de droguri constituie o operațiune privind circulația drogurilor de mare risc, incriminată prin aceste dispoziții*”¹⁷.

Analizând aceste decizii, nu putem să nu ne întrebăm de ce activitatea infracțională nu a fost catalogată ca fiind „*luarea de măsuri în vederea comiterii infracțiunii de trafic de droguri*”, cu consecința reținerii formei tentate a infracțiunii,

¹⁵ În dreptul penal, actele de pregătire sunt incriminate doar cu titlu de excepție și doar în cazul unor infracțiuni deosebit de grave.

¹⁶ ÎCCJ, Secția penală, decizia nr. 1231 din 19 aprilie 2012 www.scj.ro.

¹⁷ ÎCCJ, Secția penală, decizia nr. 3381 din 22 iunie 2007 www.scj.ro.

oricare ar fi modalitatea de săvârșire, respectiv oferirea, distribuirea, vânzarea, punerea în vânzare, livrarea cu orice titlu, trimiterea, transportul etc.

Prin urmare, apreciem că prin folosirea în cuprinsul textelor a unor noțiuni vagi, obscure, cum sunt sintagmele „*alte operațiuni*” și „*producerea sau procurarea mijloacelor ori instrumentelor, precum și luarea de măsuri în vederea comiterii infracțiunii de trafic de droguri*”, și prin necorelarea articolelor ce reglementează formele infracțiunii, legiuitorul încalcă siguranța și libertatea persoanei, pentru că subiectul nu poate prevedea într-un mod rezonabil ce comportamente vor fi reprimite în baza normei penale, pe de o parte, și, pe de altă parte, pentru că textele lasă organul judiciar să determine conținutul normei. Or, finalitatea primă a principiului legalității incriminării este ca legea să avertizeze destinatarul înainte de a fi aplicată, astfel ca acesta să știe, înainte de a acționa, ce este permis, ce este interzis și pentru ce comportament poate fi tras la răspundere penală.

Opinia noastră nu a fost împărtășită de Curtea Constituțională. În pofida faptului că a fost sesizată în mai multe rânduri cu excepția de neconstituționalitate a art. 2 din Legea 143/2000, Curtea Constituțională a României nu a binevoit a corija comportamentul legiuitorului, prin eliminarea acestei dispoziții din sistemul normativ¹⁸. Cu aceste ocazii, instanța de contencios constituțional, analizând critici potrivit cărora prin formularea generică, în termeni nedefiniți, a laturii obiective a infracțiunii pe care o incriminează, textul de lege criticat lasă la liberul arbitru al organului de urmărire penală, respectiv al instanței de judecată, calificarea ca fiind sau nu infracțiune a unei conduite umane concrete, a respins, ca neîntemeiate, excepțiile de neconstituționalitate.

În analiza sa instanța de contencios constituțional a apreciat că „*interpretarea sintagmei criticate trebuie să se realizeze cu luarea în considerare a cadrului normativ în materie, respectiv a Legii 339/2005 privind regimul juridic al plantelor, substanțelor și preparatelor stupefiante și psihotrope și a Convenției contra traficului ilicit de stupefiante și substanțe psihotrope din 1988, ratificată de România prin Legea nr. 118/1992. Din rațiuni de politică penală, legiuitorul a înțeles să incrimineze în cuprinsul art. 2 alin. (1) din Legea nr. 143/2000, alături de operațiunile enunțate expres, orice “alte operațiuni privind circulația drogurilor de risc, fără drept”. Stabilirea în acest mod a cuprinsului normei de incriminare reprezintă un aspect de tehnică legislativă, de competența exclusivă a legiuitorului, care nu este de natură să aducă atingere prevederilor constituționale invocate de autorii excepțiilor. Se constată în acest sens că nu sunt sancționate penal, prin dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea*

¹⁸ A se vedea, în acest sens, C.C.R., *Decizia nr. 410 din 12 octombrie 2004*, publicată în M. Of., *Decizia nr. 1.049 din 12 noiembrie 2004*, *Decizia nr. 955 din 25 iunie 2009*, publicată în M. Of., *Decizia nr. 536 din 3 august 2009*, *Decizia nr. 1.335 din 11 octombrie 2011*, publicată în M. Of., *Decizia nr. 901 din 20 decembrie 2011*, *Decizia nr. 326/2012*, publicată în M. Of. nr. 419 din 22 iunie 2012; *Decizia nr. 115/2011*, publicată în M. Of. nr. 188 din 17 martie 2011; *Decizia nr. 127 din 9 martie 2017*, publicată în M. Of. nr. 409 din 31 mai 2017, *Decizia nr. 639 din 17 octombrie 2017*, publicată în M. Of. nr. 110 din 05 februarie 2018.

nr. 143/2000, orice operațiuni privind circulația drogurilor, ci numai acelea realizate fără drept și care se referă la droguri de risc, expres nominalizate în tabelul nr. III al aceleiași legi. Așadar, având în vedere pericolul social pe care îl presupune, orice operațiune privind circulația drogurilor, care îndeplinește cele două condiții impuse de legiuitor, poate constitui latura obiectivă a infracțiunii reglementată de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 143/2000. Stabilirea de către instanța de judecată a faptului dacă, în cauza dedusă judecătii, fapta cu care a fost sesizată constituie infracțiune, așadar implicit a faptului dacă o anumită acțiune reprezintă operațiune privind circulația drogurilor de risc, desfășurată fără drept, este o activitate proprie acesteia, de apreciere a probelor, de interpretare și aplicare a dispozițiilor legale la situații concrete și de calificare a faptei deduse judecătii, în virtutea unor prerogative conferite de puterea legislativă în limitele unei enumerări determinate.”¹⁹

Într-o altă Decizie relevantă, Curtea Constituțională, examinând excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 143/2000, a reținut că, „într-adevăr, legiuitorul a înțeles să prevadă elementul material al laturii obiective a infracțiunii, prin enumerarea, în cuprinsul normei criticate, a unor fapte din care acesta poate fi constituit, enumerare ce nu este exhaustivă, întrucât se încheie cu sintagma „ori alte operațiuni”. La o primă evaluare, acest din urmă aspect este de natură a determina lipsa de imprevizibilitate a dispozițiilor legale criticate, ca urmare a imposibilității de a determina sfera înțelesului noțiunii de „alte operațiuni” ce pot fi reținute ca infracțiune în domeniul traficului și consumului ilicit de droguri. 14. Cu toate acestea, sintagmei criticate trebuie să îi fie atribuit sensul ce rezultă din ansamblul dispoziției legale din care face parte. Or, interpretând sistematic expresia „ori alte operațiuni”, în contextul prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 143/2000, Curtea constată că aceasta este urmată de expresia „privind circulația drogurilor de risc”, ce restrânge sfera noțiunii de „alte operațiuni” la operațiunile ce privesc circulația drogurilor de risc. Astfel, orice operațiune referitoare la circulația unor asemenea droguri, alta decât cele enumerate, în mod expres, în cuprinsul normei criticate, poate constitui elementul material al laturii obiective a infracțiunii reglementate la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 143/2000. Așa fiind, Curtea reține că sintagma criticată este clară, precisă și previzibilă, vizând practic orice faptă de trafic de droguri de mare risc. Pentru aceste motive, prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 143/2000 permit destinatarilor lor să își adapteze conduita la exigențele legii penale și sunt în acord cu dispozițiile constituționale ale art. 1 alin. (5)²⁰”.

Bineînțeles că jurisprudența Curții Constituționale trebuie privită și cu luarea în seamă a obiectului excepțiilor de neconstituționalitate cu care a fost sesizată, care a vizat doar articolul 2 din Legea nr. 143/2000, controlul de constituționalitate neputând fi extins din oficiu și cu privire, spre exemplu, la articolul 12 din Legea

¹⁹ A se vedea, în acest sens, C.C.R., *Decizia nr. 127 din 9 martie 2017*, publicată în M. Of. nr. 409 din 31 mai 2017.

²⁰ A se vedea, în acest sens, C.C.R., *Decizia nr. 639 din 17 octombrie 2017*, publicată în M. Of. nr. 110 din 05 februarie 2018.

nr. 143/2000. Rămâne de văzut care va fi soluția instanței de contencios constituțional în cazul în care va fi sesizată cu o excepție de neconstituționalitate a art. 12 din Legea nr. 143/2000, însă nu putem să nu remarcăm reticenta de care dă dovadă Curtea Constituțională atunci când analizează dacă o lege penală respectă principiul legalității incriminării, în special în ceea ce privește calitatea legii²¹.

Totuși, în continuare, apreciem că, deși Curtea Constituțională a apreciat *in abstracto* că reglementarea traficului de droguri în această modalitate satisface standardele constituționale, până la un eventual reviriment jurisprudențial al Curții, organele judiciare trebuie să manifeste prudență în aplicarea art. 2 și art. 12 din Legea nr. 143/2000, în cazurile concrete deduse judecății, oferind o interpretare restrictivă și previzibilă noțiunii, în consonanță cu principiul legalității incriminării și rațiunea pentru care acest comportament a fost incriminat ca infracțiune.

Ținând cont de tehnica legislativă de care a uzat legiuitorului, respectiv reglementarea unei clauze legale de analogie, care este permisă în dreptul penal doar în situația în care are un caracter omogen, interpretul va aplica textul în înțelesul său uzual și doar prin raportare de sensul celorlalte variante alternative, prevăzute de norma de incriminare²².

Această abordare este impusă nu doar pentru că *poenalia sunt restringenda*, ci este obligatorie și în raport de dezvoltările Curții Europene a Drepturilor Omului în legătură cu principiul legalității incriminării. În acest sens, Curtea de la Strasbourg, în Hotărârea pronunțată în Cauza Dragotoniou și Militaru-Pidhorni împotriva României (paragraful 34), a statuat că noțiunea „drept” folosită la art. 7 din Convenție corespunde noțiunii de „lege” ce apare în alte articole din Convenție și înglobează dreptul de origine atât legislativă, cât și jurisprudențială, ambele implicând condiții calitative, printre altele, pe cele ale accesibilității și previzibilității. De asemenea, în Hotărârea pronunțată în Cauza Schimanek contra Austriei, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a apreciat că lipsa de claritate a unei norme juridice poate fi compensată printr-o jurisprudență constantă și uniformă. În această cauză Curtea a constatat că art. 7 din Convenție nu a fost violat și a statuat că jurisprudența și doctrina din Austria au dezvoltat mai multe criterii care fac legea (noțiunea de „activități inspirate de ideile național-socialiste”) în discuție suficient de accesibilă și previzibilă și care permit judecătorului să distingă cu claritate între activități precum cele ale reclamantului și cele care nu pot primi o calificare de activități cu caracter nazist.

²¹ A se vedea, în același sens, F. Streteanu, D. Nițu, *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 39.

²² Având în vedere că sintagma alte operațiuni privind circulația drogurilor nu este definită nici de Legea nr. 143/2000, nici de Codul penal, pentru deslușirea înțelesului termenului, este necesar să se apeleze la sensul uzual al termenului, regăsit în Dicționarul explicativ al limbii române. Conform acestuia operațiunea (operația) semnifică „o activitate efectuată de unul sau de mai mulți oameni cu o anumită calificare în vederea atingerii unui anumit scop; acțiune efectuată de un aparat, de o mașină etc. în cadrul unei munci specifice; acțiune, lucrare”.

Este adevărat că, având în vedere principiul aplicabilității generale a legilor, formularea acestora nu poate prezenta o precizie absolută și una dintre tehnicile standard de reglementare constă în recurgerea mai degrabă la categorii generale decât la liste exhaustive. Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului a relevat că, oricât de clar ar fi redactată o normă juridică, în orice sistem de drept, există un element inevitabil de interpretare judiciară, inclusiv într-o normă de drept penal. Nevoia de elucidare a punctelor neclare și de adaptare la circumstanțele schimbătoare va exista întotdeauna și, deși certitudinea este extrem de dezirabilă, aceasta ar putea antrena o rigiditate excesivă, or, legea trebuie să fie capabilă să se adapteze schimbărilor de situație. Rolul decizional conferit instanțelor urmărește tocmai înlăturarea dubiilor ce persistă cu ocazia interpretării normelor, dezvoltarea progresivă a dreptului penal prin intermediul jurisprudenței ca izvor de drept fiind o componentă necesară și bine înrădăcinată în tradiția legală a statelor membre. Prin urmare, Curtea de la Strasbourg a statuat că art. 7 paragraful 1 din Convenție nu poate fi interpretat ca interzicând clarificarea graduală a regulilor răspunderii penale pe calea interpretării judiciare de la un caz la altul, cu condiția ca rezultatul să fie coerent cu substanța infracțiunii și să fie în mod rezonabil previzibil²³.

Cu unele excepții, indicate anterior, jurisprudența pare că și-a însușit acest punct de vedere, oferind interpretări stricte și previzibile textelor în discuție. Astfel, în practică, în interpretarea art. 12 din Legea nr. 143/2000, s-a reținut că „prin asigurările date colaboratorului cu identitate protejată în sensul că acești inculpați pot procura orice drog de mare risc de care ar fi nevoie, heroină, MDMA, LSD, pastile, în sarcina inculpatului MCI se va reține forma tentată a infracțiunii de trafic de droguri de mare risc, acest inculpat împreună cu ceilalți doi coinculpați luând măsuri în vederea comiterii infracțiunilor de trafic de droguri, acte preparatorii care, prin voința legiuitorului, au fost incriminate în art. 12 alin. (2) din Legea nr. 143/2000 ca tentativă la infracțiunea de trafic de droguri²⁴”.

Într-o altă decizie de speță în sarcina inculpatului nu a fost reținută tentativa la infracțiunea de trafic internațional de droguri, cu motivarea că „legiuitorul nu a formulat destul de precis elementul material al tentativei(...), astfel încât inculpații să înțeleagă care este comportamentul interzis și să aibă o conduită adecvată²⁵”. Prin

²³ Hotărârea din 22 noiembrie 1995, pronunțată în *Cauza S.W. împotriva Regatului Unit*, paragraful 36, Hotărârea din 24 mai 2007, pronunțată în *Cauza Dragotoniou și Militaru-Pidhorni împotriva României*, paragrafele 36 și 37, Hotărârea din 12 februarie 2008, pronunțată în *Cauza Kafkaris împotriva Ciprului*, paragraful 141, Hotărârea din 21 octombrie 2013, pronunțată în *Cauza Del Rio Prada împotriva Spaniei*, paragrafele 92 și 93.

²⁴ Curtea de Apel București, Secția I penală, Dec. pen. nr. 1390 din 19 octombrie 2015, disponibilă pe www.lege5.ro

²⁵ ÎCCJ, Secția penală, decizia nr. 89 din 15 ianuarie 2010 www.scj.ro.

Pentru a pronunța această soluție, instanța a făcut aplicarea art. 6 paragraf 1 C.E.D.O. astfel cum a fost dezvoltat de Curtea de la Strasbourg în hotărârile pronunțate în cauzele Steel și alții c. Regatul Unit și Hilda Hafsteinsdottir c. Islandei, apreciind că aplicarea legii trebuie să fie previzibilă, adică persoana vizată trebuie să poată deduce din conținutul legii care este comportamentul interzis

urmare, a fost schimbată încadrarea juridică a faptei săvârșite de inculpat din infracțiunea de trafic de droguri în formă continuată în infracțiune simplă, prin înlăturarea din conținutului unității legale de infracțiune a unui act material rămas în forma tentativei.

V. Concluzii

Având în vedere argumentele expuse anterior, întrucât principiul legalității se adresează atât legislativului, executivului, cât și organelor judiciare, apreciem că este imperios necesar ca acestea din urmă să asigure respectarea acestui principiu constituțional, garantând securitatea juridică și încrederea legitimă a cetățenilor statului de drept în sistemul juridic, printr-o interpretare previzibilă a dispoziției legale, asigurând practică judiciară, coerentă și stabilă, indiferent de cât de laxă este formularea legii pe care sunt chemate să o aplice.

Nu în ultimul rând, considerăm că, în contextul inflației legislative, modificărilor rapide ale legislației și creșterii numărului de izvoare ale dreptului, instanțele ar trebui să ia în considerare mai des aplicarea dispozițiilor art. 30 alin. (5) C. pen., ce reglementează cauza de neimputabilitate a erorii de drept penal.

și care sunt consecințele care decurg din actele sale din partea autorităților. Cu privire la sintagma producerea sau procurarea mijloacelor ori instrumentelor instanța a apreciat că legea este previzibilă și accesibilă. A apreciat însă că expresia luarea de măsuri în vederea comiterii infracțiunilor incriminează la modul general orice acțiune sau inacțiune a persoanelor vizate fără a da posibilitatea acestora de a-și dirija comportamentul de așa natură încât să nu încalce legea penală. Instanța a reținut că legiuitorul nu a formulat destul de precis elementul material al tentativei (...), astfel încât inculpații să înțeleagă care este comportamentul interzis și să aibă o conduită adecvată.

EVOLUȚIA RECENTĂ A REGLEMENTĂRII ÎN MATERIA COMUNICĂRII ACTELOR DE PROCEDURĂ

Drd. Roxana STANCIU

Facultatea de Drept, Universitatea din București

(Îndrumător prof. univ. dr. Traian-Cornel Briciu, tema cercetării „Actele de procedură în procesul civil”)

Abstract

After the entry into force of the current Civil procedure code, many situations have arisen which have required the reevaluation of our legal tradition relating to the notification of procedural acts. As such, not only modern communication media and ECHR practice, placed in a constantly reshaping process, have deemed legal changes necessary, but also the pandemic situation and the emergency status which were imposed during the year 2020 have changed many common practices in our courts.

This paper aims at placing all these changes into a wider context, as well as looking at their strong points and the weaker ones alike, in order to draw conclusions on the perspective of the said changes.

Keywords: *notification of procedural acts, service of summons*

1. Introducere

Un reputat autor¹ se referea, acum două decenii, la distincția dintre noțiunile de „citație” și „comunicare”. Citația, așa cum arată autorul la care ne referim, este „actul de procedură prin care instanța înștiințează părțile să se înfățișeze în fața ei pentru a da lămuririle necesare și pentru a-și susține interesele”. Citarea, pe de altă parte, este actul de procedură prin intermediul cărui partea este înștiințată cu privire la termen (și la dispozițiile instanței, dacă e cazul), însă nu este sinonimă citației. Astfel, așa cum corect se remarcă în lucrarea menționată, citarea poate fi și orală, în situația acordării termenului în cunoștință. Comunicarea, potrivit aceluiași autor, este „formalitatea care are ca scop aducerea la cunoștința destinatarului a actului de procedură”, dar și „mijlocul tehnic de aducere la cunoștință a unui «act procedural» îndeplinit, care trebuie să fie cunoscut de către părți”. Firește, comunicarea actului este complementară actului însuși, astfel că o reglementare cât mai amănunțită și mai actuală a

¹ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. 1, Ed. Servo Sat, 2000, pp. 246-247.

modalităților de comunicare este vitală pentru asigurarea garanțiilor unui proces corect.

În cele ce urmează, vom reda istoricul modalităților de comunicare cunoscute sub imperiul vechiului Cod de procedură civilă², cu toate modificările intervenite pe parcursul aplicării acestuia. Apoi, vom examina modalitățile de comunicare a actelor de procedură cuprinse de Codul de procedură civilă actual³, dar și intervențiile legislative impuse de starea de urgență declarată în anul 2020.

Apoi vom privi mai de aproape câteva dintre cele mai noi modalități de comunicare prevăzute de lege, analizându-le caracteristicile, avantajele și dezavantajele.

În fine, vom încerca să concluzionăm cu privire la viitorul reglementării, pornind de la ceea ce practica și doctrina deja au analizat și privind spre alte posibilități tehnice, deja existente și disponibile.

2. Scurt istoric al modalităților de citare și comunicare a actelor de procedură în reglementarea procesual civilă

Codul de procedură civilă de la 1865, în forma sa inițială (publicat în M. Of. din 09 septembrie 1865 și intrat în vigoare la aceeași dată), a reglementat în cei mai simpli termeni modalitatea de comunicare a citațiilor, prin dispozițiile art. 74.

Astfel, potrivit acestor dispoziții, „citațiunile se dau, sau persoanei, sau la domiciliu persoanei. Dacă agentulu judecatorescu nu gasesce la domiciliu nici pe parte, nici pe vre una din rudele sale, nici cel putinu pe vr'un servitoru, el va da indata citatiunea unui vecinu, care va subscrie de primire. In cas d'a nu voi vecinulu s'o primesca sau sa sub-scrie de primirea ei, atunci agentulu va lipi citatiunea pe ușa sau pe poarta părții citate și va încheia despre acesta un procesu-verbalu, fata cu sub-comisarulu in orasele unde suntu comisari sau cu ajutorulu politaiului in cele alte orase, era in comunele rurale fata cu primarulu”.

Art. 76 prevedea nulitatea expresă ca sancțiune pentru încălcarea acestor dispoziții.

De remarcat este faptul că numai agentul instanței putea face citarea. În caz de primire a citației, era suficientă o semnătură care să ateste primirea, iar pentru cazul refuzului de primire de către toate persoanele indicate (partea personal, rude, servitori, vecini), citația putea fi lipită pe ușa locuinței sau pe poartă, cu întocmirea unui proces-verbal contrasemnat de unul dintre funcționarii menționați limitativ de text.

Reglementarea amintită este marcată de specificul epocii, de faptul că cele atestate de funcționarul instanței erau echivalente unei constatări a instanței însăși și că problema dovedirii împrejurărilor privind citarea se punea de fapt mai cu seamă pentru imposibilitatea lăsării citației la parte sau la persoanele apropiate acesteia.

² Codul de procedură civilă de la 1865, publicat în M. Of. din 09 septembrie 1865.

³ Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată inițial în M. Of. nr. 485 din 15 iulie 2010, republicată înainte de intrarea în vigoare, în M. Of. nr. 545 din 03 august 2012.

Reforma din anul 1900 introduce obligativitatea procesului-verbal de constatare a refuzului primirii și în ipoteza în care partea însăși emite acest refuz. Dacă partea acceptă primirea, este suficientă atestarea dată de agentul instanței.

Prin aceeași modificare a art. 74 se prevedea că alternativ părții însăși, doar o rudă sau o persoană din serviciul său ar putea primi citația pentru parte, fiind eliminată posibilitatea lăsării citației la un vecin. Se menține posibilitatea lipirii citației pe ușă pentru situația imposibilității lăsării actului la persoanele arătate.

Și în acest caz, dovada refuzului sau a imposibilității de lăsare a citației la alte persoane decât partea se face prin procesul-verbal contrasemnat de comisar, primarul comunei rurale sau ajutoarele acestora.

Prin modificările operate în 1924, art. 74 a cunoscut o extindere cu privire la citarea și reprezentarea în proces a obștilor de săteni. Cu titlu de noutate, art. 75 prevede că în cazul cetelor de moșneni (obștea răzeșilor) citația și copia de pe cerere se aduc la cunoștință în mod public doar de către portărelul instanței, care nu poate delega această atribuție altei persoane. De asemenea, și în acest caz se încheia proces-verbal, semnat de portărel și de primarul localității.

Legiuitorul intervine din nou în anul 1948, de data aceasta cu o reformă substanțială.

Art. 86 prevede, după această modificare, că citarea se face din oficiu de către instanță, prin poștă sau prin portărel, ori în comunele rurale prin notar. Potrivit art. 90, înmânarea citației este regula, iar situațiile celor ce se găsesc în hoteluri, care se află sub arme, fac parte din echipajele vaselor, sunt deținuți ori sunt bolnavi sunt distinct reglementate. Art. 92 reia vechiul art. 74, arătând că citația se lasă fie părții, fie unei rude ori unei persoane aflate în serviciul acesteia, de fiecare dată fiind necesar un proces-verbal. În caz de lipsă a acestor persoane, citația se afișează pe ușă locuinței cu întocmirea unui proces-verbal.

Codul modificat în anul 1948 vorbește pentru prima oară despre citații și alte acte de procedură. Această observație marchează momentul unei veritabile modernizări a conceptului de comunicare a actelor.

De altfel, forma introdusă în acest an este și cea mai elaborată sub aspectul cerințelor de probare a faptelor atestate de agentul instanței, procesul-verbal întocmit în acest sens trebuind atestat de semnătura a doi martori, vecini, care nu puteau avea, potrivit art. 92, calitatea de angajați ai primăriei, poștei sau instanței.

Noile dispoziții sunt dublate de reglementări deosebit de utile, cum ar fi: posibilitatea alegerii domiciliului procesual (art. 93), situația clădirii demolate sau nelocuibile (art. 94), citarea prin publicitate – în Monitorul Oficial și, facultativ, într-un ziar de largă circulație – (art. 95), schimbarea domiciliului (art. 98).

De asemenea, pentru prima oară, Codul dispune că procesul-verbal încheiat de agentul instanței face dovada până la înscrierea în fals.

Prin modificarea operată în anul 1958, legiuitorul a adăugat la lista persoanelor care puteau face citarea (lucrătorii poștei și portăreii) și angajații instanței. De asemenea, sunt introduse și ipoteza locuințelor aflate în clădiri cu mai multe unități

locative, precum și imposibilitatea lăsării citației în mâna unui minor cu vârsta sub 14 ani. Totodată, citarea prin publicitate se putea face doar prin afișare la ușa instanței și, facultativ, printr-un ziar mai răspândit.

Această din urmă reglementare a suferit apoi o nouă modificare în 1979, grație căreia publicitatea se asigura din nou prin afișare la ușa instanței, precum și prin publicare în Buletinul Oficial sau prin ziar mai răspândit (această din urmă posibilitate la aprecierea președintelui instanței).

În anul 1993, referirea la portărel se transformă în referire la executorul judecătoresc.

Deși menține mare parte din reglementarea deja existentă, reforma operată în anul 2000 asupra Codului prevede, pentru prima dată, la art. 86, că serviciul comunicării citațiilor și actelor de procedură se realizează prin agentul instanței sau al altei instanțe și, când nu se poate realiza prin aceștia, de serviciile poștale, prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire sau prin alte mijloace care asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia.

Dispozițiile nou-introdusului art. 92¹ prevedeau și imposibilitatea citării prin afișare cu privire la persoanele juridice.

În fine, o ultimă intervenție legislativă are loc în anul 2010, când sunt introduse art. 86¹ – posibilitatea comunicării actelor direct între părți, respectiv art. 86² – accesul instanței la bazele de date publice în vederea obținerii datelor necesare citării.

3. Dispozițiile Codului de procedură civilă actual

Odată cu adoptarea noului Cod de procedură civilă, cele mai multe dintre soluțiile legislative ale Codului anterior sunt menținute.

Cu caracter de noutate, art. 154 prevede că procedura de citare și comunicare a actelor de procedură se dispune din oficiu și se poate realiza prin agent procedural al instanței sau al altei instanțe, prin poștă, prin executor judecătoresc ori servicii de curierat și prin mijloace de comunicare la distanță (telefax, poștă electronică). În forma inițială, dovada comunicării cu privire la procedura realizată în modurile deja consacrate (prin agent, factor poștal, executor - la care se adaugă comunicarea prin curier, similară celei prin poștă) se face cu procesul-verbal al cărui conținut nu diferă în mod esențial de cel reglementat anterior, în timp ce dovada comunicării prin mijloace de comunicare la distanță se face, potrivit alin. (6) al art. 154, printr-un formular cu rubrici detaliate, care este transmis odată cu citația sau comunicarea, care trebuie completat de către destinatar și semnat și apoi transmis instanței fie prin mijloace de comunicare electronică, fie prin transmitere poștală ori alta asemenea.

Legea nr. 310/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea altor acte normative a adus însă o noutate cu privire la comunicarea dintre instanță și părți

prin mijloace electronice. Astfel, alin. (6) este modificat în sensul eliminării formularului de confirmare. Actele emise de instanță trebuie să aibă atașată semnătura electronică extinsă a instanței. Este introdus alin. (6¹), potrivit căruia citațiile și celelalte acte de procedură menționate la alin. (6) se consideră comunicate la momentul la care au primit mesaj din partea sistemului folosit că au ajuns la destinatar potrivit datelor furnizate de acesta.

Tocmai această ultimă intervenție legislativă, dublată de modificările de optică ale instanțelor ca urmare a traversării stării de urgență în intervalul martie – mai 2020, a generat prezentul studiu referitor la modificarea dispozițiilor referitoare la citare și comunicarea actelor de procedură sub aspectul modalităților utilizate. De asemenea, Codul actual a mai adus în prim-plan și câteva aspecte nu neapărat noi, însă aflate în continuare în dubiu din perspectiva practicii judiciare. Cu privire la aceste chestiuni urmează a face o analiză de ansamblu, în cele ce urmează.

4. Aspecte practice relevante referitoare la anumite forme și modalități de citare și comunicare a actelor de procedură

4.1. Fapt de tradiție în reglementarea procesual civilă (așa cum se poate observa și din parcurgerea istoricului legislativ prezentat în cele ce preced), citarea prin agent procedural constituie (sau ar trebui să constituie) regula în materie. Fie că este vorba despre agentul procedural ori despre alt salariat al instanței, ori al altei instanțe în raza căreia se află destinatarul comunicării, este firesc ca preferința legiuitorului să se îndrepte spre aceste persoane. Privită din perspectivă strict legislativă, opțiunea este justificată nu doar de tradiția procedurii civile, ci și de încrederea pe care în mod firesc legea o plasează asupra funcționarilor instanței, care au ca misiune corecta îndeplinire a îndatoririlor în legătură cu judecarea proceselor.

Cu toate că este pe deplin justificată pe plan teoretic, opțiunea legiuitorului nu are, în multe instanțe, suportul practic necesar, în sensul că, în cazul instanțelor cu volum mare de activitate, personalul auxiliar care ar putea îndeplini aceste atribuții este mult prea puțin numeros pentru a face față numărului de comunicări. Din acest motiv, mai degrabă în cauzele urgente și care presupun comunicarea actelor în circumscripția instanței în termen scurt, judecătorul recurge la comunicarea prin agentul procedural (sau alți angajați ai instanței).

Potrivit art. 64 din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor⁴, „agentul procedural are următoarele atribuții:

a) comunică actele procedurale, cu respectarea termenelor prevăzute de lege, persoanelor din localitatea unde se află sediul instanței, depunând cel mai târziu a doua zi dovezile de înmânare; pentru cazuri urgente și când dotarea instanțelor

⁴ Aprobat prin Hotărârea Consiliului Superior al Magistraturii nr. 1375/2015, publicată în M. Of. nr. 970 din 28 decembrie 2015.

permite, comunicarea actelor de procedură se va putea efectua prin agent procedural și în alte localități;

b) îndeplinește sarcinile stabilite de președintele instanței, precum și serviciul de curier, primind și predând în aceeași zi corespondența pentru destinatarii din localitate, precum și dosarele către instanțele și parchetele din localitate”.

În cadrul unui studiu mai vechi⁵ se constata un fals conflict între, pe de o parte, norma cuprinsă la art. 154 alin. (1) C. pr. civ. (și care pare că nu limitează doar la circumscripția instanței obligația agentului procedural de a comunica acte de procedură) și, pe de cealaltă parte, dispozițiile art. 65 ale Regulamentului⁶ anterior (2005), care avea aproximativ același conținut cu cel citat mai sus, al actualului Regulament. Autoarea monografiei sugera aplicarea și interpretarea coroborată a dispozițiilor în cauză.

Pe de altă parte, un alt studiu⁷ aprecia drept inconciliabile aceste dispoziții, considerând că dispoziția din Regulament trebuie considerată abrogată implicit în temeiul art. 83 lit. k) din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă.

Considerăm că nu poate fi primită decât interpretarea care conciliază cele două dispoziții legale. Pe de o parte, această variantă nu limitează aplicarea normei de procedură, avantajând norma de organizare judecătorească (așa cum ar putea părea), întrucât Codul cuprinde și alternativa transmiterii actului prin agenții altei instanțe. Pe de altă parte, dacă în cazul Regulamentului anterior se putea recurge la raționamentul privind abrogarea implicită, este evident că actualul Regulament, adoptat după intrarea în vigoare a Codului de procedură civilă, nu mai poate fi supus aceluiași raționament.

4.2. Comunicarea actelor prin intermediul executorului judecătoresc (anterior cunoscut în legislație sub denumirea de portărel) reprezintă o posibilitate (și nu o obligație) cu tradiție în procedura civilă. Anterior autonomizării profesiei de executor judecătoresc, portărelel îndeplinea atribuțiile de punere în executare a dispozițiilor și hotărârilor instanței, inclusiv sub aspectul comunicării actelor, complementar agentului procedural.

În regimul legal actual, comunicarea prin intermediul executorului judecătoresc (art. 154 alin. (5) teza I C. pr. civ.), spre deosebire de comunicarea prin portărel,

⁵A. Tabacu, *Citarea și comunicarea actelor de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pp. 97-98.

⁶ Ne referim la Regulamentul de ordine interioară a instanțelor judecătorești aprobat prin Hotărârea Plenului Consiliului Superior al Magistraturii nr. 387/2005, publicată în M. Of. nr. 958 din 28 octombrie 2005, cu modificările și completările ulterioare.

⁷S.I. Vidu, *Aspecte privind modalitățile și procedura de comunicare a actelor de procedură potrivit noului Cod de procedură civilă*, publicat online la adresa http://inm-lex.ro/fisiere/d_175/Aspecte%20privind%20modalitatile%20si%20procedura%20de%20comunicare%20a%20actelor%20de%20procedura%20potrivit%20NCPC.pdf (ultima accesare 25.10.2021).

presupune nu numai o cerere expresă a părții interesate, ci și suportarea costurilor procedurii în cauză de către aceeași parte.

Avantajele utilizării acestei modalități de comunicare sunt evidente, având în vedere nu numai formalismul implicit al procedurii care trebuie să respecte cerințele de formă prevăzute de art. 154 și 163 C. pr. civ., dar și faptul că executorul însuși, prin oficialitatea funcției sale, asigură garanția unei corecte și eficiente îndepliniri a procedurii de comunicare.

Pentru a putea fi realizată comunicarea pe această cale, instanța trebuie să încuviințeze cererea părții formulată în condițiile art. 154 alin. (4) C. pr. civ. Poate fi ridicată însă întrebarea dacă instanța poate refuza o solicitare a părții în acest sens. Apreciem că numai considerente ce țin de aspecte obiective de fapt pot conduce la o soluție de respingere a cererii, mai cu seamă în situațiile în care durata de timp disponibilă între termenele acordate de instanță este prea scurtă pentru a permite sesizarea unui executor. Desigur, aceste aspecte trebuie apreciate în funcție de situația concretă, inclusiv din perspectiva specificului local, al încărcăturii instanțelor, dar și al eficienței sesizării executorului judecătoresc.

4.3. Introdusă în Codul de procedură civilă anterior prin modificarea din anul 2000, posibilitatea comunicării alternative, prin poștă cu confirmare de primire și alte mijloace care asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii, a dobândit o nouă valență în Codul de procedură civilă actual. Astfel, adăugând la ipotezele preexistente, actualul art. 154 alin. (5) teza a II-a permite și comunicarea prin intermediul serviciilor de curierat rapid, însă cu precizarea că trebuie să existe o cerere expresă a părții interesate, iar aceasta din urmă trebuie să suporte costurile acestei comunicări.

Potrivit dispoziției menționate, alin. (4) al art. 154 C. pr. civ. rămâne aplicabil, în sensul că serviciul de curierat trebuie să asigure transmiterea în plic închis, la care se atașează dovada de primire/procesul-verbal și înștiințarea prevăzute la art. 163 C. pr. civ..

Așa fiind, serviciile de curierat care refuză să completeze dovada de primire sau procesul verbal ori folosesc doar formularele proprii, ridică o problemă nouă cu privire la comunicarea actelor de procedură.

În realitate, refuzul serviciului de curierat de utilizare a formularelor impuse de instanță echivalează unei lipse totale a dovezii/procesului-verbal, adică unei imposibilități absolute de probare a realizării comunicării prin alte mijloace de probă.

Valoarea juridică a dovezii, respectiv a procesului-verbal, este aceea de mijloc de probă cu privire la îndeplinirea procedurii de comunicare, mijloc de probă care, ca regulă, nu poate fi combătut decât prin înscrierea în fals. Așadar, dacă acest mijloc de probă lipsește, partea care afirmă că nu a primit actul nu doar că nu va mai trebui să parcurgă o procedură anume în acest scop (precum înscrierea în fals), ci fie nu va fi nevoită să facă proba faptului negativ afirmat, fie va reveni părții adverse obligația de a produce o probă cu privire la efectivă comunicare a actului. Prin ipoteză, partea

adversă ar putea utiliza în acest scop recipisa întocmită de agentul serviciului de curierat (potrivit evidențelor proprii ale acesteia), însă această recipisă are regimul unui simplu înscris sub semnătură privată, ce poate fi combătut prin alte mijloace de probă.

Ca remarcă suplimentară, amintim că prima teză a dispoziției legale aplicabile pornește de la necesitatea unei cereri exprese a părții interesate și de la angajamentul acesteia de a suporta cheltuielile aferente acestei comunicări, aspecte care trebuie verificate de instanță prealabil dispunerii măsurii.

4.4. Discuții mai importante a adus însă modalitatea de citare a părții cu privire la care nu poate fi identificat domiciliul ori locul în care să poată fi legal citată, potrivit ipotezei cuprinse de art. 167. Potrivit acestor dispoziții, dacă reclamantul face dovada că nu a fost în măsură să identifice locul unde poate fi citat pârâtul, se procedează la citarea prin publicitate, care presupune, în plus față de modalitatea prevăzută de Codul de procedură civilă de la 1865 (afișare la ușa instanței, și, facultativ, și publicare în Monitorul Oficial ori într-un ziar central de largă răspândire) și publicarea pe portalul instanței, precum și desemnarea unui curator în condițiile art. 58 C. pr. civ. (pe cheltuiala reclamantului).

Dificultățile generate de aceste dispoziții nu au întârziat să apară.

În primul rând, referirea la „domiciliu” din cuprinsul alin. (1) și (2) ar lega aplicarea regulilor citării prin publicitate numai de partea care este o persoană fizică, nu și de persoanele juridice. În acest sens, menționăm Minuta întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor civile ale curților de apel și Înaltei Curți de Casație și Justiție, organizată la Curtea de Apel Iași în 7-8 mai 2015⁸. Potrivit acestui document, soluția îmbrățișată, în unanimitate, de participanții prezenți la întâlnire a fost în sensul că dispozițiile art. 167 C. pr. civ. privind citarea prin publicitate nu se aplică și persoanei juridice, pentru argumentele expuse în susținerea acestei opinii în punctul de vedere al INM. În opinia arătată se consideră că „*problema aplicării, prin analogie, a dispozițiilor art. 167 NCPC și persoanei juridice, cu consecința desemnării unui curator pentru reprezentarea legală în fața instanței, a făcut obiectul de dezbatere și cu ocazia întâlnirii președinților secțiilor civile, organizată la Craiova, în perioada 21- 22 martie 2014. Cu această ocazie, opinia îmbrățișată de majoritatea participanților prezenți la întâlnire a fost în sensul ca dispozițiile art. 167 NCPC să fie aplicate și persoanelor juridice, motivat de necesitatea respectării exigențelor dreptului la un proces echitabil și în cazul persoanei juridice, în componenta sa vizând asigurarea principiului contradictorialității, sub aspectul îndeplinirii legale a procedurii de citare.*

Opinia astfel conturată a avut în vedere și soluția conturată în practica judiciară, sub imperiul Codului de procedură civilă anterior, în ceea ce privește sfera de

⁸ Documentul este disponibil la adresa <http://inm-lex.ro/wp-content/uploads/2020/04/Intalnirea-presedintilor-sectiilor-civile-iasi-7-8-mai-2015-1.pdf> (ultima accesare - 13.10.2021), p. 33.

aplicare a dispozițiilor art. 95 alin. (1), dispoziții a căror formulare, la rândul lor, evoca explicit doar ipoteza persoanei fizice.

În sprijinul opiniei contrare, au fost însă aduse ca argumente:

– interpretarea strictă, gramaticală a dispozițiilor art. 167 NCPC, edictate în terminis pentru persoana fizică. Astfel, art. 167 alin. (1) NCPC face referire explicită la domiciliul pârâtului, în contextul în care noul Cod, atunci când a înțeles să ia în considerare ambele tipuri de subiecte de drept (persoana fizică și persoana juridică) apelează la sintagma „domiciliul” sau, după caz, „sediul”;

– interpretarea sistematică – art. 166 NCPC, care precede dispoziția privind citarea prin publicitate, face și el referire, în formularea sa, la incidente în materie de citare a persoanei fizice (spre exemplu, destinatarul actului nu mai locuiește în imobil);

– dispoziții din legislația extraprocesuală care vizează sediul persoanei juridice, respectiv art. 229 NCC, care dispune că stabilirea sau schimbarea sediului persoanei juridice pe altă cale decât aceea a efectuării mențiunilor corespunzătoare în registrele de evidență și publicitate nu poate fi opusă terților – ori, în cazul profesioniștilor supuși înregistrării în registrul comerțului, Legea nr. 26/1990 care, printre altele, cuprinde sancțiuni pentru cazul neefectuării mențiunilor privind schimbarea sediului, ceea ce face din schimbarea, în fapt, a sediului nu o simplă inabilitate/stângăcie a entității supuse înregistrării, ci o faptă ilicită.

În sprijinul acestei din urmă opinii a fost adus, cu ocazia unei conferințe privind aspecte de practică neunitară intervenite de la intrarea în vigoare a noului Cod civil și noului Cod de procedură civilă, organizată la INM, și un argument de natură practică, vizând dificultățile, mai ales sub aspectul costurilor (ce ajung să fie avansate în proces de către adversarul persoanei juridice pentru care s-ar aplica dispozițiile art. 167 NCPC) implicate de desemnarea, pentru o asemenea persoană juridică, a curatorului special’.

Pot fi formulate și rezerve cu privire la această interpretare. Principalul contraargument ține de motivarea primei opinii menționate în text, care se referă la aplicarea fără distincții a garanțiilor aferente dreptului la apărare, atât în cazul persoanelor fizice, cât și al celor juridice. Argumentele relative costurilor nu pot avea nici ele o greutate atât de mare încât să contribuie la respingerea interpretării contrare, întrucât aceste costuri sunt asumate, principial, de către reclamant încă de la debutul procesului, în scopul lămuririi situației raportului juridic litigios, cu posibilitatea recuperării ulterioare a acestor sume, în cadrul cheltuielilor de judecată.

Desigur, motivul legat de caracterul imperativ al reglementării mențiunilor referitoare la sediu în Registrul Comerțului este greu de repudiat. Acest argument ține însă de o reglementare cuprinsă într-o lege referitoare la organizarea persoanei juridice, care poate fi atenuată pe plan procesual prin invocarea garanțiilor aferente dreptului la apărare, recunoscut fără distincție tuturor subiectelor de drept.

În al doilea rând, s-a mai apreciat că referirea expresă la calitatea de reclamant, respectiv la cea de pârât, exclude situația în care pârâtul, chiar interesat să continue

judecata, pentru a obține o hotărâre favorabilă, ar putea să suporte costurile citării prin publicitate a reclamantului. În acest sens, trimitem tot la Minuta întâlnirii organizate în cadrul Curții de Apel Iași (a se vedea supra), potrivit căreia, „*în situația în care imposibilitatea de comunicare a actelor de procedură l-ar privi chiar pe reclamant (cum ar fi cazul demolării sau al faptului că imobilul a devenit de nelocuit), nu sunt aplicabile dispozițiile art. 166 NCPC, întrucât privesc cazul imposibilității de comunicare a actului de procedură către pârât, nici dispozițiile art. 167 NCPC privitoare la citarea prin publicitate, pentru argumentele sus-menționate, ci prevederile art. 172 NCPC, care au în vedere tocmai ipoteza schimbării locului citării reclamantului pe parcursul derulării procesului, fără să distingă după cum schimbarea este fortuită sau voluntară*”.

În fine, o problemă tangențială discuției de mai sus se referă la obligația suportării remunerației curatorului special desemnat în condițiile art. 167 C. pr. civ. Astfel, Codul nu pune în mod expres în sarcina unei părți anume suportarea acestei remunerații, întrucât art. 58 alin. (4) C. pr. civ. prevede că „remunerarea provizorie a curatorului astfel numit se fixează de instanță, prin încheiere, stabilindu-se totodată și modalitatea de plată. La cererea curatorului, odată cu încetarea calității sale, ținându-se seama de activitatea desfășurată, remunerația va putea fi majorată”. Cu toate acestea, potrivit art. 48 din O.U.G. nr. 80/2013, avansarea remunerației curatorului special numit de instanță în condițiile art. 58 și 167 C. pr. civ. este în sarcina persoanei ale cărei interese sunt ocrotite prin numirea curatorului. Conform alin. (2) al art. 48, instanța poate stabili, prin încheierea prevăzută de art. 58 alin. (4) C. pr. civ., ca avansarea remunerației curatorului să se facă de cealaltă parte, când o asemenea măsură este în interesul continuării procesului. Potrivit alin. (3), sumele avansate cu titlu de remunerație a curatorului special se includ în cheltuielile de judecată și vor fi puse în sarcina părții care pierde procesul. Așa cum remarcă și participanții la întâlnirea Președinților secțiilor civile ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel de la Timișoara (05-06 martie 2020)⁹, sunt aplicabile și dispozițiile art. 49 din O.U.G. nr. 80/2013, potrivit cărora, în mod excepțional, în cazuri urgente, care nu suferă amânare și dacă nici nu sunt îndeplinite condițiile pentru a proceda potrivit alin. (2), instanța va încuviința avansarea remunerației cuvenite curatorului special din bugetul statului. Sumele avansate din bugetul statului cu titlu de remunerație pentru curatorul special constituie cheltuieli judiciare și vor fi puse în sarcina părții care pierde procesul. Conform alin. (2), obligația de plată a cheltuielilor judiciare către stat constituie creanță fiscală. Dispozitivul hotărârii, cuprinzând obligația de plată către stat a sumelor avansate din bugetul statului, constituie titlu executoriu și se comunică de îndată organelor competente. Dacă partea ocrotită prin numirea curatorului a pierdut procesul și este lipsită de venituri sau face parte dintr-o categorie pentru care legea prevede acordarea asistenței

⁹ Minuta este disponibilă la adresa <http://inm-lex.ro/wp-content/uploads/2020/03/Minuta-intalnire-civil-Timisoara-5-6-martie-2020.pdf> (ultima accesare la 13.10.2021).

juridice gratuite, sumele avansate din bugetul statului rămân în sarcina acestuia. Aceste dispoziții pot fi utilizate pentru a pune în sarcina reclamantului remunerația curatorului, fără riscul ca acesta să invoce lipsa resurselor pentru a nu se conforma, împiedicând astfel continuarea judecății.

4.5. Probabil cea mai recentă și cea mai utilă extindere a modalităților de comunicare a actelor este reprezentată de posibilitatea prevăzută de alin. (6) al art. 154 C. pr. civ., mai cu seamă în urma modificării operate de Legea nr. 310/2018, respectiv comunicarea prin telefax, poștă electronică sau prin alte mijloace ce asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia. Anterior acestei ultime schimbări de optică legislativă, Codul prevedea că dovada comunicării pe calea mijloacelor electronice amintite se face printr-un formular, care trebuia transmis odată cu actul de procedură, completat de parte cu mențiunile privind primirea și retransmis instanței.

Această variantă de confirmare a primirii s-a dovedit însă dificil de obținut și chiar generatoare de dificultăți practice.

Așadar, soluția oferită de Legea nr. 310/2018 (prin introducerea la art. 154 a alin. (6)¹⁾ - citațiile și celelalte acte de procedură menționate la alin. (6) se consideră comunicate la momentul la care au primit mesaj din partea sistemului folosit că au ajuns la destinatar potrivit datelor furnizate de acesta) a obligat, pe de o parte, instanțele la o accelerare a procesului de digitalizare a procedurii, iar pe de altă parte a mutat valoarea probatorie anterior atribuită formularului unui mesaj automat, pe care nici instanța și nici părțile nu îl pot controla.

Din perspectiva posibilităților tehnice, trebuie remarcat faptul că modificarea operată de Legea nr. 310/2018 nu a necesitat prea mult timp pentru implementare. Au fost dezvoltate mai multe variante de aplicații informatice, respectiv:

„a) un sistem dezvoltat de specialiști IT din cadrul Tribunalului Arad (aplicabil la Înalta Curte de Casație și Justiție, Curtea de Apel Oradea, Curtea de Apel București, Tribunalul București și alte instanțe), (...)

b) un sistem dezvoltat de specialiștii IT ai Curții de Apel Cluj (aplicabil la Curtea de Apel Cluj)¹⁰⁾.

De asemenea, este semnalată și o aplicație dezvoltată de Tribunalul Argeș, în același scop¹¹⁾.

¹⁰⁾ Cele două sisteme sunt descrise complet și comprehensiv, din punct de vedere tehnic și juridic, în lucrarea „Citarea și comunicarea actelor de procedură prin e-mail în materie civilă” – articol de Claudiu DRĂGUȘIN, Cosmin STEREA-GROSSU, publicat online la adresa <https://www.juridice.ro/704118/citarea-si-comunicarea-actelor-de-procedura-prin-email-in-materie-civila.html> (ultima accesare la 13.10.2021).

¹¹⁾ A se vedea „Citarea și comunicarea actelor de procedură prin e-mail în materie civilă (2) – sistemul EDC creat la Tribunalul Argeș”- articol de Claudiu DRĂGUȘIN, Cosmin STEREA-GROSSU,

Toate aceste variante informatice prezintă și neajunsuri. Amintim, cu titlu de exemplu, două situații practice. Pe de o parte, situații des invocate sunt cele care țin de nefuncționarea sistemului informatic de comunicare, care presupun neajungerea la adresa de poștă electronică a părții a mesajului transmis de instanță¹². Deși legea prevede că dovada se face cu mesajul generat automat de aplicație privind ajungerea la destinatar, această dovadă nu poate fi una absolută, irefragabilă. În acord cu autorii citați, apreciem că instanțele trebuie să accepte și probe contrare, în special prin obținerea de relații scrise de la administratorul tehnic al echipamentului informatic care a realizat transmiterea, dar și prin eventuala recurgere la expertiza informatică.

O altă situație practică privește cazul în care partea, deși primește mesajul inițiat de instanță, susține că în conținutul acestui mesaj nu se regăsea niciun act. Și în acest caz, deși raportul generat de aplicație conține mențiuni referitoare la atașamentele comunicate pe această cale, mențiunile în cauză pot fi contestate de parte, iar modalitatea de soluționare a acestui incident ține tot de probarea acestor împrejurări. În mod similar, aceleași mijloace de probă, amintite și pentru ipoteza anterioară (adresa de relații sau expertiza informatică) pot fi utilizate de instanță.

O altă problemă mai degrabă referitoare la aplicarea normelor de procedură propriu-zise este cea legată de posibilitatea instanței de a recurge la această modalitate de comunicare în ipoteza în care nu este limpede dacă partea a intenționat să permită o astfel de modalitate.

Potrivit art. 154 alin. (6) teza întâi C. pr. civ., legea cere ca, anterior citării, partea să fi indicat instanței datele corespunzătoare **în acest scop**. Dacă manifestările exprese ale părților (solicitățile în scris sau orale cu privire la această modalitate de comunicare, cu indicarea adresei de e-mail sau a coordonatelor tehnice necesare) nu ridică probleme, ceea ce se poate interpreta sunt situațiile apreciate drept echivoce, cum ar fi cea privind menționarea tangențială (de ex., prin antetul aplicat pe cerere) a adresei de poștă electronică a părții sau a reprezentantului acesteia.

În acord cu opiniile exprimate în doctrină¹³, apreciem că manifestarea de voință a părții cu privire la indicarea adresei de corespondență electronică sau a altor date

publicat online la adresa <https://www.juridice.ro/730439/citarea-si-comunicarea-actelor-de-procedura-prin-e-mail-in-materie-civila-2-sistemul-edc-creat-la-tribunalul-arghes.html> (ultima accesare la 13.10.2021).

¹² Așa cum remarcă autorii menționați la notele anterioare (*supra*, nr. 10 și 11), partea are obligația de a supraveghea și secțiunile de „spam” sau „junk” ale căsuței poștale electronice privind primirea mesajului de la instanță, fără a putea invoca drept motiv de nelegalitate a procedurii de citare neidentificarea mesajului în cadrul acestor secțiuni.

¹³ G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, ed. a V-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2020, p. 348, nota de subsol nr. 2. În același sens, a se vedea și N.-H. Țiț, *Considerații cu privire la comunicarea prin e-mail a actelor de procedură în procesul civil*, disponibil la adresa http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2020/2020_i_bis/13_t_it_acte_de_procedura.pdf (ultima accesare la 13.10.2021).

În ce privește articolul menționat *supra*, la nota de subsol nr. 10, remarcăm faptul că autorii arată că „atunci când o instituție (și includem aici și pe avocat) își prezintă adresa de corespondență prin e-mail către orice entitate, cu atât mai mult instanței, se poate considera că este generată măcar

similare trebuie să fie neechivocă, aceasta neputând fi dedusă din indicarea datelor, de exemplu, în antetul sau subsolul cererii. De asemenea, posibilitatea tehnică pusă la dispoziție de unele instanțe, de consultare a actelor dosarului în format electronic (de regulă, prin coduri unice de acces transmise tot pe cale electronică) nu trebuie confundată cu comunicarea actelor prin modalitățile arătate. Codul nu reglementează vreo obligație pentru instanțe sau pentru părți de a recurge la aplicația de dosar electronic pentru a înlocui procedura obișnuită (așa cum se întâmplă în cazul comunicării actelor, potrivit art. 154 alin. (6) C. pr. civ.), iar furnizarea adresei de e-mail de către o parte pentru a obține codul de acces la aplicație nu poate fi considerată în sine drept o manifestare neechivocă, care să fie extinsă și în vederea comunicării actelor prin intermediul poștei electronice.

Alternativ, trebuie remarcat și faptul că, potrivit Înaltei Curți de Casație și Justiție, „recurgerea la comunicarea actelor de procedură prin intermediul acestor mijloace moderne poate avea loc numai cu acordul părții, din moment ce partea trebuie să indice datele necesare în acest scop [art. 154 alin. (6) C. pr. civ.]. Indicarea datelor unor asemenea mijloace nu este obligatorie, însă menționarea lor lasă a se presupune voința părții de a-i fi comunicate actele de procedură în această modalitate.” (par. 85 al Deciziei Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept nr. 34/2016, publicată în M. Of. nr. 18 din 09 ianuarie 2017).

Desigur, așa cum s-a observat în practică, dacă partea formulează o cerere (olografă sau pe un formular pus la dispoziție de instanță) în care menționează adresa de e-mail solicitând expres atât accesul în aplicația dosarului electronic, cât și comunicarea actelor prin intermediul poștei electronice, nu se mai pune problema echivocului, iar solicitarea părții trebuie avută în vedere de instanță pentru ambele aspecte menționate.

În fine, aceste noi dispoziții legale trebuie corelate și altor dispoziții ale Codului. Așa cum s-a remarcat în doctrină¹⁴, nu este recomandabilă utilizarea poștei electronice și pentru comunicarea hotărârii judecătorești. Efectele acestei comunicări sunt relevante mai ales sub aspectul exercitării căilor de atac, respectiv al definitivării hotărârii și dobândirii caracterului executoriu.

o prezumție simplă în sensul că această instituție se așteaptă să fie contactată în respectiva manieră electronică”. Această interpretare nu poate fi repudiată, cel puțin pentru argumentul redat subsecvent de către autori, în sensul că o astfel de menționare a adresei de corespondență electronică nu ar avea alt scop logic decât utilizarea ei în vederea comunicării actelor de procedură pe această cale (cel puțin până la proba contrară).

¹⁴ *Comentarii asupra modificării noului Cod de procedură civilă prin Legea nr. 310/2018. Între dorința de funcționalitate și tendința de restaurație* – Traian Cornel Briciu (coord.), Mirela Stancu, Claudiu Constantin Dinu, Liviu-Gheorghe Zidaru, Paul Pop, disponibil la adresa <https://www.juridice.ro/essentials/2901/comentarii-asupra-modificarii-noului-cod-de-procedura-civila-prin-legea-nr-310-2018-intre-dorinta-de-funcionalitate-si-tendinta-de-restauratie> (ultima accesare la 13.10.2021).

Totodată, trebuie avută în vedere jurisprudența¹⁵ în materia citării dezvoltată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, care recomandă ca, în caz de dubiu privind efectivitatea căii de comunicare alese, instanța să ofere remedii, de exemplu prin reluarea procedurii de citare/comunicare.

O mențiune aparte se impune a fi făcută cu privire la posibila confuzie între comunicarea actelor de procedură prin e-mail și transpunerea aceluiași acte în aplicația utilizată de unele instanțe pentru gestionarea dosarului electronic. De exemplu, dacă o parte depune înainte de termenul de judecată un set de înscrisuri (prin poștă), cu exemplare suficiente pentru a fi comunicate părții adverse, instanța va proceda la scanarea înscrisurilor și salvarea datelor în dosarul electronic (dacă această instanță are implementată aplicația corespunzătoare). La termenul de judecată, dacă părții adverse nu i s-a comunicat exemplarul propriu din setul de înscrisuri și aceasta solicită termen pentru a lua cunoștință de aceste înscrisuri și eventual, pentru a propune o contraprobă, nu i se poate respinge această solicitare pe motiv că putea lua cunoștință de înscrisuri de la dosarul electronic. Nici în ipoteza în care există dovezi că partea care cere amânarea chiar a accesat dosarul electronic și a putut vizualiza înscrisurile scanate, apreciem că nu îi poate fi respinsă de plano solicitarea. Avem în vedere faptul că, *de lege lata*, nu numai că partea nu are obligația de a lua cunoștință actele și faptele petrecute între termene prin mijloace proprii (mai cu seamă atunci când legea – în acest caz art. 14, art. 150, art. 194, art. 205, art. 209 C. pr. civ. – se referă la necesitatea comunicării înscrisurilor propuse de părți ca probe), dar nici nu există o reglementare a dosarului electronic ca modalitate de gestionare a activității de judecată a instanței.

Firește, se poate susține, în contrapondere, că tehnologia din spatele dosarului electronic poate conduce la dovedirea unei rele-credințe a părții. De exemplu, dacă aplicația informatică confirmă faptul că partea care solicită amânarea cauzei, în ipoteza de mai sus, a accesat cu suficiente zile înainte de termenul de judecată documentele dosarului, fiind evident că a vizualizat și înscrisurile depuse de adversar, instanța ar putea aprecia că cererea de amânare este formulată cu rea-credință. Totodată, ar putea fi invocată obligația părților de a urmări desfășurarea procesului, pentru finalizarea acestuia (art. 10 C. pr. civ.).

Cu toate acestea, trebuie remarcată distincția între noțiunile de „comunicare”, respectiv „luare la cunoștință”. Dacă în general Codul se referă la comunicarea actelor de procedură, sunt reglementate doar câteva situații în care poate fi luată în calcul și ipoteza cunoașterii actelor de procedură (pe alte căi decât prin comunicarea de către instanță). Avem în vedere dispozițiile art. 511 alin. (1) pct. 3, 4, 6 și 7 C. pr. civ., care reglementează curgerea termenului de introducere a cererii de revizuire pentru anumite cazuri de revizuire¹⁶.

¹⁵ *Raisa Shipping S.R.L. împotriva României*, traducere publicată în M. Of. nr. 190 din 18 martie 2014; *Timar și alții împotriva României*, traducere publicată în M. Of. nr. 577 din 19 iulie 2017.

¹⁶ Art. 511 alin. (1) C. pr. civ. – Termenul de revizuire este de o lună și se va socoti:

Așadar, existând această distincție între termenii utilizați de legiuitor, apreciem că ori de câte ori se impunea comunicarea unui act de procedură, această obligație nu poate fi înlocuită prin posibilitatea părții de a cunoaște actul respectiv pe alte căi (inclusiv prin consultarea dosarului electronic), cu excepția cazurilor în care legea permite în mod expres acest lucru.

5. Modificări și tendințe generate de situația de urgență

Prin Decretul nr. 195/2020 privind instituirea stării de urgență pe teritoriul României¹⁷, la art. 42 din Anexa nr. 1 s-a dispus cu titlu imperativ că „pe durata stării de urgență, activitatea de judecată continuă în cauzele de urgență deosebită. Lista acestor cauze se stabilește de Colegiul de conducere al Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru cauzele de competența acesteia și, respectiv, de colegiile de conducere ale curților de apel pentru cauzele de competența lor și pentru cauzele de competența instanțelor care funcționează în circumscripția lor teritorială, putând fi, după împrejurări, actualizată. Consiliul Superior al Magistraturii dă îndrumări, în vederea asigurării unei practici unitare, colegiilor de conducere ale instanțelor menționate cu privire la modul de stabilire a cauzelor care se judecă pe durata stării de urgență” [alin. (1)].

Prin alin. (3) al aceluiași articol s-a dispus ca, „în procesele prevăzute la alin. (1), când este posibil, instanțele judecătorești dispun măsurile necesare pentru desfășurarea ședinței de judecată prin videoconferință și procedează la comunicarea actelor

(...)3. în cazurile prevăzute la art. 509 alin. (1) pct. 3, din ziua în care **partea a luat cunoștință de hotărârea** instanței penale de condamnare a judecătorului, martorului sau expertului ori de hotărârea care a declarat fals înscrisul, dar nu mai târziu de un an de la data rămânerii definitive a hotărârii penale. În lipsa unei astfel de hotărâri, termenul curge de la data când partea a luat cunoștință de împrejurările pentru care constatarea infracțiunii nu se mai poate face printr-o hotărâre penală, dar nu mai târziu de 3 ani de la data producerii acestora;

4. în cazul prevăzut la art. 509 alin. (1) pct. 4, din ziua în care partea **a luat cunoștință de hotărârea** prin care a fost sancționat disciplinar definitiv judecătorul, dar nu mai târziu de un an de la data rămânerii definitive a hotărârii de sancționare disciplinară;

(...)

6. în cazul prevăzut la art. 509 alin. (1) pct. 6, din ziua în care partea **a luat cunoștință de casarea, anularea sau schimbarea hotărârii** pe care s-a întemeiat hotărârea a cărei revizuire se cere, dar nu mai târziu de un an de la data rămânerii definitive a hotărârii de casare, anulare sau schimbare;

7. în cazurile prevăzute la art. 509 alin. (1) pct. 7, din ziua în care statul ori altă persoană de drept public **a luat cunoștință de hotărâre**, dar nu mai târziu de un an de la data rămânerii definitive a acesteia; în cazul minorilor, persoanelor puse sub interdicție judecătorească sau sub curatelă termenul de revizuire este de 6 luni de la data la care cel interesat **a luat cunoștință de hotărâre**, dar nu mai târziu de un an de la dobândirea capacității depline de exercițiu sau, după caz, de la înlocuirea tutorelui persoanei puse sub interdicție, de la încetarea curatei ori înlocuirea curatorului (...).”

¹⁷ Publicat în M. Of. nr. 212 din 16 martie 2020.

de procedură prin telefax, poștă electronică sau prin alte mijloace ce asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia”.

Ulterior, prin Decretul nr. 240/2020 privind prelungirea stării de urgență pe teritoriul României¹⁸, la art. 63 alin. (1) și (3) ale Anexei nr. 1 au fost reluate dispozițiile citate anterior. Suplimentar, la alin. 6 al aceluiași articol s-a precizat că „(atunci) când este posibil, cererile de chemare în judecată, căile de atac, precum și orice alte acte de procedură adresate instanței, pentru care legea prevede condiția formei scrise și care nu se depun direct în ședință, se transmit prin mijloace electronice”.

Cu alte cuvinte, situația specială intervenită în perioada aplicării acestor decrete (15 martie – 15 mai 2020) a impus ca instanțele și părțile să acorde preferință acestor căi de comunicare la distanță.

În acest context, chiar și după încetarea stării de urgență, a devenit deosebit de relevantă interpretarea dată de Înalta Curte de Casație și Justiție dispozițiilor legale referitoare la semnarea cererii de chemare în judecată, cuprinsă într-o hotărâre dată în recurs, respectiv Decizia nr. 1113 din 20 mai 2021 a Secției I civile¹⁹. Potrivit acestei decizii, *„în situația în care o parte înțelege să transmită instanței cereri în format electronic, este necesară existența semnăturii scanate a semnatarului, având în vedere dispozițiile speciale prevăzute de Legea nr. 455/2001, act normativ care stabilește regimul juridic al semnăturii electronice și al înscrisurilor în formă electronică, precum și condițiile furnizării de servicii de certificare a semnăturilor electronice.*

În asemenea cazuri, semnătura digitală conectează identitatea electronică a semnatarului cu documentul digital, neputând fi copiată de pe un document digital pe altul, fapt ce conferă documentului autenticitate (atestă faptul că documentul aparține persoanei semnatare, iar autorul documentului nu își poate declina răspunderea pentru conținutul documentului cu semnătură electronică validă).

Astfel fiind, partea recurentă avea posibilitatea, fie de a transmite prin e-mail cererea de recurs, care să aibă atașată o semnătură electronică validă, în condițiile legii speciale anterior menționate, fie avea posibilitatea de a expedia prin poștă un exemplar al cererii formulate, care să poarte semnătura sa olografă. În lipsa semnăturii părții, o atare cerere, privată de unul dintre elementele necesare și esențiale pentru asigurarea unei minime discipline procesuale, nu poate determina o legală învestire a instanței de judecată”.

În fine, așa cum pertinent a fost remarcat în doctrină²⁰, *„dispozițiile Codului de procedură civilă modificate prin Legea nr. 310/2018 se aplică numai în procesele și executările silite începute după data intrării în vigoare a acestui act normativ. Prin urmare, în cazul comunicării citațiilor și altor acte de procedură, efectuate după data intrării în vigoare a acestei legi, însă în procese sau executări silite care se aflau pe rol la momentul respectiv, vor fi aplicabile, în continuare, dispozițiile anterioare ale*

¹⁸ Publicat în M. Of. nr. 311 din 14 aprilie 2020.

¹⁹ Hotărârea este disponibilă la adresa <https://www.scj.ro/1093/Detaili-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=178511> (ultima accesare la 25.10.2021).

²⁰ N.-H. Țiț, *op. cit.*, p. 207.

art. 154 alin. (6) C. pr. civ., adică dovada îndeplinirii procedurii nu se va putea face decât cu formularul de confirmare completat de parte și transmis către instanță”.

Transpunând această discuție în privința aplicării Decretului nr. 195/2020, respectiv Decretului nr. 240/2020, modalitatea de comunicare a actelor de procedură sugerată de aceste dispoziții speciale se poate realiza în procesele pornite după intrarea în vigoare a actualului Cod de procedură civilă. În privința proceselor pornite în regimul Codului anterior, apreciem că poate fi acceptată această modalitate de comunicare cel mult pentru dosarele începute după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 138/2000 pentru modificarea și completarea Codului de procedură civilă²¹ (după 02 octombrie 2000), întrucât acest act normativ a introdus ca modalitate alternativă de comunicare a actelor „alte mijloace ce asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia”. Această limitare privind aplicarea în timp privește însă doar comunicarea actelor de către instanță părților, iar nu situația în care părțile comunică instanței cereri în format electronic, această posibilitate nefiind limitată în mod explicit ori implicit în legislația procesuală anterioară.

Legea nr. 114/2021 privind unele măsuri în domeniul justiției în contextul pandemiei de COVID-19²² a preluat mare parte din măsurile anterior dispuse prin Decretele amintite, inclusiv, la art. 5 alin. (1), faptul că recomandă ca, atunci când este posibil, ca instanțele judecătorești să procedeze la comunicarea actelor de procedură prin telefax, poștă electronică sau prin alte mijloace ce asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia. Potrivit aceleiași norme, instanța va putea, în tot cursul procesului, să solicite părților datele necesare pentru comunicarea actelor de procedură în aceleași condiții.

Potrivit alin. (3) al art. 5, cu titlu de noutate, legea amintită prevede că, atunci când este posibil, părțile vor fi înștiințate telefonic, prin e-mail sau prin alte asemenea mijloace ce asigură transmiterea înștiințării și confirmarea primirii acesteia **despre pronunțarea hotărârilor judecătorești prin modalitățile prevăzute de lege**. Dispozițiile privind comunicarea hotărârilor judecătorești, potrivit legii, rămân aplicabile. Așadar, grație acestei din urmă dispoziții, doar pronunțarea hotărârii va putea face obiectul comunicării, fără a se menționa actul concret de procedură în care va fi cuprinsă înștiințarea.

În opinia noastră, dacă înștiințarea se face prin telefon, se va întocmi și depune la dosar referatul întocmită de greșierul care a realizat comunicarea (de regulă, greșierul de ședință ori alt greșier desemnat de către președintele completului) potrivit art. 241 alin. (3) C. pr. civ. Desigur, potrivit textului legal citat, doar faptul pronunțării va face obiectul comunicării, iar nu și soluția propriu-zisă. Nici această lege și nici Codul de procedură civilă nu obligă instanța să comunice părții conținutul minutei. Desigur, nu există nici vreo interdicție în acest sens, ceea ce înseamnă că instanța poate proceda și la comunicarea conținutului minutei. Totodată, sintagma „punerea soluției

²¹ Publicată în M. Of. nr. 479 din 02 octombrie 2000.

²² Publicată în M. Of. nr. 457 din 29 aprilie 2021.

la dispoziția părților de către grefa instanței” pare să încurajeze comunicarea și cu privire la conținutul soluției, nefiind exclusă comunicarea de către grefă prin mijloace de comunicare la distanță. Cu toate acestea, pentru că această comunicare, direct către parte, nu echivalează pronunțării, considerăm că faptul înștiințării părții, prin telefon, cu privire la soluția pronunțată, nu poate fi decât ulterioară pronunțării pe celelalte căi prevăzute de lege²³.

Dacă se realizează prin telefax sau e-mail, problema dovezii înștiințării se va rezolva în aceeași modalitate ca și în cazul comunicării citațiilor în această modalitate. Mesajul de confirmare automat generat de sistemul de transmitere utilizat de instanță va face dovada înștiințării privind pronunțarea. Și în acest caz, dacă este posibil și dacă judecătorul dispune, înștiințarea va putea cuprinde și soluția pronunțată, în condițiile arătate mai sus.

În fine, apreciem că varianta comunicării conținutului minutei trebuie adoptată cu rezervă. În primul rând, apreciem că este necesară o solicitare expresă a părții sau părților în acest sens, consemnată în încheierea de ședință sau formulată în scris (și transmisă inclusiv prin mijloace de comunicare la distanță), încuviințată în prealabil de către președintele completului de judecată. În al doilea rând, precauția la care făceam referire este necesară pentru a preveni erorile. Întrucât pronunțarea se realizează oricum și prin publicarea minutei pe portalul instanței²⁴, părțile au oricum acces la ea în scurt timp²⁵ și interesele nu le-ar putea fi iremediabil vătamate. De asemenea, în situația pronunțării instanței cu privire la mai multe cauze, se pot ivi erori (de ex., grefierul comunică din eroare conținutul minutei din alt dosar, eventual cu o soluție diametral opusă), care pot atrage consecințe grave pentru părți.

Ca o concluzie a prezentei secțiuni, dar și a subsecțiunii imediat precedente, remarcăm faptul că aceste modalități de comunicare la distanță au fost adăugate alternativelor deja existente. Caracterul alternativ este dublat de natura de recomandare a dispozițiilor din decretele referitoare la starea de urgență și de Legea nr. 114/2021. În consecință, părțile nu se pot prevala de un drept la comunicarea actelor exclusiv pe această cale.

Cu alte cuvinte, dacă partea solicită comunicarea actelor pe una dintre aceste căi (telefax, e-mail, pentru unele situații telefon) și indică datele necesare în acest sens, dacă totuși instanța comunică actele în modalitatea de drept comun, adică prin poștă,

²³ Ne referim la dispozițiile art. 125 alin. (4) din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor, adoptat prin Hotărârea Consiliului Superior al Magistraturii nr. 1375/2015 (publicată în M. Of. nr. 970 din 28 decembrie 2015), care se referă la „transcrierea în sistem informatizat” a soluției. Totodată, avem în vedere și pronunțarea în ședință publică, potrivit art. 402 teza I C. pr. civ.

²⁴ www.portal.just.ro.

²⁵ Doar în cazuri urgente practica recunoaște posibilitatea comunicării minutei către părți, chiar dacă legea nu prevede expres acest lucru. Avem în vedere exemplul ordonanțelor președințiale pentru suplینirea acordului unuia dintre părinți în vederea părăsirii temporare a țării de către minor împreună cu celălalt părinte, în ipoteza în care soluția este dată cu puțin timp înainte de momentul preconizat al plecării.

partea nu va putea invoca nelegala comunicare doar prin raportare la modalitatea utilizată. Altfel spus, doar lipsa dovezii de comunicare sau dovada realizată în mod incorect sau incomplet, indiferent de modalitatea de comunicare a actelor, poate fi opusă instanței și părții adverse ca nelegală comunicare, nu și utilizarea unei modalități alternative de comunicare, preferată de parte.

Nici ipoteza inversă nu poate fi primită. Odată ce partea a furnizat datele necesare în vederea comunicării prin mijloace la distanță (în mod neechivoc), nu se poate plânde de faptul că instanța a utilizat această variantă de comunicare în locul celei prin poștă. În mod evident, dispozițiile art. 172 C. pr. civ. rămân aplicabile și cu privire la modalitățile de citare alternative. Chiar dacă textul se referă la „locul unde a fost citată”, această sintagmă nu trebuie interpretată în sensul fizic, ci poate fi extinsă și la coordonatele de comunicare prin telefax, telefon sau e-mail. Prin urmare, orice modificare intervenită cu privire la aceste date de contact, dacă au fost furnizate instanței anterior pentru a fi utilizate în comunicare, nu va putea fi opusă instanței și părții adverse, cu excepția cazului în care a fost adusă la cunoștința acestora, prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire. Credem că nu poate fi acceptată comunicarea pe alte căi a acestor modificări, întrucât problema dovedirii comunicării de către parte a unei astfel de notificări pe alte căi (prin e-mail, telefax, dacă partea adversă le-a furnizat în dosar) ar fi una care ar putea provoca discuții. Dovada de comunicare prin mesajul automat generat de sistemul utilizat pentru comunicare este credibilă dacă provine de la instanță, având în vedere garanțiile suplimentare privind securitatea tehnică a mijloacelor folosite. Nu același lucru se poate spune și despre mijloacele utilizate de părți. Mai mult, întrucât redactarea art. 172 se referă în mod expres la scrisoarea recomandată cu confirmare de primire, în condițiile în care legiuitorul era conștient, la momentul redactării normei, de alternativele de comunicare, este de presupus că limitarea prevăzută de acest articol este una intenționată și imperativă. O eventuală flexibilizare a normei ar putea face obiectul unei intervenții legislative, legea neputând fi extinsă prin interpretare, în acest caz.

6. Concluzii

Acest parcurs al reglementării privind modalitățile de comunicare a actelor de procedură reflectă, poate mai bine decât orice altă instituție a procedurii civile, evoluția societății în general și evoluția dreptului românesc în special. Cum dreptul este o disciplină ale cărei rădăcini sunt adânc fixate în societatea care îl creează, el nu poate ignora starea acestei societăți.

Modernizarea mijloacelor de comunicare, strâns legată de nivelul de dezvoltare a societății, impune o modernizare a procesului civil. Deși mare parte din populație se poate plânde de lipsa unei conexiuni de internet, perspectiva extinderii comunicațiilor pe această cale este una certă și nu poate decât să încurajeze mutarea în mediul virtual a cât mai multe componente ale procesului civil. Comunicarea actelor de procedură a fost prima instituție care a făcut pasul către mediul online, urmând

îndeaproape crearea dosarului electronic și desfășurarea procesului prin teleconferință.

Deși cunoscute și anticipate de ceva vreme, aceste mijloace electronice de comunicare și transmitere a informațiilor au dobândit o utilizare mai intensă datorită intervenirii stării de urgență pe teritoriul României, în intervalul martie – mai 2020.

Prefigurând cele ce vor succeda, credem că dosarul electronic, tot mai extins ca utilizare, va primi propria reglementare și va acapara, din ce în ce mai mult, modalitatea în care părțile și toți ceilalți participanți interacționează cu instanța. Dacă acum câțiva ani era de neconceput ca instanța să pună expertului judiciar în vedere să ia cunoștință conținutul dosarului prin aplicația online de gestionare a dosarului electronic, acum această practică este una normală în multe instanțe. Cel mai probabil, pe măsură ce mijloacele tehnice vor fi mai extinse și mai sigure, comunicarea se va orienta preponderent spre vizualizarea actelor în dosarul electronic. Firește, noile tehnologii aduc cu ele pericole noi (mai ales atacurile cibernetice și pierderea de informație), însă în mod reconfortant alternativele „clasice” de comunicare vor fi mereu apte să asigure respectarea tuturor garanțiilor procesului echitabil, desfășurat în bune condiții.

Modelele oferite de state europene²⁶ mai avansate din perspectiva informatizării procesului civil sunt mai mult decât edificatoare cu privire la succesul acestor tehnologii. Și Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat drept mijloace eficiente de aducere la cunoștința publicului a măsurilor dispuse de instanță publicarea soluțiilor pe site-ul de internet al instanței (hotărârea din 17.12.2013 în cauza *Nikolova și Vandova împotriva Bulgariei*²⁷, cererea nr. 20688/04). De altfel, accesul la jurisprudența instanțelor europene în cadrul mecanismelor de cooperare este de asemenea posibil prin internet.

Comunicarea prin mijloace electronice și, complementar, dosarul electronic, vor avea și aptitudinea de a transparentiza actul de justiție și de a scurta termenele de soluționare a cauzelor, însă numai cu condiția unei siguranțe depline a accesului la acte pentru părți și pentru participanții a căror calitate este recunoscută de instanță. În definitiv, încrederea pe care societatea în ansamblu o va acorda acestei orientări spre tehnologie a procesului civil reflectă încrederea societății în aceste mijloace tehnice în general.

²⁶ Amintim, doar cu titlu de exemplu, faptul că reglementări similare privind comunicarea actelor prin mijloace de comunicare electronice se regăsesc în Codul de procedură civilă al Franței (art. 748); în legislația Italiei (art. 16 alin. (4) din Decretul nr. 179/2012) – cu mențiunea că în această țară comunicarea prin mijloace electronice reprezintă acum regula, iar numai dacă nu este posibilă se recurge la comunicarea prin poștă sau agenți ai instanței; în Spania art. 273 alin. (3) C. pr. civ. obligă toți avocații și profesioniștii care activează în sfera juridică să utilizeze o platformă online prin care se transmit și comunicările instanței; în legislația Portugaliei (art. 172 C. pr. civ.); variații ale acestor sisteme se regăsesc în majoritatea celorlalte state europene.

²⁷ Disponibilă în limba franceză la adresa <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139270> și în limba engleză la adresa <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139773>, accesate ultima dată la 25.10.2021.

REGIMUL JURIDIC AL CĂILOR DE ATAC ÎN MATERIA CERERILOR DE INTERVENȚIE

George-Bogdan IONIȚĂ

Școala Doctorală a Facultății de Drept din Craiova

Domeniul de doctorat: Drept procesual civil

Conducător de doctorat: prof. univ. dr. Daniel Ghiță

Abstract

This research aims to address a topic of great doctrinal interest but also of great practical interest given the importance and role of third parties involved in the trial. The research will follow the realization of an analysis in the hypothesis of exercising the remedies provided in art. 64 para. (3) and (4) C. pr. civ., thus highlighting aspects such as the amendments brought by Law 310/2018, the existence of the condition of the third party's interest to formulate an appeal or the reasons that can be used by the third party through the appeal. Another important aspect of the research will be focused on the analysis of the main remedies regulated by the Code of Civil Procedure, from the perspective of subjects who can formulate an appeal with reference to the situation of third parties (subsequent to the moment of admissibility in principle). When elaborating the study, topical works from the doctrine specific to the civil procedural law were taken into account, such as the updated legislation but also the relevant judicial practice in the matter.

Keywords: *third party interveners, voluntary intervention, forced intervention, retraction appeal, reform appeal.*

Exercitarea căilor de atac în procedura admisibilității în principiu

În ceea ce privește regimul juridic al căilor de în procedura admisibilității în principiu a cererii de intervenție aceasta este reglementată de art. 64 alin. (3) și (4) C. pr. civ. Astfel, „*instanța de judecată va comunica părților cererea de intervenție și copii de pe înscrisurile care o însoțesc iar ulterior terțul intervenient precum și părțile vor fi ascultate referitor la admisibilitatea cererii de intervenție formulate, urmând ca instanța de judecată să se pronunțe printr-o încheiere motivată. Încheierea*

¹ A se vedea art. 64 alin. (1)-(2) C. pr. civ. Conform art. 235 teza a II-a C. pr. civ., sunt încheieri interlocutorii acelea prin care, fără a se hotărî în totul asupra procesului, se soluționează excepții procesuale, incidente procedurale ori alte chestiuni litigioase. Pentru completări ulterioare a se

pronunțată de instanță nu se poate ataca decât odată cu fondul. În cazul admiterii căii de atac exercitate împotriva încheierii prin care instanța a respins ca inadmisibilă cererea de intervenție, hotărârea pronunțată este desființată de drept, iar cauza se va rejudeca de instanța în fața căreia s-a formulat cererea de intervenție de la momentul discutării admisibilității în principiu acesteia”.

Această nouă optică legiuitorului a fost transpusă prin intermediul legii 310/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă precum și pentru modificarea și completarea altor acte normative², conform art. 1 pct. 3, care modifică în totalitate soluția consacrată inițial în actualul cod de procedură civilă referitoare la regimul căilor de atac în procedura admisibilității în principiu a cererilor de intervenție³.

Astfel, în varianta inițială, anterioară intrării în vigoare a Legii nr. 310/2018, se adoptase soluția prin care „încheierea de admitere în principiu nu se poate ataca decât odată cu fondul iar încheierea de respingere ca inadmisibilă a cererii de intervenție poate fi atacată în termen de 5 zile, care curge de la pronunțare pentru partea prezentă, respectiv de la comunicare pentru partea lipsă. Calea de atac este numai apelul, dacă încheierea a fost dată în prima instanță, respectiv numai recursul la instanța ierarhic superioară, în cazul în care încheierea a fost pronunțată în apel. Dosarul se înaintează, în copie certificată pentru conformitate cu originalul, instanței competente să soluționeze calea de atac în 24 de ore de la expirarea termenului. Întâmpinarea nu este obligatorie. Apelul sau, după caz, recursul se judecă în termen de cel mult 10 zile de la înregistrare. Judecarea cererii principale se suspendă până la soluționarea căii de atac exercitate împotriva încheierii de respingere ca inadmisibilă a cererii de intervenție”.

După cum se poate observa, așa cum am menționat anterior, modificarea este una substanțială în sensul că, pe de o parte, în varianta inițială, doar încheierea de admitere în principiu se putea ataca odată cu fondul, pe când în viziunea actuală, indiferent de soluția pronunțată asupra admisibilității în principiu (admitere sau respingere) această încheiere se va ataca doar odată cu fondul cauzei, iar pe altă parte, în varianta inițială, era stabilită în mod concret procedura de judecată a încheierii de respingere care se realiza în același timp cu judecata cererii inițiale, pe când în forma actuală, s-a optat pentru exercitarea căii de atac odată hotărârea pronunțată pe fondul cauzei⁴.

consulta și V.M. Ciobanu, M. Nicolae, *Noul Cod de procedură civilă. Comentat și adnotat*, Vol. 1, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 807.

² Publicată în M. Of. nr. 1074 din 18 Decembrie 2018, în vigoare de la 21 Decembrie 2018.

³ Codul de procedură civilă actual (Legea nr. 134/2010) reglementează două forme de intervenție voluntară (intervenția voluntară principală și intervenție voluntară accesorie – art. 61-67), precum și patru forme de intervenție forțată (chemarea în judecată a altei persoane, chemarea în garanție, arătarea titularului dreptului și introducerea forțată în cauză, din oficiu, a altor persoane – art. 68-79).

⁴ Pentru informații suplimentare cu privire la aplicare în timp a dispozițiilor prevăzute de legea 310/2018, a se consulta lucrarea „*Problematika aplicării în timp a dispozițiilor Codului de procedură*

Analizând scopul modificărilor aduse prin legea 310/2018, putem observa că s-a avut în vedere în principiu stoparea efectelor dilatorii produse prin exercitarea unei căi de atac separate care în vechea variantă a art. 64 alin. (4) C. pr. civ., unul dintre efectele specifice era suspendarea cererii principale până la momentul soluționării căii atac⁵. De altfel, în practică⁶, nu de puține ori s-a întâmplat ca din rea-credință să fie formulate cereri de intervenție vădit neîntemeiate și al căror scop a fost acela de a tergiversa soluționarea cu celeritate a cererii principale având în vedere dispozițiile art. 64 alin. (4) C. pr. civ, anterior modificării prin Legea nr. 310/2018⁷.

Pe de altă parte, considerăm că și actuala soluție adoptată de legiuitor prin care, în urma admiterii apelului sau a recursului exercitat odată cu fondul hotărârea pronunțată este desființată de drept, fapt ce va produce rejudecarea cauzei de către instanța în fața căreia s-a formulat cererea de intervenție de la momentul discutării admisibilității în principiu acesteia, creează în esență anumite inconveniente de ordin temporal, moral sau chiar material pentru părțile inițiale întrucât sunt obligate să reia judecata cauzei cu introducerea terțului intervenient.

Considerăm că mult mai potrivit interesului procesual al părților și în egală măsură celerității soluționării cauzelor într-un termen optim, soluția ar fi trebuit să privească doar modificarea tipului de suspendare a cererii principale, în sensul de a permite instanței de judecată să aprecieze dacă se impune suspendarea judecării cererii principale în funcție de particularitățile situației care a determinat respingerea cererii de intervenție în procedura admisibilității în principiu⁸.

Similar situației formulării cererii introductive în instanță și în cazul formulării căii de atac asupra încheierii de admitere sau de respingere a cererii de intervenție, partea interesată este nevoită să dovedească existența interesului⁹ exercitării căii de atac. Astfel, în cazul respingerii cererii de intervenției, interesul exercitării căii de atac

civilă modificate/completate prin Legea nr. 310/2018”, autor V. Bozeșanu, publicată în revista *Pandectele Romane*, nr. 3 din 2019.

⁵ G. Boroi, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Vol. 1 art. 1-455*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p.211.

⁶ A se vedea dec. nr. 1244 din 19.04.2016, pronunțată de ÎCCJ, dec. nr. 1182 din 23.03.2017, pronunțată de ÎCCJ.

⁷ În această ipoteză discutăm de situația abuzului de drept procesual, pentru dezvoltări ulterioare a se consulta și D. Ghiță „*Repere privind fundamentul abuzului de drept, elementele abuzului de drept procesual și sancționarea acestuia în noul Cod de procedură civilă*”, în *Dreptul* nr. 2/2016, pp. 46-62. De asemenea, a se observa și lucrarea Gh. Durac, *Drept procesual civil, Partea Generală*, Ed. Hamangiu, București, 2020, pp. 173-177.

⁸ Cu privire la acest aspect ne alăturăm opiniei exprimate în doctrina recentă în lucrarea G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Ed. Hamangiu, București, 2020, pp. 128-131.

⁹ Prin interes se înțelege folosul practic, material sau moral, urmărit de cel care a formulat calea de atac. Pentru a stabili dacă o parte are interes în exercitarea căii de atac, instanța trebuie să prefigureze folosul efectiv pe care aceasta l-ar obține în ipoteza admiterii formei procedurale exercitate. Conform art. 33 C. pr. civ, interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal și născut și actual. A se vedea consulta I. Leș, D. Ghiță, *Tratat de drept procesual civil*, vol. 1, ed. a 2-a, Ed. Universul Juridic, București, 2020, pp. 94-97.

aparține însuși terțului intervenient, iar în cazul admiterii cererii, interesul revine celorlalte părți din proces în funcție de poziția procesuală a fiecăreia.

În egală măsură trebuie să avem în vedere și faptul că, deși terțul are calitatea și interesul de a formula calea de atac a apelului/recursului acesta nu are posibilitatea de a critica prin acest intermediu soluția în sine pronunțată de instanța de fond, ci doar soluția de respingere a cererii de intervenție formulată în procedurii admisibilității în principiu¹⁰.

Printre motivele pe care terțul intervenient le-ar putea aduce în discuție în eventuala cale de atac formulată s-ar putea enumera și situația în care instanța prin încheiere motivată de respingere a reținut neîndeplinirea condițiilor specifice de admisibilitate a cererii de intervenție sau chiar în situația neîndeplinirii condițiilor de formă prevăzute de art. 194 C. pr. civ. Astfel, pe lângă condițiile generale referitoare la capacitate, calitate, interes și formularea unei pretenții este necesar ca în cazul cererilor de intervenție, de pildă – intervenția voluntară principală sau cererea de chemare în garanție să conțină elementele prevăzute de art. 194 C. pr. civ (numele și prenumele, domiciliul/sediul terțului, obiectul cererii, arătarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea, arătarea dovezilor pe care se sprijină cererea sau semnătura)¹¹. În cazul cererii de intervenție voluntară accesorie, având în vedere că, în esență aceasta reprezintă o *simplă apărare* în favoarea părții pentru care se intervine se vor avea în vedere dispozițiile art. 148-151 C. pr. civ în ceea privește forma cererii¹².

O situație specială trebuie avută în vedere în ipoteza în care în procedura admisibilității în principiu cererea de intervenție a fost respinsă de instanța de judecată pe motivul netimbrării sau a insuficienței timbrării a acesteia. În aceste condiții s-a pus întrebarea dacă terțul intervenient ar avea posibilitatea de a critica soluția instanței prin intermediul căii de atac exercitate? Această problemă a fost însă soluționată printr-o hotărâre a Înaltei Curți de Casație și Justiție prin care s-a statuat că o asemenea critică poate fi adusă de către partea interesată doar prin intermediul procedurii reexaminării prevăzute de O.U.G nr. 80/2013 privind taxele de timbru și nu prin intermediul căilor de atac¹³.

¹⁰ M. Dinu, *Drept procesual civil*, Ed. Hamangiu, București, 2020, pp. 97-99.

¹¹ D. Ghiță, *Drept procesual civil. Parte specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, pp. 15-20.

¹² V. M. Ciobanu, T. Briciu, C. Dinu, *Drept procesual civil, Drept execuțional civil. Arbitraj, Drept notarial*, Ed. Național, București, 2013, p. 159.

¹³ A se vedea art. 39 din O.U.G. nr. 80/2013 privind taxele de timbru. Pentru dezvoltări ulterioare a se vedea și G.C. Frențiu, *Taxele judiciare de timbru și ajutorul public judiciar în procesul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2020, pp. 340-343. A se consulta și Decizia nr. 7/2014 pronunțată de ÎCCJ, privind sesizarea asupra existenței unei jurisprudențe neunitare în privința problemei de drept referitoare la posibilitatea părții în sarcina căreia s-a stabilit obligația de plată a taxei judiciare de timbru de a supune controlului, în căile de atac de reformare, critici care să vizeze existența obligației de plată a taxei judiciare de timbru, decurgând din aprecierea caracterului timbrabil al cererii de chemare în judecată, publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 137 din 24 februarie 2015.

Exercitarea căilor de atac ulterior admiterii cererii de intervenție (terțul devine parte în proces)

Ulterior admisibilității în principiu a cererii de intervenție, terțul devine parte în proces¹⁴. Dobândirea calității de parte în procesul pendinte îi conferă terțului drepturi și obligații în temeiul cărora își va putea exercita în mod concret poziția procesuală dobândită. În funcție de tipul intervenției, terțul are dreptul de a participa la judecată, dreptul de a fi reprezentat sau asistat de un avocat sau dreptul de a exercita căi de atac.

Astfel, ca regulă, căile de atac pot fi exercitate de părțile din proces¹⁵. În această categorie, intră părțile inițiale, terții intervenienți care au intervenit voluntar sau forțat în proces sau succesorii în drepturi ai părților. Cu privire la această regulă există și o excepție, și anume în cazul terților a căror cerere de intervenție a fost respinsă în procedura admisibilității în principiu, care deși nu au devenit parte în proces, au posibilitatea de a formula apel sau recurs cu privire la încheierea de respingere a cererii de intervenție.

De altfel, o situație specială o regăsim și în cazul terților intervenienți accesorii, care nu vor putea exercita o cale de atac separat de partea pentru care au intervenit dacă aceasta din urmă nu a exercitat calea de atac și ea. Sancțiunea care intervine în această situație este socotirea căii de atac introduse de către intervenient ca fiind neavenită¹⁶. Totuși considerăm că, deși în esență intervenția accesorie are valoarea *unei simple apărări în favoarea uneia dintre părți*, atât timp cât există un interes real și direct al terțului în a formula calea de atac respectivă (reamintim terțul intervenient devine parte în procesul inițial imediat după admisibilitatea în principiu), soluția de a fi respinsă ca neavenită în lipsa exercitării a căii de atac de către partea pentru care a intervenit reprezintă o atingere importantă a dreptului la apărare. Așadar, considerăm că o nuanțare a noțiunii de „poziție subordonată” a terțului intervenient accesoriu ar trebui reconsiderată de la caz la caz și în funcție de interesul urmărit de acesta prin exercitarea căii de atac și nu strict la persoana pentru care intervine.

În ceea ce privește regulile referitoare la exercitarea căilor de atac de către terții intervenienți vom reține că în ceea ce privește căile de atac extraordinare acestea nu pot fi exercitate atât timp cât este deschisă calea de atac a apelului¹⁷. Astfel, o

¹⁴ F. Măgureanu, *Drept procesual civil*, Ediție revăzută, modificată și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 98.

¹⁵ V. Terzea, *Noul Cod de procedură civilă adnotat*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 622-624.

¹⁶ Gh. Piperea, *Codul de procedură civilă. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2019, pp. 144-146.

¹⁷ Conform art. 459 alin. (1) C. pr. civ. Pentru dezvoltări ulterioare, a se vedea și I. Leș, C. Jugastru, *Tratat de drept procesual civil*, vol. II. ed. a 2-a, *Căile de atac. Dispoziții privind asigurarea*

hotărâre susceptibilă de apel nu poate fi atacată decât cu această cale de atac. De asemenea, împotriva hotărâri nu pot fi exercitate în același timp, atât apelul cât și o cale de atac extraordinară. O situație specială o regăsim în ceea ce privește ordinea dintre apel și recurs. Astfel, recursul nu poate fi exercitat trecând peste cale de atac a apelului (*omisso medio*). Însă prin excepție, părțile au posibilitatea de a stabili ca o hotărâre susceptibilă de apel să fie direct atacată cu recurs. Este necesar însă ca înțelegerea părților să intervină după nașterea dreptului de a exercita calea de atac a apelului, convenția părților să fie expresă (consimțământul părților să fie exprimat prin înscris autentic sau prin declarație verbală în fața instanței a cărei hotărâre se atacă și consemnată într-un proces-verbal) și nu în ultimul rând convenția să intervină înainte de expirarea termenului de apel¹⁸. În ipoteza în care apelul este înlăturat prin efectul convenției părților, recursul nu va putea fi exercitat decât pentru încălcarea sau aplicarea greșită a normelor de drept material¹⁹.

În ceea ce privește calea de atac a apelului vom reține că poate fi exercitată de terțul intervenient nemulțumit de hotărârea primei instanțe, în condițiile prevăzute de lege, solicitând instanței ierarhic superioare reformarea hotărârii atacate²⁰. În reglementarea actuală, apelul cunoaște trei forme și anume: apel principal, apel incident și apel provocat.

Apelul principal este cel formulat de către partea nemulțumită (inclusiv terțul intervenient) de hotărârea primei instanțe. Apelul incident este apelul pe care îl formulează intimatul din apelul principal împotriva părții cu interese contrare²¹. Apelul provocat poate fi formulat de intimatul din apelul principal împotriva altui intimat sau a unei persoane care figurat în prima instanță și care nu este parte în apelul principal, dacă acesta din urmă ar fi de natură să producă consecințe asupra situației sale juridice în proces²².

O aplicare a posibilității de a formula apel provocat o regăsim în situația în care în prima instanță au intervenit terțe persoane în proces iar în acest caz intimatul este în drept să declare apel împotriva unei persoane care a figurat în prima instanță și

unei practici judiciare unitare. Procedurile speciale. Executarea silită. Procesul civil internațional, Ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 16.

¹⁸ M. Tăbărcă, *Drept procesual civil*, vol. III, ed. a 2-a, *Căile de atac. Procedurile speciale*, Ed. Solomon, București, 2017, pp. 24-30.

¹⁹ A se vedea art. 459 alin. (2) C. pr. civ.

²⁰ C. Roșu, *Drept procesual civil. Parte specială*, ed. II, Ed. C.H. Beck, București, 2021, p. 17.

²¹ Conform art. 472 C. pr. civ. A se vedea în acest sens și decizia nr. 14/22.06.2020 pronunțată de ÎCCJ de Completul competent să judece recursul în interesul legii în materie civilă admis prin care s-a stabilit că în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 472 și art. 491 C. pr. civ., apelul sau recursul incident nu poate fi limitat la obiectul apelului sau recursului principal, ci poate viza orice alte soluții cuprinse în dispozitivul hotărârii atacate și/sau considerentele acesteia.

²² Conform art. 473 C. pr. civ. A se consulta și lucrarea G. Răducan, *Drept procesual civil – Căile de atac. Procedura necontencioasă judiciară. Proceduri speciale*, Ed. Hamangiu, București, 2017, pp. 27-29.

care nu este parte în apelul principal, dacă acesta din urmă ar fi de natură să producă consecințe asupra situației sale juridice procesuale.

Un exemplu în acest sens îl regăsim în situația în care pârâtul formulă o cerere de chemare în garanție a unui terț iar instanța în urma soluționării fondului respinge atât cererea reclamantului, cât și cererea de chemare în garanție. În acest caz din perspectiva pârâtului, acesta nu are interes să declare apel principal, nici împotriva reclamantului, nici împotriva chematului în garanție. Însă dacă reclamantul va declara apel principal, pârâtul-intimat dobândește interesul de a introduce apel provocat împotriva terțului chemat în garanție²³.

În ipoteza în care ambele cereri au fost admise în parte ori o cerere a fost admisă în parte și cealaltă a fost respinsă, toate cele trei părți pot avea poziția procesuală de apelant și de intimat, în același timp²⁴.

Dacă pârâtul a introdus o cerere de chemare în garanție iar instanța a admis atât cererea de chemare în judecată, cât și cererea de chemare în garanție, pârâtul poate declara apel împotriva reclamantului iar terțul chemat în garanție poate formula apel contra pârâtului, dar și contra reclamantului. De asemenea mai există posibilitatea atunci când s-a respins cererea de chemare în judecată și s-a admis cererea de chemare în garanție, reclamantul poate declara apel împotriva pârâtului, iar chematul în garanție fie contra reclamantului, fie contra pârâtului.

Referitor la calea de atac recursului vom avea în vedere faptul poate fi exercitată de partea interesată sau de procurorul pentru motivele expres prevăzute, prin care solicită desființarea unei hotărâri date fără drept de apel, în apel sau al tor hotărâri în situațiile expres prevăzute de lege²⁵. Din perspectiva formelor recursului, regăsim în mod similar precum în cazul apelului trei forme specifice precum: recursul principal, recursul incident și recursul provocat²⁶. Ca regulă generală pot avea calitatea de

²³ În cazul în care instanța a admis cererea de chemare în judecată și a respins cererea de intervenție principală, apelul poate fi formulat de pârât sau de intervenient, iar reclamantul va deveni intimat în apelul pârâtului, respectiv intimați vor fi reclamantul și pârâtul în apelul exercitat de intervenientul principal.

²⁴ Aceleași posibilități le întâlnim și în cazul în care s-a formulat o cerere de chemare în judecată a altei persoane care ar putea pretinde aceleași drepturi ca și reclamantul sau o cerere de arătare a titularului dreptului.

²⁵ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 238.

²⁶ Motivele de recurs sunt prevăzute la art. 488 C. pr. civ. Astfel, casarea unor hotărâri se poate cere numai pentru următoarele motive de nelegalitate:

1. când instanța nu a fost alcătuită potrivit dispozițiilor legale;
2. dacă hotărârea a fost pronunțată de alt judecător decât cel care a luat parte la dezbaterile pe fond a procesului sau de un alt complet de judecată decât cel stabilit aleatoriu pentru soluționarea cauzei ori a cărui compunere a fost schimbată, cu încălcarea legii;
3. când hotărârea a fost dată cu încălcarea competenței de ordine publică a altei instanțe, invocată în condițiile legii;
4. când instanța a depășit atribuțiile puterii judecătorești;
5. când, prin hotărârea dată, instanța a încălcat regulile de procedură a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității;

recurenții oricare dintre părțile care au participat la judecată în fond. Pe cale consecință, oricare dintre terții intervenienți participanți la judecata în primă instanță, sub condiția existenței interesului și a motivelor de recurs poate avea calitatea de recurent.

Nu în ultimul rând, atât în cazul contestației în anulare (de drept comun sau specială) dar și în cazul revizuirii²⁷, legitimarea procesual activă o poate avea oricare dintre părțile participante în procesul finalizat cu pronunțarea hotărârii ce se atacă. Așadar, exercitarea celor două căi de atac extraordinare este deschisă terților intervenienți deveniți parte în proces și care îndeplinesc condiția interesului și se regăsesc într-unul dintre motivele expres prevăzute de lege pentru fiecare dintre cele două căi de atac.

6. când hotărârea nu cuprinde motivele pe care se întemeiază sau când cuprinde motive contradictorii ori numai motive străine de natura cauzei;

7. când s-a încălcat autoritatea de lucru judecat;

8. când hotărârea a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a normelor de drept material.

²⁷Conform art. 503 alin. (1) C. pr. civ., hotărârile definitive pot fi atacate cu contestație în anulare atunci când contestatorul nu a fost legal citat și nici nu a fost prezent la termenul când a avut loc judecata.

În ceea ce privește motivele de revizuire acestea sunt prevăzute de art. 509 C. pr. civ. Astfel revizuirea poate fi exercitată de terțul intervenient atunci când:

1. instanța s-a pronunțat asupra unor lucruri care nu s-au cerut sau nu s-a pronunțat asupra unui lucru cerut ori s-a dat mai mult decât s-a cerut;

2. obiectul pricinii nu se află în ființă;

3. un judecător, martor sau expert, care a luat parte la judecată, a fost condamnat definitiv pentru o infracțiune privitoare la pricină sau dacă hotărârea s-a dat în temeiul unui înscris declarat fals în cursul ori în urma judecății, când aceste împrejurări au influențat soluția pronunțată în cauză. În cazul în care constatarea infracțiunii nu se mai poate face printr-o hotărâre penală, instanța de revizuire se va pronunța mai întâi, pe cale incidentală, asupra existenței sau inexistenței infracțiunii invocate. În acest ultim caz, la judecarea cererii va fi citat și cel învinuit de săvârșirea infracțiunii;

4. un judecător a fost sancționat disciplinar definitiv pentru exercitarea funcției cu rea-credință sau gravă neglijență, dacă aceste împrejurări au influențat soluția pronunțată în cauză;

5. după darea hotărârii, s-au descoperit înscrisuri doveditoare, reținute de partea potrivnică sau care nu au putut fi înfățișate dintr-o împrejurare mai presus de voința părților;

6. s-a casat, s-a anulat ori s-a schimbat hotărârea unei instanțe pe care s-a întemeiat hotărârea a cărei revizuire se cere;

7. statul ori alte persoane juridice de drept public, minorii și cei puși sub interdicție judecătorească ori cei puși sub curatelă nu au fost apărați deloc sau au fost apărați cu viclenie de cei însărcinați să îi apere;

8. există hotărâri definitive potrivnice, date de instanțe de același grad sau de grade diferite, care încalcă autoritatea de lucru judecat a primei hotărâri;

9. partea a fost împiedicată să se înfățișeze la judecată și să înștiințeze instanța despre aceasta, dintr-o împrejurare mai presus de voința sa;

10. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat o încălcare a drepturilor sau libertăților fundamentale datorată unei hotărâri judecătorești, iar consecințele grave ale acestei încălcări continuă să se producă;

11. după ce hotărârea a devenit definitivă, Curtea Constituțională s-a pronunțat asupra excepției invocate în acea cauză, declarând neconstituțională prevederea care a făcut obiectul acelei excepții.

OBLIGAȚIA PROFESIONISTULUI COMERCIANT DE A ASIGURA PROTECȚIA SĂNĂTĂȚII CONSUMATORULUI

Denisa TUDOSIE

Școala doctorală a Facultății de Drept – Universitatea din Craiova

Abstract

The role of commercial professionals is essential in terms of the smooth functioning of the single market, as the way in which they fulfil their specific obligations and the correctness of their commercial practices can create imbalances in the market economy. For the European trader, consumer safety must be paramount, and it is his exclusive responsibility to ensure that he puts on the market goods that comply with all European Union regulations, whether we are talking about those of a general nature or those that regulate specific sectors of activity. Protecting the health of the European consumer is assumed by the European Union itself through the Treaty on Functioning and is considered the cornerstone without which we cannot talk about an effective consumer protection policy. When we talk about this obligation of the commercial professionals, we have in mind both their obligations before putting the goods on the market, as well as the subsequent obligations in the event of the identification of risks with the existing products and for which they also have at their disposal a RAPEX rapid information system.

Keywords: *Trader, consumer, health, obligation.*

1. Considerații generale

Pentru comerciantul european siguranța consumatorului trebuie să fie primordială, și este responsabilitatea sa exclusivă de a se asigura că introduce pe piață produse care respectă toate reglementările Uniunii Europene, fie că vorbim de cele cu caracter general sau de cele care reglementează sectoare specifice de activitate. Protecția sănătății și securității consumatorului european, este asumată de Uniunea Europeană chiar prin Tratatul de funcționare¹ și este considerată piatra de temelie fără de care nu putem vorbi de o politică de protecție a consumatorului efectivă, libera circulație a unor produse sigure reprezentând un pilon de bază al pieței unice.

¹ Art. 169: Pentru a promova interesele consumatorilor și pentru a asigura un nivel ridicat de protecție a consumatorilor, Uniunea contribuie la protecția sănătății, a siguranței și a intereselor economice ale consumatorilor, precum și la promovarea dreptului acestora la informare, educare și organizare în vederea apărării intereselor lor.

Preocuparea legiuitorului european în ceea ce privește siguranța consumatorului este timpurie, Consiliul Comunității Europene apreciind încă din anul 1985 că se impune apropierea legislațiilor statelor membre cu privire la răspunderea producătorului pentru prejudiciile provocate de caracterul defectuos al produselor sale, deoarece neconcordanțele existente între legislații pot denatura concurența, pot afecta libera circulație a mărfurilor în cadrul pieței comune și pot determina un grad diferit de protecție a consumatorului împotriva prejudiciilor aduse sănătății și bunurilor sale de un produs cu defecte².

Deși a reprezentat dintotdeauna un aspect important al relației comerciant – consumator, această obligație a profesionistului și implicit răspunderea sa este din ce în ce mai minuțios reglementată în condițiile unei diversități a produselor oferite pe piață și a unui comportament al consumatorului axat din ce în ce mai mult pe sănătate, securitate, experiență și mai puțin pe preț sau comoditate, preferințe tradiționale până nu demult. Această cerere globală a consumatorilor orientați spre produse sigure și sănătoase a fost accelerată și de pandemia generată de virusul Sars Cov 2, care a inoculat în mintea populației, cu precădere a populației tinere, necesitatea unei atenții mai sporite când vine vorba de propria sănătate și securitate.

Pentru că vorbim de un comerciant și de un consumator european pentru care se impune același nivel de protecție, a fost nevoie de un proces de armonizare legislativă referitoare la conformitatea produselor în condițiile unor legislații interne care diferă în privința nivelului de protecție acordat, neconcordanțe de natură să creeze dificultăți în ceea ce privește comerțul și concurența pe piața internă. Cel mai important pas în această direcție a fost realizat prin adoptarea Directivei 2001/95/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 decembrie 2001 privind siguranța generală a produselor care a stabilit cerințele generale de siguranță pentru toate produsele de consum, prin produs înțelegându-se orice bun care, în condiții de utilizare normale sau care pot fi prevăzute în mod rezonabil, inclusiv durata și, acolo unde este cazul, punerea în funcțiune, instalarea și întreținerea, nu prezintă niciun risc sau numai riscuri minime compatibile cu utilizarea produsului, considerate ca fiind acceptabile și respectând un nivel ridicat de protecție pentru siguranța și sănătatea persoanelor, luând în considerare în special următoarele puncte: caracteristicile produsului, inclusiv compoziția, ambalarea, instrucțiunile de asamblare și, acolo unde este cazul, cele pentru instalare și întreținere; efectul asupra altor produse, în cazurile în care se poate prevedea în mod rezonabil că va fi utilizat împreună cu alte produse; prezentarea produsului, etichetarea, orice avertismente și instrucțiuni pentru utilizarea și disponibilizarea sa, precum și alte indicații sau informații referitoare la produs; categoriile de consumatori expuse riscului atunci când utilizează produsul, în special copiii și persoanele în vârstă³.

² Directiva Consiliului din 25 iulie 1985 de apropiere a actelor cu putere de lege și a actelor administrative ale statelor membre cu privire la răspunderea pentru produsele cu defect.

³ Art. 2 din Directiva 2001/95/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 decembrie 2001 privind siguranța generală a produselor.

În ceea ce privește România, transpunerea directivei în legislația națională s-a realizat prin adoptarea Legii nr. 245/2004⁴ care a prevăzut la art. 3 faptul că producătorii sunt obligați să pună pe piață numai produse sigure, totodată trebuind să asigure consumatorului informațiile utile care îi permit să evalueze riscurile inerente ale unui produs pe durata medie de utilizare sau pe o durată rezonabil previzibilă, atunci când acestea nu sunt imediat perceptibile de către consumator, fără un avertisment corespunzător, precum și să prevină astfel de riscuri.

2. Sistemul RAPEX

Pentru supravegherea modului în care comercianții producători își îndeplinesc obligațiile vizând protecția siguranței consumatorilor, s-a instituit Sistemul Comunitar de Informare Rapidă (RAPEX), sistem oficial al Uniunii Europene de notificare privind produsele periculoase în care toate statele membre sunt obligate să participe și care are menirea de a asigura o colaborare rapidă și eficientă a autorităților din statele membre atunci când se identifică un risc major la adresa sănătății consumatorilor.

În paralel cu acest sistem destinat statelor membre, din nevoia de colaborare cât și pentru a pregăti următoarele integrări în Uniunea Europeană, autoritățile de supraveghere a pieței din Europa Centrală și de Est, au creat la data de 23 martie 1999, pe modelul sistemului RAPEX, un sistem tranzitoriu, intitulat TRAPEX (Transitional Rapid Exchange of Information System), la care participarea a fost voluntară. Sistemul Trapex s-a dovedit a fi extrem de util, mai ales în procesul de aderare a țărilor la Uniunea Europeană, așa cum s-a constatat în cadrul Forumului de la Geneva privind supravegherea pieței, din 29 octombrie 2002: „Eficiența TRAPEX este marcată de faptul că autoritățile participante au fost alertate privind produse periculoase în 152 de ocazii în 2001. În 25 de cazuri produsele periculoase din alertă au fost găsite pe piețele altor țări. Această experiență pozitivă a dus la trei cazuri de cooperarea cu sistemul RAPEX al UE în 2001.”⁵

De ce este important acest sistem de notificare RAPEX pentru profesionistul comerciant? Putem aprecia că acest instrument are dublu rol. Pe de-o parte, pentru profesioniștii de bună credință se dovedește un instrument util, prin intermediul căruia au posibilitatea să își minimizeze consecințele introducerii pe piață a unor produse care se dovedesc periculoase. Astfel, aceștia au obligația, în calitate de producători să pună pe piață doar produse sigure, iar atunci când știu sau ar trebui să știe, pe baza informațiilor aflate în posesia lor și în calitate de profesioniști, că unul din produsele introduse de ei pe piață prezintă riscuri pentru consumator care sunt

⁴ Legea nr. 245 din 9 iunie 2004 privind siguranța generală a produselor, publicată în M. Of. nr. 565 din 25 iunie 2004.

⁵ A se vedea raportul disponibil la adresa <https://unece.org/fileadmin/DAM/trade/wp6/documents/2002/wp60202a3e.pdf>, accesat online la data de 03.05.2021.

incompatibile cu cerința generală de siguranță, să informeze imediat despre aceasta autoritățile competente din statele membre, oferind detalii, în special cu privire la acțiunile întreprinse pentru prevenirea riscului la care este expus consumatorul⁶.

Conform legislației UE, prin producător se înțelege: fabricantul unui produs, în cazul în care are sediul în Comunitate, și oricare altă persoană care se prezintă drept fabricant atașând pe produs numele său, marca comercială sau o altă marcă distinctivă sau persoana care recondiționează produsul; reprezentantul fabricantului, în cazurile în care fabricantul nu are sediul în Comunitate sau, dacă nu există niciun reprezentant cu sediul în Comunitate, importatorul produsului; alți profesioniști din lanțul de aprovizionare, în măsura în care activitățile lor pot afecta proprietățile de siguranță ale unui produs⁷.

Pe de altă parte, acest sistem reprezintă un mijloc de supraveghere și de identificare a profesioniștilor care nu sunt de bună credință, și care nu își îndeplinesc obligația lor de a proteja siguranța și sănătatea consumatorului prin produsele pe care le furnizează pe piață.

Practic, orice alertă introdusă în sistemul RAPEX reprezintă un caz identificat pe o piață dintr-un stat membru, în care producătorul nu și-a îndeplinit obligațiile sale privind siguranța produsului, fapt ce determină ca pe piață să circule bunuri ce prezintă un anumit grad de risc pentru consumatori.

Exemplificativ, dintre semnalările autorității competente din România în cursul anului 2021, cele mai multe vizează măștile de protecție comercializate și utilizate la scară largă în contextul pandemic actual. Dintre riscurile identificate de autorități menționăm: „Masca nu se adaptează în mod corespunzător la față. În consecință, o cantitate excesivă de particule sau microorganisme ar putea trece; astfel, chiar dacă este combinată cu alte măsuri recomandate, s-ar putea să nu fie protejată în mod corespunzător. Produsul nu respectă Regulamentul privind echipamentele personale de protecție (EIP) și standardul european relevant EN 149; Produsul promovează un potențial protector împotriva particulelor, dar capacitatea sa de filtrare nu a fost testată de un organism european competent de evaluare a conformității. Prin urmare, nu se dovedește că produsul îndeplinește cerințele de sănătate și siguranță; Masca este prezentată ca furnizând o funcție de protecție; cu toate acestea, aceste afirmații nu sunt susținute de dovezi. Acest lucru ar putea crea un fals sentiment de siguranță pentru purtătorul măștii și, prin urmare, chiar dacă este combinat cu alte măsuri recomandate, nu își protejează utilizatorul. Produsul nu respectă cerințele Directivei privind siguranța generală a produselor (DSGP). Urmare a identificării acestor riscuri, România a transmis mai multe notificări în baza de date Rapex, iar ca măsuri, ANPC a retras produsele de la comercializare.

⁶ Art. 5 din Directiva 2001/95/CE a Parlamentului European și a Consiliului.

⁷ Art. 1 din Directiva 2001/95/CE a Parlamentului European și a Consiliului.

3. Marcajul C.E.

Analiza generică a obligației profesionistului de a asigura sănătatea și securitatea consumatorului, relevă o obligație subsecventă a acestuia, respectiv obligația de a aplica marcajul CE pe bunurile și produsele oferite pe piață, dacă acestea cad sub incidența uneia din directivele europene. De altfel, legislația europeană nu permite aplicarea marcajului pe orice alte produse care nu sunt incluse în categoriile reglementate, aspecte reținute și de către Curtea de Justiție: „marcajul „CE” se poate aplica doar pe produsele pentru care legislația de armonizare specifică a Uniunii prevede în mod special aplicarea marcajului și nu se aplică pe niciun alt produs. Astfel, orice apreciere diferită ar genera un risc de confuzie în privința semnificației marcajului menționat. De altfel, tocmai în vederea combaterii riscurilor legate de o astfel de confuzie, articolul 30 alineatul (2) din Regulamentul (CE) nr. 765/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 9 iulie 2008 de stabilire a cerințelor de acreditare și de supraveghere a pieței în ceea ce privește comercializarea produselor și de abrogare a Regulamentului (CEE) nr. 339/93 (JO L 218, p. 30), aplicabil începând cu 1 ianuarie 2010, prevede că marcajul „CE” se aplică doar pe produsele pentru care legislația comunitară de armonizare specifică prevede aplicarea marcajului și nu se aplică pe niciun alt produs⁸”.

Ce este însă marcajul CE? Marcajul CE (conformitate europeană) este un simbol care atestă faptul că producătorul a procedat la evaluarea produselor și că acestea respectă toate normele europene aplicabile în cauză. „Un marcaj CE atașat unui produs sau ambalajului acestuia, este considerat o dovadă a faptului că acesta respectă prevederile unui standard european armonizat. Comisia Europeană, care administrează programul, descrie marcajul CE drept un pașaport pentru ca bunurile să poată fi vândute în mod liber pe piața internă europeană⁹”. Trebuie subliniat totuși faptul că acest marcaj nu indică o anumită calitate a produsului, nu este o garanție în acest sens, ci doar faptul că reglementările europene privind anumite standarde impuse produselor au fost respectate.

Marcajul CE este obligatoriu pentru producător, atâta timp cât produsele oferite sunt incluse în pachetul de măsuri intitulat Directivele Noii Abordări intrat în vigoare în anul 2008, cu scopul de a elimina obstacolele care afectează libera circulație a bunurilor și de a impulsiona comerțul pe piața unică. Practic, prin adoptarea acestui pachet, bunurile produse sau importate într-un stat membru, ar trebui să circule fără niciun fel de restricție în toate celelalte state membre, un rol important în acest proces fiind atribuit sistemului european de standardizare. De altfel, impunerea unor

⁸ Hotărârea Curții (Camera a treia) din 21 octombrie 2010, în cauza C-185/08 având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE de Rechtbank 's-Gravenhage (Țările de Jos), accesată online la adresa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0185&qid=1622358335833&from=RO> în data de 30.05.2021.

⁹ <https://isogoldconsult.ro/consultanta-marcaj-ce/>.

măsurii restrictive care afectează libertatea de circulație a mărfurilor în spațiul economic european, a fost sancționată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, care a reținut în considerentele hotărârilor sale că cerința conformității cu un standard național afectează comerțul intracomunitar și constituie o măsură cu efect echivalent unei restricții cantitative la import, interzisă prin articolul 28 CE: „în ceea ce privește comercializarea într-un stat membru a produselor sau a componentelor fabricate sau comercializate legal într-un alt stat membru și în absența unei armonizări la nivel comunitar, cerința conformității cu standardul NBN S 21-100 impusă prin reglementarea belgiană poate avea ca efect constrângerea operatorilor economici din alte state membre să își adapteze aparatura și echipamentele la cerințele standardelor sau ale reglementărilor tehnice din statul membru de import și să suporte costurile suplimentare legate de această adaptare sau chiar să le descurajeze să comercializeze produsele respective în Belgia¹⁰.

În sarcina cărui profesionist european cade însă această obligație de a aplica marcajul CE? Răspunsul îl identificăm în Decizia nr. 768/2008/CE¹¹, parte din pachetul „noua abordare” care reglementează cu caracter de obligație generală faptul că toți operatorii economici care intervin în lanțul de furnizare și de distribuție ar trebui să ia măsurile corespunzătoare pentru a se asigura că pun la dispoziție pe piață numai produse care sunt în conformitate cu legislația aplicabilă. Cu toate acestea, în viziunea legiitorului european, evaluarea conformității ar trebui să fie stabilită exclusiv în sarcina producătorului, acesta fiind persoana cu cele mai multe cunoștințe privind procesul de proiectare și producție, cel mai în măsură să efectueze procedura completă de evaluare a conformității. În situația în care bunurile sunt produse în țări terțe și urmează să fie importate în spațiul european, directiva stabilește în sarcina importatorilor obligația de a se asigura că produsele pe care le introduc pe piață respectă cerințele aplicabile și nu prezintă riscuri apreciind totodată că orice operator economic care introduce pe piață un produs sub numele sau marca sa sau care modifică un produs, afectând conformitatea acestuia cu cerințele aplicabile, ar trebui să fie considerat ca fiind producător și, prin urmare, ar trebui să își asume obligațiile producătorului.

Pe lângă beneficiul pe care acest marcaj îl aduce consumatorului, în sensul că se bucură de același nivel de protecție al siguranței pe tot spațiul uniunii europene, prin aplicarea lui, inclusiv ceilalți profesioniști comercianți care acționează pe piață se bucură de garanția că respectivele produse sunt în conformitate cu toate cerințele aplicabile la nivelul UE, făcând astfel comerțul să se desfășoare într-un mod mai facil. Având în vedere importanța și rolul acestui marcaj, se impune așadar ca acesta să fie

¹⁰ Cauza C-254/05 din 7 iunie 2007, având ca obiect o acțiune în constatarea neîndeplinirii obligațiilor formulată în temeiul articolului 226 CE, introdusă la 16 iunie 2005, disponibilă online la adresa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0254&qid=1622285969462&from=EN>.

¹¹ Decizia nr. 768/2008/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 9 iulie 2008 privind un cadru comun pentru comercializarea produselor și de abrogare a Deciziei 93/465/CEE a Consiliului.

aplicat în mod lizibil, într-un loc vizibil pe produs, pe plăcuța cu date ale produsului, pe ambalaj sau pe documentele de însoțire. În situația produselor care conțin mai multe componente, aplicarea marcajului pe acestea din urmă nu trebuie să fie de natură să inducă în eroare consumatorul cu privire la produsul final, aspecte analizate și de către Curtea de Justiție: „marcajul CE nu poate fi aplicat pe o componentă, care constituie un echipament electric a cărui siguranță ar depinde în esență de modul în care este integrat într-un aparat electric finit. Într-adevăr, în asemenea împrejurări, pe de o parte, din moment ce calitatea acestei componente nu ar permite să se aprecieze dinainte siguranța aparatului electric în care a fost integrată, aplicarea marcajului CE pe componenta menționată ar putea să inducă în eroare utilizatorul acestui aparat”¹².

Care sunt pașii pe care profesionistul trebuie să îi urmeze pentru a putea aplica acest marcaj de conformitate pe produse? Având în vedere rolul lor diferit în tot ceea ce înseamnă trasabilitatea unui produs pe tot parcursul lanțului de distribuție, obligațiile profesioniștilor diferă în funcție de calitatea lor de producător, importator sau distribuitor.

Atunci când vorbim de profesionistul producător, obligațiile sale sunt mai numeroase, având în vedere faptul că are acces la tot ceea ce înseamnă activitatea de producție și cunoaște îndeaproape procesul, plecând de la materia primă și până la stadiul de produs finit. Astfel, în calitate de producător, înainte de aplicarea marcajului, trebuie urmată o procedură constând în 6 pași, care pot să difere în funcție de categoria de produs și de directiva aplicabilă acestuia, după cum urmează: 1) identificarea directivei aplicabile și a standardelor comune aplicabile aceluși produs; 2) verificarea dacă produsul respectă cerințele specifice impuse de legislație; 3) identificarea necesității unei evaluări independente a conformității, de către un organism notificat. Evaluarea include testarea, inspecția și certificarea după o procedură stabilită de fiecare directivă aplicabilă în cauză. Pentru produse care prezintă riscuri mari, siguranța acestora nu poate fi verificată de către producător. În aceste cazuri este necesar ca un organism independent desemnat de autoritățile naționale, să efectueze verificarea siguranței, abia ulterior produsul putând fi distribuit pe piață. 4) testarea produsului și verificarea conformității acestuia; 5) întocmirea și păstrarea documentației tehnice; 6) Aplicarea marcajului CE și întocmirea declarației de conformitate.

În ceea ce privește obligația importatorilor și distribuitorilor, aceștia au sarcina de a se asigura că produsele pe care le comercializează poartă marcajul CE și sunt conforme cu legislația UE, ei având rolul de intermediar între producător și consumator. Importatorul trebuie așadar să se asigure că producătorul din afara UE a respectat cerințele impuse pentru ca produsul să fie introdus pe piața unică

¹² Cauza C-132/13 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul art. 267 TFUE de Landgericht Köln (Germania), în procedura Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV Frankfurt am Main împotriva ILME GmbH.

europă, deține documentele tehnice și poate întocmi declarația de conformitate la cerere, fiind disponibil în orice moment. Distribuitorii, însă, pe lângă obligația de a manipula produsele într-o manieră care să nu afecteze conformitatea acestora cu cerințele europene, au și sarcina de a identifica produsele neconforme și de a se asigura că producătorul, sau după caz importatorul, au luat toate măsurile necesare impuse de legislația aplicabilă. Cu toate acestea, dacă importatorii sau distribuitorii comercializează produsele sub numele lor, aceștia preiau responsabilitățile producătorului. În acest caz, trebuie să aibă suficiente informații cu privire la proiectarea și producția produsului, deoarece își vor asuma responsabilitatea legală la aplicarea marcajului CE¹³.

4. Concluzii

Unul dintre obiectivele legiuitorului european este ca, pe piața europeană, consumatorul să beneficieze de același nivel de protecție, indiferent de pe care piață națională cumpără produse, sens în care a instituit o serie de obligații pentru profesionist, fie că este producător în spațiul U.E, fie că doar importă și introduce bunuri în spațiul comunitar, obligații de natură să minimizeze la maximum riscurile produselor și serviciilor comercializate la nivelul uniunii.

Pentru a facilita îndeplinirea acestor obligații de către profesionistul comerciant, dar și pentru a avea la îndemână un instrument de monitorizare, control și sancționare, la nivelul U.E au fost instituite și sunt folosite ca și instrumente sistemul Rapex, sistem oficial al Uniunii Europene de notificare privind produsele periculoase, și marcajul CE, simbol care atestă faptul că producătorul a procedat la evaluarea produselor și că acestea respectă toate normele europene aplicabile în cauză

¹³ A se vedea https://ec.europa.eu/growth/single-market/ce-marking/importers-distributors_en.

MĂSURI DE PĂSTRARE A CONFIDENȚIALITĂȚII ȘI DE PROTECȚIE A PĂRȚILOR VĂTĂMATE ȘI A MARTORILOR ÎN CADRUL DESFĂȘURĂRII ȘEDINȚELOR DE JUDECATĂ DIN REPUBLICA MOLDOVA ȘI ROMÂNIA DIN PRISMA PROTECȚIEI DATELOR CU CARACTER PERSONAL

Daniel CRISTEA

*doctorand în cadrul Universității de Stat din Moldova
Școala Doctorală „Științe juridice”*

Abstract

In the Republic of Moldova and Romania, the confidentiality of court hearings and the protection of personal data of injured parties and witnesses must be understood and seen as a whole in support of them. Courts must adopt clear rules and regulations regarding both the confidentiality and the protection of personal data of injured parties and witnesses.

The new General Data Protection Regulation and the Directive provide an up-to-date legal framework based on the responsibility for data protection. It aims to create a unitary framework for the protection of personal data, and of injured parties and witnesses, during court hearings. They need to be given more rights and facilities to control their own data and therefore more obligations and responsibilities for the courts that manage data in the course of court hearings. There are mainly two such aspects of the regulation at the stage we are referring to: the protection and confidentiality of personal data in the course of court hearings.

Keywords: *confidentiality, protection of personal data, injured parties, witnesses, court hearing*

Noul Regulament general privind protecția datelor și Directiva oferă un cadru legal, actualizat, bazat pe responsabilitatea pentru protecția datelor. Acesta urmărește crearea unui cadru unitar privind protecția datelor cu caracter personal și părților vătămate și martorilor în cadrul ședințelor de judecată. Aceștia trebuie să li se ofere mai multe drepturi și facilități de control asupra propriilor date și, prin urmare, mai multe obligații și responsabilități pentru instanțele de judecată care gestionează date în cadrul desfășurării ședințelor de judecată. Există în principal și două astfel de aspecte ale regulamentului la care ne referim: protejarea și confidențialitatea datelor cu caracter personal în cadrul desfășurării ședințelor de judecată.

În conformitate cu Regulamentul general privind protecția datelor, „date cu caracter personal” includ „orice date care pot fi utilizate pentru a identifica o persoană”. Această definiție include informații generice, dar și mentale, culturale, economice sau sociale, pe lângă cele considerate în mod tradițional ca fiind informații identificabile. Pentru a face față complexității tipurilor de amenințări cu privire la securitatea informațiilor și deoarece securitatea informațiilor este permanentă, trebuie să se stabilească, să se implementeze și să se mențină un sistem de protecție a datelor cu caracter personal în cadrul ședințelor de judecată. Se menționează că, operativitatea procesuală în faza de judecată reprezintă o cerință variabilă și apreciată concret de la caz la caz¹, noi menționăm că operativitatea înțelegerii modului de protecție a datelor cu caracter personal martorilor și părților vătămate reprezintă o cerință a legislației și apreciată de părți în situația respectării intereselor lor în ceea ce privește această protecție. Ca și disciplină, „dreptul procesual penal nu cuprinde numai norme privind procedurile prin care se acționează în perimetrul procesului penal²”, cuprinde și respectarea legislației privind protecția datelor cu caracter personal și aplicarea ei, în cazul nostru protecția datelor martorilor și părților vătămate în cadrul ședințelor de judecată.

Chiar dacă sistemul juridic are o reglementare clară privind desfășurarea ședințelor de judecată, nu putem spune că nu poate fi sau nu a fost încălcată confidențialitatea din prisma datelor cu caracter personal părților vătămate sau martorilor. Le denumim breșe care trebuiesc înlăturate și astfel să nu mai existe posibilitatea a se profita în aplicarea ei. În acest sens **Decizia Curții de Apel București, Secția a 2-a penală, nr. 1279 din 4 iulie 2013**, nepublicată, ne arată o astfel de breșă, deci după obținerea de date cu caracter personal care au dus la identificarea părții vătămate decizia indică faptul că, „inculpatul a încercat a zădărnici aflarea adevărului prin exercitarea de presiuni a părții vătămate, după cum rezultau din convorbirile telefonice interceptate purtate cu fratele său³” dar și „**analiza criticii de neconstituționalitate, prin Decizia nr. 633 din 12 octombrie 2018**, în care, chiar dacă se menționa că prezența inculpatului la audierea unor martori sau a persoanelor vătămate poate avea un caracter intimidant, de natură a-i face pe aceștia să fie reținuți în declarațiile lor și să nu declare tot ceea ce știu în legătură cu fapta cercetată, destabilizând caracterul echitabil al procesului penal⁴ și identificarea de către inculpat a datelor lor cu caracter personal martorilor și persoanelor vătămate trebuie luată în calcul la analiza criticii în vederea evaluării acestui aspect din prisma protecției datelor cu

¹ Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală. Parte generală*, Vol. 1, Paidea, București, 1996, p. 17.

² Traian Pop, *Drept procesual penal*, vol. 1, Partea introductivă, Tipografia Națională S.A., Cluj, 1946, p. 5.

³ Mihail Udrouiu (coord.) ș.a. *Codul de procedură penală, Comentariu pe articole*, ed. 2-a, revăzută și adăugită, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 1079.

⁴ Daniel Marius Morar (coord.) ș.a., *Codul de Procedură Penală în Jurisprudența Curții Constituționale*, Ed. Hamangiu, București, 2021, p. 189.

caracter personal care poate duce odată cu identificarea la influențarea lor, destabilizând astfel și prin acest mod caracterul echitabil al procesului.

Se solicită prin întrebări de ce este necesar a fi excluse, din textele hotărârilor dar și din listele de la avizier privind desfășurarea cauzelor în cadrul ședințelor publice, numele și prenumele părților vătămate și martorilor prin schimbarea lor cu simboluri. În primul rând menționăm că nu afectează dreptul la un proces echitabil aceste nedezvăluiri a numelor și prenumelor iar acest aspect îl întăresc cu argumentarea că, încă din anul 2012, la demersul CNPDCP (Centrul Național pentru Protecția Datelor cu Caracter Personal), Consiliul Superior al Magistraturii RM, prin Hotărârea 508/26 din 21 august 2012, a aprobat modificarea privind modul de publicare a hotărârilor judecătorești pe pagina web, respectiv „*înlocuirii numelor complete a părților și a altor participanți la proces cu inițialele numelui și prenumelui precum și a excluderii informațiilor despre părți și alți participanți la proces privind: data, luna și anul nașterii, locul de muncă și funcțiile deținute, adresa domiciliului, adresa juridică, date despre patrimoniu, numărul de înmatriculare a mijlocului de transport etc.*”⁵.

Deși art. 359, alin. (2) din CPP RM prevede Președintelui să stabilească identitatea părții vătămate⁶, această identitate poate fi stabilită de președinte fără dezvăluirea numelor prin strigare în ședința publică, lucru care poate fi dus la îndeplinire ca și protecție a datelor cu caracter personal părții vătămate. La art. 364 din CPP RM, alin.(1) unde se specifică faptul că, „Președintele ședinței întrebă fiecare parte în proces dacă are careva cereri sau demersuri; iar la alin. (2) „... în privința martorilor... se va indica identitatea și adresa lor în cazul în care partea nu poate asigura prezența lor în instanța de judecată⁷, *părțile pot fi întreabate prin apelativul „partea vătămată, martorul xxx din dosar nr...”*. Cât privește indicarea și adresele martorilor se poate menționa de grefier fără strigare în ședință. Ca și sprijin de întărire a acestei măsuri de a nu fi divulgate datele părților vătămate și martorilor relatez și opinia Curții Europene care menționează în cazul *Sutter c. Elveției (22 februarie 1984, nr. 8209178, par. 34)* că exigența de publicitate a deciziilor nu trebuie neapărat să ia forma unei **lecturi în voce**, referindu-se la **hotărâri**⁸, noi menționăm că poate fi aplicată și în cadrul desfășurării ședințelor de judecată, unde pronunțarea numelor și prenumelor părților vătămate și martorilor să nu ia forma unei așa zise lecturi în voce. Stabilirea identității acestor părți și a adreselor lor poate să se facă și fără strigare prin grija grefierului.

⁵ Hotărârea 508/26 din 21 august 2012 a Consiliul Superior al Magistraturii, Republica Moldova, (Disponibilă: https://www.csm.md/files/Hotaririle/2012/hotariri_2012.PDF), [Accesată: 13.09.2021].

⁶ Codul de procedură penală al Republicii Moldova, în conformitate cu ultimele modificări și completări din Monitorul Oficial al Republicii Moldova, Actualizat 01.10.2018, Tipografia Centrală, Chișinău, 2018, p. 191.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Igor Dolea, *Codul de procedură penală al Republicii Moldova*, Ed. Cartea Juridică, Chișinău, 2016, p.736.

Responsabilitatea principală a unui judecător este să fie responsabilă, adică să întreprindă acțiuni, pe lângă aplicarea legii conform CPP și în linie cu GDPR și să poată explica conformitatea cu GDPR persoanelor vizate. Ca și exemple care au necesitat aplicarea doar a uneia dintre cele două, respectiv nedivulgarea de date cu caracter personal martorilor și părților vătămate, s-a contestat astfel cel de-al doilea, dreptul la un proces echitabil, măsuri care trebuiesc aplicate fără a exclude aplicarea uneia dintre ele. În acest sens menționez: *Cauza Kok contra Olanda*⁹, (Hotărârea din 4 iulie 2000), care a ilustrat păstrarea anonimatului ca și manieră determinantă a unei declarații anonime în vederea arestării preventive unde Procurorul nu a prezentat autorului/avocatului acestuia, în materialele de urmărire penală, probele provenite de la martor și a prezentat judecătorului aceste aspecte iar acesta, Judecătorul, l-a audiat pe martor și a dispus ca numele acestuia să rămână secret. Autorul și avocatul acestuia însă au putut să formuleze întrebări în scris și verbal pe calea unei legături audio cu martorul fără a-l putea vedea fizic. Martorul a răspuns la toate întrebările, mai puțin cele ce prezentau riscul de a-i anula anonimatul. Menționăm în acest sens relatarea Curții care a considerat că procedura de interogare a asigurat, de o manieră suficientă, o compensare a dificultăților pe care le prezintă pentru apărare utilizarea mărturiei anonime. Observăm ca și concluzie, prezentarea învinuiților/ inculpaților/avocaților acestora a prezentării formulării în scris și verbal pe calea unei legături audio/video cu imagine distorsionată a martorilor dar și a părților vătămate, ca o alternativă a garanției protecției datelor cu caracter personal. În *Cauza CtEDO Mușuc c. Moldovei*, (Hotărârea Strasbourg din 06/02/2008), se ilustrează necesitatea garantării protecției datelor cu caracter personal martorilor, fiind confirmat în cauză refuzul de a fi studiat dosarul penal, respectiv una dintre declarațiile martorului, cu ocazia confirmării necesității aplicării arestării. Curtea a recunoscut necesitatea ca urmărirea penală să fie efectuată în mod eficient, ceea ce se poate presupune că o parte din informațiile colectate trebuie păstrate în secret pentru a împiedica autorii să altereze probele și să submineze efectuarea justiției¹⁰ cum este și cazul protejării datelor cu caracter personal. Suntem de acord a ceea ce relatează Curtea despre faptul că acuzatul arestat trebuie să cunoască materialele de urmărire penală pe care se întemeiază acuzațiile îndreptate împotriva sa dar nu înseamnă neapărat și divulgarea datelor cu caracter personal/al informațiilor care pot conduce la identificarea martorului. Pentru prezentare, aceste date și informații pot fi anonimizate/schimbate cu simboluri XXX. Dreptul conferit de lege învinuitului/inculpatului la garantarea egalității de arme între părți prin prezentarea materialului de urmărire penală (în acest caz și declarațiile martorului cu anonimizarea datelor), nu înseamnă că dreptul la protecția datelor cu caracter personal martorului va fi încălcat în măsura în care datele lui vor fi anonimizate/schimbate cu simboluri XXX. În acest

⁹ CEDO, secția I, decizia Kok contra Olanda, Hotărârea din 4 iulie 2000, nr. 43149/98, (Disponibil: jurisprudencedo.com> Kok-contr...), [Accesat: 24.11.2020].

¹⁰ Cauza CtEDO Mușuc c. Moldovei, Hotărârea Strasbourg nr. 42440/06 din 06/02/2008, (Disponibilă: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112791>), [Accesată: 12.11.2020].

fel va fi respectată atât legislația de protecție a datelor cu caracter personal părților vătămate și martorilor și dreptul la cunoașterea materialelor pe care se întemeiază acuzațiile îndreptate împotriva învinuitului/inculpatului.

Un alt exemplu, *Cauza Emilian-George Igna c. României*¹¹, (Hotărârea CEDO din 26.11.2013), se referă tot la încălcarea privind egalitatea armelor cu ocazia arestării preventive întrucât avocatului inculpatului nu i s-a dat dreptul de a avea acces la documentele dosarului cauzei pe baza căruia s-a întemeiat în mod esențial acuzațiile împotriva clientului său. În instanță, propunerea procurorului de arestare preventivă conținea doar o prezentare a faptelor. Se făcea referire la o transcriere a interceptărilor convorbirilor telefonice, dar și la declarațiile date de victime, martori și alți inculpați. Transcrierea interceptărilor au fost prezentate instanței dar datorită recomandării de a nu fi prezentate apărării, instanța a respins prezentarea transcrierilor. Cererea expresă a avocatului de a avea acces la celelalte mijloace de probă au fost ignorate de instanță, respectiv declarațiile date de victimă și martori. Răspundem printr-o întrebare, de ce tocmai instanța de judecată a omis un astfel de drept obligatoriu acestei propuneri a arestării preventive? Bineînțeles, instanța a remarcat că prezentarea acestor declarații poate influența desfășurarea normală a procesului întrucât a ignorat solicitarea avocatului și nu a dispus prezentarea acestor materiale probatorii. Ne punem întrebarea și constatăm că nu era cunoscut nici de către instanță și nici de către procuror modul de rezolvare a legalității, de prezentare a materialelor și de protecție a datelor cu caracter personal care să limiteze aplicarea dispozițiilor prevăzute de art. 223 din CPP ROM. Spunem că protecția datelor nu contravine legii. Menționăm, prezentarea materialelor cauzei pe baza căruia s-au întemeiat în mod esențial acuzațiile împotriva inculpatului, respectiv declarațiile victimei, ale martorilor etc., să fi fost realizate cu anonimizarea datelor cu caracter personal/schimbarea cu simboluri, sau să se aprobe formularea de întrebări în scris și verbal pe calea unei legături audio cu victima și martorul fără a-i putea vedea fizic și să răspundă la toate întrebările, mai puțin cele ce prezintă riscul de a le anula anonimatul, aceste aspecte așa cum le-am mai menționat nu contravin egalității armelor, reguli pe care le propunem în vederea aplicării.

Ca și garantare a protejării datelor cu caracter personal părților vătămate exemplific *Cauza CtEDO Cășuneanu împotriva României*, (*Hotărârea Strasbourg nr. 22018/10* din 16 aprilie 2013)¹², unde la cererea avocatului apărării, Înalta Curte de Casație și Justiție le-a interzis jurnaliștilor să fotografieze, să filmeze și să folosească aparatură electronică în timpul ședinței de judecată. O privim ca și măsură de protecție a datelor cu caracter personal așa cum sunt și propunerile menționate. Nu intrăm în dezbateri dar o privim ca și măsură de protecție a datelor cu caracter

¹¹ Cauza Emilian-George Igna împotriva României, Hotărârea CEDO din 26.11.2013 nr. 21249/05, (Disponibilă: [ier.gov.ro>uploads>cedo](http://ier.gov.ro/uploads/cedo) PDF), [Accesată: 17.11.2020].

¹² A se vedea Cauza CtEDO Cășuneanu c. României, (*Hotărârea de la Strasbourg nr. 22018/10* din 16 aprilie 2013), (Disponibilă: <http://ier.gov.ro/wp-content/uploads/cedo/Casuneanu-impotriva-Romaniei.pdf>), [Accesată: 30.05.2020].

personal, cu atât mai mult cu cât va contribui și nedivulgarea și protejarea de date cu caracter personal care să se stabilească în cadrul desfășurării ședințelor de judecată.

CPP prevăd judecătorilor normele de aplicare în procedurile cauzelor penale, norme care trebuiesc stabilite și în ceea ce privește protecția datelor cu caracter personal. Judecătorii ar trebui să înțeleagă ce date personale vor folosi în cadrul desfășurării judecății și de ce și în ce condiții o pot face. De acolo, pot stabili norme de aplicare adecvate, asigurând un nivel adecvat de transparență. De asemenea, judecătorii pot decide asupra prelucrării și pot determina care cauze necesită evaluări mai aprofundate, cum ar fi protejarea intereselor legitime sau evaluările privind protecția datelor cu caracter personal. Nu în ultimul rând, verificările și răspunsul judecătorilor despre modalitatea de identificare și de aplicare a protecției ca și garanție a datelor cu caracter personal în cadrul desfășurării ședințelor de judecată pot fi realizate prin următoarele întrebări: Cine? Ce? Cum? Unde? și De ce?¹³. Aceste întrebări sunt cele mai elocvente în vederea identificării cu ușurință de către judecători a problemelor în vederea rezolvării deciziei de aplicare în ceea ce privește protecția datelor cu caracter personal părților în cadrul desfășurării ședințelor de judecată. De ex.: Cine sunt persoanele interesate de obținerea datelor cu caracter personale și ale căror părți?; Ce poate influența, în cazul identificării de către învinuit care are interes în cauză, prin obținerea datelor cu caracter personal celorlalte părți?; Întrebarea Cum va proceda după obținerea datelor cu caracter personal părților la influențarea acestora? este și modul de identificare a persoanelor/părților care trebuiesc să fie răspunzătoare pentru încălcarea acestei protecții a datelor cu caracter personal; Unde există/unde poate exista breșa în cadrul în cadrul desfășurării ședințelor de judecată în care pot fi obținute de celelalte părți date cu caracter personal ce nu le aparțin/Unde pot ajunge informațiile ce conțin date cu caracter personal părților vătămate sau martorilor ca să poată influența desfășurarea normală a unui proces?; De ce se dorește obținerea de informații cu privire la identificarea datelor cu caracter personal celorlalte părți în cauză? De asemenea, judecătorii pot să evalueze mai rapid dacă o încălcare a datelor (în cazul în care apare) implică riscuri care necesită decizii noi. Ce ar trebui să urmărească judecătorii în cadrul desfășurării ședințelor de judecată prin măsurile luate, „distrugerea influenței oricărui interes”¹⁴ de către orice parte în obținerea în vederea folosirii datelor cu caracter personal celorlalte părți vătămate sau martorilor. „Logica judecătorilor contribuie astfel la corecta aplicare a dreptului și, prin aceasta, la consolidarea securității juridice și la întărirea legalității. Precizia și justetea gândirii juridice depind de conformitatea ei cu regulile și concluziile logice”¹⁵, în aplicarea și protejarea, prin norme clar stabilite, a datelor cu caracter personal părților vătămate și martorilor.

¹³ Ramona Delia Popescu, Cosmin-Marian Văduva, *Sociologie Juridică*, Ed. Hamangiu, București, 2020, p. 303.

¹⁴ Valeriu Capcelea, *Filozofia juridică*, Ed. Arc, Chișinău, 2011, p. 174.

¹⁵ Mirela Arsith, *Logică Juridică*, Ed. Universitară Danubius, Galați, 2016, p. 17.

Pentru protejarea și confidențialitatea datelor cu caracter personal părților vătămate și a martorilor ca reguli generale în cadrul desfășurării ședințelor de judecată, judecătorii trebuie să aibă obligații directe, cum ar fi:

➤ Să pună în aplicare măsuri tehnice și organizatorice adecvate pentru a asigura și a putea demonstra că prelucrarea în cadrul desfășurării judecății în cadrul ședințelor de judecată este efectuată în conformitate cu GDPR.

➤ Să implementeze măsuri tehnice și organizatorice adecvate, cum ar fi pseudonimizarea, care sunt concepute pentru a implementa principiile de protecție a datelor, cum ar fi minimizarea datelor într-un mod eficient și pentru a integra garanțiile necesare în procesare.

➤ Să pună în aplicare măsuri tehnice și organizatorice adecvate pentru a se asigura că doar datele personale care sunt necesare pentru fiecare scop specific al prelucrării sunt prelucrate.

➤ Păstrarea evidenței activităților de procesare.

Chiar dacă există „obligația instanței de a îndeplini în mod direct toate actele procesuale și procedurale care dau conținut ședinței de judecată¹⁶”, potrivit art. 314, alin. (1) CPP RM „Instanța de judecată este obligată... să audieze... părțile vătămate, martorii,...să dea citire rapoartelor de expertiză, proceselor-verbale și altor documente..”, art. 351 alin. (2) CPP ROM „Instanța este obligată să pună în discuție cererile... și excepțiile ridicate de aceștia...”¹⁷, pentru protecția datelor cu caracter personal trebuie să intervină rolul instanțelor de judecată în aplicarea lor și să stabilească, ca și obligații de respectare a GDPR, limitele dezvăluirii datelor cu caracter personal din rapoartele de expertiză, din procesele verbale etc., sarcini care trebuie să revină judecătorilor instanțelor.

Prin urmare, trebuie să se aplice limitări generale pentru protecția datelor părților vătămate și martorilor de către instanțele de judecată. În aplicarea acestor limitări generale trebuie să se țină seama de specificațiile asociate cu prelucrarea datelor cu caracter personal. Cu cât cantitatea și sensibilitatea datelor sunt deținute pentru a fi dezvăluite, cu atât mai important este conținutul garanțiilor care trebuie aplicat în diferite etape cruciale în procesarea lor în cadrul ședințelor de judecată. În consecință, o referință generală la securitate nu este suficientă pentru a justifica limitările privind protecția datelor. Limitările trebuie să fie clar definite, necesare și proporționale.

¹⁶ Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Tratat de procedură penală, Partea specială*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 154; *Apud* din Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penal română. Partea specială*, Ed. Academiei, București, 1976, vol. II, p. 132.

¹⁷ Ion Neagu, Mircea Damaschin, Andrei Viorel Iugan, *Codul de procedură penală*, Adnotat, include Legislație și Jurisprudență, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 398.

Cu toate acestea, trebuie să existe o garanție asociată cu protecția datelor în cazul în care o limitare pare foarte greu de justificat, și anume controlul conformității de către instanța de judecată. În literatura de specialitate se prevede că „normele de procedură trebuie să fie elaborate în așa fel încât ele să simplifice activitatea care conduce la realizarea justiției, și să-i asigure desfășurarea cea mai conformă cu trebuința de a nu sacrifica nici unul din interesele care pot intra în joc¹⁸”, în cazul nostru de a asigura desfășurarea protecției datelor cu caracter personal tuturor părților din proces în aceeași măsură de aplicare și a normelor de procedură. În acest sens facem referire la **Hotărârea CtEDO Tripăduș c. Moldovei**¹⁹, ce a avut ca obiect recursul împotriva detențiunii ca urmare a prelungirii duratei arestului preventiv, motivația fiind tot încălcarea egalității de arme între părți, întrucât învinuitul nu a avut acces la materialele dosarului de urmărire penală, respectiv la declarațiile martorilor, care păreau a fi susceptibile să influențeze legalitatea menținerii acestuia în stare de arest. Dar, pe lângă declarațiile martorilor un rol hotărâtor pentru a nu avea acces la materialele dosarului l-au avut și descifrările convorbirilor telefonice care au confirmat că învinuitul a întreprins măsuri concrete pentru ghidarea acțiunilor altor participanți la proces și anume a coacuzărilor și a câtorva martori referitor la procesele verbale privind audierea unor martori. Suntem de acord a ceea ce relatează CtEDO despre faptul că acuzatul arestat trebuie să cunoască materialele de urmărire penală pe care se întemeiază acuzațiile îndreptate împotriva sa dar nu înseamnă neapărat și divulgarea datelor cu caracter personal/al informațiilor care pot conduce la identificarea părții vătămate/martorilor. Pentru prezentare, aceste date și informații pot fi și trebuiau să fie anonimizate/schimbate cu simboluri XXX. Dreptul conferit de lege învinuitului/inculpatului la garantarea egalității de arme între părți prin prezentarea materialului de urmărire penală, în acest caz și declarațiile martorilor, nu înseamnă că dreptul la protecția datelor cu caracter personal martorilor va fi încălcat în măsura în care datele lor vor fi anonimizate/schimbate cu simboluri XXX. În acest fel va fi respectată atât legislația de protecție a datelor cu caracter personal și dreptul la cunoașterea materialelor pe care se întemeiază acuzațiile îndreptate împotriva învinuitului/inculpatului, privind analiza măsurii de prelungire a arestului preventiv.

Cât privește dreptul la informare și comunicare transparentă putem spune că, transparența în procesarea de date este fundamentală pentru orice sistem de protecție a datelor inclusiv în cadrul desfășurării judecătii în cadrul instanțelor de judecată. Drepturile persoanelor vizate la intimitate nu poate fi asigurat dacă aceștia nu sunt informați corespunzător cu privire la activitatea de desfășurare a judecătii. Ca principiu, drepturile prevăzute de Regulament și Directivă presupun o informare completă a persoanei vizate (părți vătămate și martori) de către judecător/completul

¹⁸ Ioan Tanoviceanu, *Tratat de Drept și Procedură penală*, vol. IV, ed. a 2-a, Tip. Curierul Juridic, București, 1925, p. 18.

¹⁹ Cauza CtEDO Tripăduș c. Moldovei, *Hotărârea de la Strasbourg nr. 34382/07 din 22 aprilie 2014*, (Disponibilă: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154890>), [Accesată: 15.11.2020].

de judecată pentru ca aceștia să înțeleagă natura și scopul procesării în vederea exercitării drepturilor. Operatorii (judecătorii/completul de judecată) au obligația generală de a informa²⁰ persoana vizată cu privire la intenția de prelucrare, indiferent dacă persoana vizată (parte vătămată/martor) se arată interesată sau nu de informații²¹. Ca și garanție a protecției datelor cu caracter personal martorilor observăm în Hotărârea CtEDO Tripăduș c. Moldovei menționată mai sus în care, chiar dacă învinutului nu i s-au prezentat materialele dosarului de urmărire penală înainte de a se propune prelungirea arestului preventiv, fapt contestat la Curte, care a recunoscut încălcarea egalității de arme între părți, procurorul și implicit instanța de judecată au înțeles faptul că, prezentarea și dezvăluirea datelor cu caracter personal martorilor puteau conduce la influențarea procesului, fapt ce a determinat neprezentarea acestora.

Spunem că Informarea trebuie să cuprindă o serie de elemente, și poate fi realizată prin intermediul unui document prin care, partea vătămată și martorul, sunt informați cu privire la modalitatea în care se prelucrează datele, document intitulat "notă de informare".

În literatura de specialitate se menționa și despre contradictorialitate, care acționează în raporturile părților cu instanța²². Punem întrebarea: În situația în care completul de judecată prezintă părților drepturile lor la protecția datelor cu caracter personal și în situația în care se divulgă/se descoperă aceste date, se poate ajunge la contradictorialitate? Spunem da, în măsura în care completul de judecată, după o analiză a riscului decide și ia măsura de divulgare, prin diversele forme, a datelor părților. De aceea, legislația privind protecția datelor cu caracter personal, aplicată părților în cadrul ședințelor de judecată, nu trebuie aplicată *ad libitum* (după dorință, după plac, pe alese)²³, ci prin norme clar stabilite.

Ca și remarcă a dreptului de acces menționăm că persoana vătămată și martorul trebuie să aibă dreptul la obținerea din partea instanței de judecată a confirmării faptului că se prelucrează sau nu date cu caracter personal care o privesc și, în caz afirmativ, că are dreptul la următoarele informații: scopurile prelucrării; categoriile de date cu caracter personal vizate; destinatarii sau categoriile de destinatari cărora au fost sau urmează să fie divulgate datele cu caracter personal ale acesteia; perioada pentru care se preconizează că vor fi stocate datele sau criteriile pentru stabilirea acestei perioade; existența dreptului de rectificare, ștergere, restricționare a acestor date sau a dreptului de a se opune la prelucrarea datelor personale; dreptul la

²⁰ Daniel-Mihail Șandru, Irina Alexe, *Legislația Uniunii Europene privind protecția datelor cu caracter personal*, Ed. Universitară, București, 2018, p. 44.

²¹ Ruxandra Sava, *Regulamentul General privind Protecția datelor (GDPR) pe înțelesul tău*. Sintează teoretică și recomandări practice, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 160.

²² George Antoniu, Nicolae Volonciu, Nicolae Zaharia, *Dicționar de procedură penală*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1988, p. 77.

²³ Virgil Matei, *Dicționar de maxime, reflecții, expresii latine comentate*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2007, p. 9.

formularea unei plângeri; informații cu privire la sursa datelor cu caracter personal în cazul în care acestea se obțin de la terțe persoane; existența unui proces decizional automatizat incluzând crearea de profiluri. Pe lângă toate acestea, persoana vizată ar trebui și să aibă dreptul să cunoască dacă datele sale fac obiectul vreunui transfer dar și dreptul de a obține din partea instanței de judecată o confirmare că se prelucrează sau nu date cu caracter personal care o privesc și, în caz afirmativ, să aibă dreptul de acces la datele respective precum și la anumite informații²⁴.

Ca o ultimă remarcă, judecătorii se confruntă și trebuie să dispună o analiză pe fiecare caz, a modului în care va respecta legislația de protecție a datelor cu caracter personal părților vătămate și martorilor și nu numai. *Decizia* modului de protejare a datelor cu caracter personal părților trebuie adusă la cunoștință public de către judecători. Cu această ocazie, procurorului, avocaților, părților vătămate/martorilor/învinuiților/ inculpaților trebuie să li se atragă atenția *în termeni expliți* modul de prezentare a materialelor și limitele impuse în vederea nedivulgării și protejării datelor cu caracter personal.

Concluzii și recomandări

Ca și concluzii menționăm faptul că, procesele trebuie să fie proiectate și construite cu luarea în considerare a principiilor reglementărilor în vigoare a protecției datelor cu caracter personal și să ofere garanții pentru protecția datelor (de exemplu: pseudonimizarea sau anonimizare acolo unde este cazul), și de a folosi cele mai înalte posibile setările de confidențialitate în mod prestabilit.

Judecătorii, de asemenea, trebuie să se conformeze și să aplice legislația privind protecția datelor cu caracter personal ca și garanție a confidențialității datelor, părților vătămate și martorilor, legislație care trebuie adusă la cunoștință instanțelor prin instruire și prelucrare, regulile care trebuie să devină obligatorii în ceea ce privește aplicarea.

Ca și recomandări pentru instanțele de judecată în vederea protejării și asigurării confidențialității datelor cu caracter personal părților vătămate și a martorilor:

- *Să asigure mai eficient respectate prevederilor privind protecția datelor cu caracter personal, respectiv a legilor de aplicare a acestora;*
- *Anonimizarea atât a numelui cât și a datelor care pot duce la identificarea părților vătămate și martorilor în toată faza de judecată și pe tot parcursul acestei faze;*
- *Responsabilizarea întregului personal auxiliar din cadrul instanțelor cu privire la prezentarea sau divulgarea informațiilor care pot duce la identificarea părților vătămate și martorilor ca și măsură de întărire a protecției datelor cu caracter personal;*

²⁴ *GDPR. Protecția datelor cu caracter personal. Regulamentul General privind protecția datelor, Ediție bilingvă (Română-Engleză)*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 130.

- *Stabilirea de norme care să includă ce trebuie dezvăluit, menționat oral de participanții în proces, pentru ca datele cu caracter personal să nu mai fie divulgate;*
- *Solicitarea părților privind dreptul acestora de a solicita anonimizarea datelor lor, ascunderea sau dezvăluirea celorlalte părți;*
- *Judecătorii și personalul auxiliar din cadrul instanțelor trebuie să fie pregătiți și să aibă în fișa postului și apărarea drepturilor persoanelor fizice în ceea ce privește protecția datelor cu caracter personal, respectiv de a le fi apărute acele caracteristici care conduc la identificarea lor și obligația corelativă de a adopta măsuri adecvate pentru a asigura o protecție eficientă;*
- *Judecătorii și personalul auxiliar din cadrul instanțelor trebuie să se abțină de la prezentarea sau divulgarea informațiilor care pot duce la identificarea părților vătămate și/sau a martorilor;*
- *Decizia cu privire la efectuarea depersonalizării sau publicării datelor personale trebuie să fie lăsată la discreția judecătorului și este determinată de fiecare caz în parte;*
- *Depersonalizarea trebuie efectuată total, NU doar parțial;*
- *Aplicarea defectuoasă și incoerentă a prevederilor Regulamentului și Directivei în cadrul desfășurării ședințelor de judecată cu privire la confidențialitatea datelor părților vătămate și martorilor, este o problemă sistemică. Aceasta reprezintă un pericol pentru asigurarea efectivă a protecției datelor cu caracter personal persoanelor vătămate și martorilor, în special în cazul dezvăluirii și publicării de date cu caracter personal care pot duce la identificarea lor;*
- *Instanțele judecătorești trebuie să se abțină de la publicarea informațiilor care duc la identificarea părților vătămate sau martorilor sau a altor date care conduc la identificarea lor;*
- *CSM și AAIJ trebuie să asigure mai eficient respectate prevederilor de către toate instanțele judecătorești privind confidențialitatea și protejarea datelor cu caracter personal părților vătămate și martorilor. Acest fapt ar putea fi verificat în mod automat în cadrul oricărui control efectuat la instanțele judecătorești. Analiza o dată la câțiva ani a practicii la toate instanțele judecătorești, de asemenea, ar fi deosebit de informativă pentru identificarea celor mai potrivite măsuri care trebuie întreprinse.*
- *Stabilirea de către instanțe a modului de consemnare a solicitărilor părților vătămate și martorilor privind confidențialitatea datelor ce îi privesc.*

ANALIZĂ ASUPRA MODIFICĂRILOR LEGISLATIVE IMINENTE ALE PROCEDURILOR DE PREVENIRE A INSOLVENȚEI

*Doctorand Daniel Andrei GUNĂ
Școala Doctorală a Facultății de Drept
Universitatea din Craiova*

Abstract

This work aims to analyse the main changes to be operated within Law no. 85/2014, regarding the insolvency prevention procedures, taking into account the draft law elaborated by the Ministry of Justice and put up for public debate this year. These legislative changes are of interest in the matter, considering that they come to align the national regulations with the standards imposed by Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of June 23, 2019.

Keywords: *legislative projects; insolvency prevention; European Union; public debate.*

1. Aspecte generale privind cadrul legislativ actual și normele Uniunii Europene în materie

În momentul de față, procedurile de prevenire a insolvenței reglementate în legislația actuală sunt mandatul ad-hoc și concordatul preventiv, acestea regăsindu-se în Titlul 1 al Legii nr. 85/2014. Anterior, cele două proceduri de prevenire a insolvenței fuseseră introduse prin adoptarea Legii nr. 381/2009, lege care s-a dovedit a fi ineficientă, motiv pentru care, cu ocazia elaborării unui nou cod al insolvenței, acestora li s-au adus o serie de modificări.

Totuși, se constată faptul că aceste din urmă modificări nu și-au atins scopul preconizat, acela de a-i motiva pe debitorii și pe creditorii acestora la recurgerea la astfel de proceduri de salvagardare, reticența celor care dețin creanțe împotriva debitorilor aflați în dificultate financiară fiind în continuare ridicată, aspect ce poate fi remarcat, în primul rând, din numărul mic de cereri de deschidere a celor două proceduri adresate instanțelor de judecată, iar în al doilea rând, de procentul și mai mic din aceste cereri ce ajung să se materializeze și să fie duse la bun sfârșit.

Remarcăm că în 23 iunie 2019 a fost adoptată Directiva (UE) 2019/1023 a Parlamentului European și a Consiliului¹, întrucât s-a constatat că la nivelul Uniunii

¹ Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L172 din 26 iunie 2019.

există un regim diferențiat al procedurilor de restructurare preventivă, insolvență și condiții de descărcare de datorie. În cuprinsul directivei, s-au trasat mai multe obiective², printre care regăsim:

- întreprinderile viabile aflate în dificultate trebuie să aibă acces, într-un stadiu timpuriu, la mecanisme naționale eficiente de restructurare preventivă, inclusiv la instrumente de avertizare timpurie care să permită detectarea circumstanțelor care ar putea da naștere probabilității insolvenței și care să semnaleze debitorilor necesitatea de a acționa fără întârziere;

- întreprinzătorii onești aflați în stare de insolvență sau supraîndatorați trebuie să beneficieze de o a doua șansă, prin descărcarea de datorie după trecerea unei perioade de timp rezonabile;

- procedurile de restructurare preventivă, de insolvență și de descărcare de datorie trebuie să devină mai eficiente, în special prin reducerea duratei acestora, prin digitalizare, dar și prin specializarea celor chemați să aplice procedura.

Astfel, constatăm că situația regăsită pe teritoriul României nu este una singulară la nivelul Uniunii Europene, unul dintre dezideratele acestei directive fiind acela că procedurile de restructurare preventivă trebuie să devină mai eficiente pe întreg teritoriul.

În acest sens, remarcăm că, potrivit expunerii de motive a proiectului de modificare a Legii nr. 85/2014³, între anii 2010 și 2019, mandatul ad-hoc a fost extrem de puțin utilizat, preferând-se recurgerea la o negociere directă, care să nu implice concursul autorității judecătorești, iar procedura concordatului preventiv a fost utilizată de 80 de ori la nivel național, rata de succes fiind de 8.75%. Prin urmare, concluzia firească este aceea că, raportat la cifrele expuse, directiva în discuție este una binevenită, întrucât procedurile de restructurare ar putea deveni în viitor o alternativă viabilă la intrarea în insolvență, iar în urma derulării acestora cu succes s-ar putea naște relații comerciale mai puternice pe piață, bazate pe încrederea acordată de creditorii în momentul în care un debitor era în dificultate.

² Pentru o analiză mai detaliată asupra principalelor obiective trasate de directiva în discuție, a se vedea Daniel Andrei Gună, *Procedurile de prevenire a insolvenței în contextul reglementării Uniunii Europene, în Identities in Globalization. Intercultural perspectives – Social Sciences*, ed. Arhipelag XXI Press, Tg. Mureș, 2020, p. 390-395, disponibilă la adresa <https://old.upm.ro/gidni/GIDNI-07/GIDNI-07%20Social%20Sciences.pdf/>.

³ Disponibil la adresa <https://www.unbr.ro/proiectul-de-lege-pentru-modificarea-si-completarea-legii-nr-85-2014-privind-procedurile-de-prevenire-a-insolventei-si-de-insolventa-transpunerea-directivei-privind-restructurarea-si-insolve/>, accesată în data de 12.10.2021.

2. Norme cu caracter general din Legea nr. 85/2014 ce urmează să fie modificate

Pe lângă modificările ce urmează să opereze în ceea ce privește Titlul I al Legii, observăm că în proiectul de lege rezultat în urma dezbaterii publice⁴ au fost modificate dispozițiile art. 2, care va avea, în situația în care legea va fi adoptată în această formă, următorul conținut: *Scopul prezentei legi este instituirea unor proceduri de prevenire a insolvenței la care pot recurge debitorii aflați în dificultate și, respectiv, a unor proceduri colective de insolvență pentru acoperirea pasivului debitorului, în care debitorul beneficiază, atunci când este posibil, de șansa de redresare a activității sale.* Așadar, remarcăm că în chiar textul care indică scopul acestei legi urmează să fie prevăzut în mod expres că acesta este, printre altele, și cel de a introduce o serie de proceduri de prevenire a insolvenței, pe de o parte, iar pe de altă parte este subliniată șansa debitorului redresare a activității sale.

Astfel, prin această modificare, autorul proiectului își arată în mod direct intenția de a mări vizibilitatea procedurilor de prevenire a insolvenței și de a oferi profesioniștilor de pe piață mecanismele necesare utilizării cât mai dese a unor astfel de proceduri.

Remarcăm că, pe lângă redenumirea capitolului II al titlului preliminar din Lege, care în proiectul de lege va avea titlul de „Principii și definiții”, la pct. 2 al art. 4. se propune o modificare, acesta urmând să sune în felul următor: „*acordarea unei șanse debitorilor de redresare eficientă a afacerii, prin accesul efectiv al debitorului la mijloace de avertizare timpurie, prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței sau prin procedura de reorganizare judiciară, fără a aduce atingere altor soluții de redresare*”. Așadar, remarcăm că se dorește introducerea cu titlu de principiu a facilitării accesului efectiv al debitorilor la anumite mijloace de avertizare timpurie, aspect pe care îl regăsim și în cuprinsul directivei în baza căreia s-a inițiat proiectul de modificare a legii.

Această avertizare timpurie este definită în cuprinsul dispozițiilor art. 5 alin. (1) pct. 5¹ din Lege, ca fiind „*alertarea asupra existenței unor circumstanțe care ar putea da naștere stării de dificultate sau de insolvență a debitorului*”. În acest sens, se propune a fi introdus capitolul III al Titlului preliminar, denumit chiar *avertizarea timpurie*, capitol ce cuprinde două articole, din care rezultă, în esență, că această avertizare timpurie a debitorilor se realizează în condițiile legii, iar informațiile cu privire la aceasta trebuie aduse la cunoștința publicului, online.

În situația în care proiectul nu va suferi modificări majore din acest punct de vedere, sunt de așteptat norme referitoare la detalierea mecanismelor acestei avertizări timpurii. Astfel, este de urmărit cum vor evolua aceste dispoziții, respectiv dacă legiuitorul va alege să introducă în cuprinsul Legii nr. 85/2014 mecanismele de

⁴ Disponibil la adresa <https://www.unbr.ro/proiectul-de-lege-pentru-modificarea-si-completarea-legii-nr-85-2014-privind-procedurile-de-prevenire-a-insolvenței-si-de-insolventa-transpunerea-directivei-privind-restructurarea-si-insolve/>, accesată în data de 12.10.2021.

avertizare timpurie ori, dimpotrivă, va opta pentru reglementarea acestora în cuprinsul unui act normativ distinct în acest sens.

O definiție importantă ce se propune a fi înlăturată prin modificarea legii este cea a debitorului aflat în dificultate financiară, reglementată de dispozițiile art. 5 alin. (1) pct. 27 din Lege⁵, aceasta urmând să fie înlocuită, la art. 26² cu cea de *dificultate*, care sună în felul următor: „*starea generată de orice împrejurare care determină o afectare temporară a activității, ce dă naștere unei amenințări reale și grave la adresa capacității viitoare a debitorului de a-și plăti datoriile la scadență, dacă nu sunt luate măsuri adecvate; debitorul în stare de dificultate este capabil să își execute obligațiile pe măsură ce devin scadente*”.

Din analiza comparativă a celor două definiții în discuție observăm că cea oferită stării de dificultate, ce se propune a fi introdusă, este una mai largă, aceasta oferind caractere mai generale situației în care un debitor trebuie să se afle atunci când recurge la o procedură de prevenire a insolvenței, cu atât mai mult cu cât, prin ultima teză, practic îl definește și pe debitorul aflat în dificultate.

Punctul 36 se propune a fi abrogat, ca urmare a politicii acestui proiect de lege, în care procedura mandatului ad-hoc nu își mai găsește locul. Pe cale de consecință, urmează să fie introdusă o nouă procedură de prevenire a insolvenței, aceea a acordului de restructurare, care este definită de pct. 43¹, prin acord de restructurare înțelegându-se „*procedura de prevenire a insolvenței prin care debitorul supune confirmării judecătorului sindic un acord de restructurare negociat în prealabil cu creditorii ale căror creanțe sunt afectate și aprobat în condițiile prezentei legi, în baza căruia își redresează activitatea și își achită total sau parțial creanțele afectate în perioada stabilită prin acordul de restructurare*”.

De asemenea, definiția concordatului preventiv se propune a fi schimbată, aceasta urmând să se regăsească la pct. 44¹ și să sune în felul următor: „*procedura concordatului preventiv reprezintă procedura judiciară de prevenire a insolvenței, a cărei deschidere suspendă executările silite în condițiile prezentei legi, iar debitorul își redresează activitatea și își achită total sau parțial creanțele afectate în baza unui plan de restructurare votat de creditorii ale căror creanțe sunt afectate și omologat de judecătorul sindic*”.

Remarcăm că prin această nouă definiție, autorul proiectului omite să mai precizeze în mod expres caracterul contractual al concordatului preventiv. De asemenea, este de remarcat că prin definiție se menționează că deschiderea procedurii concordatului preventiv are ca efect suspendarea, în condițiile legii, a executărilor silite pornite împotriva debitorului. În fine, observăm că este introdus

⁵ „*Debitorul care, deși execută sau este capabil să execute obligațiile exigibile, are un grad de lichiditate pe termen scurt redus și/sau un grad de îndatorare pe termen lung ridicat, ce pot afecta îndeplinirea obligațiilor contractuale în raport cu resursele generate din activitatea operațională sau cu resursele atrase prin activitatea financiară*”.

planul de restructurare, care vine să înlocuiască proiectul de concordat, regăsit în reglementarea actuală.

Observăm că art. 6 urmează să preia dispozițiile generale privind deschiderea procedurilor de prevenire a insolvenței, în reglementarea actuală acesta limitându-se la a menționa că titlul respectiv din lege este aplicabil debitorilor aflați în dificultate financiară. Astfel, o parte din condițiile regăsite la art. 16 din Lege, ce trasează condițiile de deschidere a procedurii concordatului preventiv, sunt transferate la art. 6.

3. Abrogarea mandatului ad-hoc și introducerea acordului de restructurare

Ca urmare a constatării faptului că procedura mandatului ad-hoc este folosită în extrem de puține situații, părțile preferând o negociere directă, fără implicarea președintelui tribunalului, autorul proiectului de lege a preferat să abroge dispozițiile ce reglementează această procedură și să o înlocuiască, venind cu propunerea introducerii uneia noi, respectiv acordul de restructurare, acesta urmând a se regăsi, conform proiectului de lege, în cuprinsul dispozițiilor art. 15¹-15¹³.

Observând cuprinsul acestora, remarcăm că acesta vine, într-adevăr, să înlocuiască procedura mandatului ad-hoc, o parte dintre mecanismele acestuia din urmă fiind preluate într-o formă sau alte de acordul de restructurare.

O primă distincție pe care o subliniem este înlocuirea președintelui tribunalului cu judecătorul-sindic, cel din urmă preluând în mare parte atribuțiile pe care primul le are în cadrul procedurii mandatului ad-hoc. Apreciem această propunere ca fiind una întemeiată, întrucât singura justificare a dispozițiilor ce impuneau ca președintele tribunalului să fie reprezentantul autorității judecătorești în procedura mandatului ad-hoc era aceea că procedura este una secretă. Totuși, orice alt judecător, chiar și fără a fi într-o funcție de conducere în cadrul unui tribunal, are, prin natura activității pe care o desfășoară, obligația de confidențialitate. Prin urmare, apreciem că această propunere este una binevenită, urmând ca, în eventualitatea în care procedura acordului de restructurare să fie una populară și să se recurgă foarte des la ea, cauzele ce se vor înregistra pe rolul instanțelor să fie împărțite în mod egal între judecătorii din cadrul acestora.

Remarcăm că în procedura acordului de restructurare, acel practician în insolvență ce are atribuții în aplicarea efectivă a procedurii nu se va mai numi mandatar ad-hoc, ci administrator al restructurării. Această modificare este una firească, dată fiind denumirea procedurii ce se propune a fi introdusă.

Cu privire la atribuțiile acestui administrator al restructurării, s-a propus, prin proiectul de lege, ca acesta să își dea concursul atunci când debitorul aflat în dificultate solicită deschiderea procedurii, fie prin întocmirea pentru acesta a unui acord de restructurare, fie prin întocmirea personală de către debitor, însă cu asistența unui astfel de administrator, a unui acord de restructurare. Această modificare vine să

mărească rolul pe care practicianul în insolvență îl are în procedură, fiind practic nevoie de cunoștințele și de girul acestuia în momentul în care urmează să se solicite deschiderea procedurii, spre deosebire de procedura mandatului ad-hoc, în cadrul căreia orice debitor putea adresa singur o cerere prin care solicita numirea unui mandatar ad-hoc.

Se propune, în cuprinsul art. 15², introducerea în mod detaliat a informațiilor/documentelor ce trebuie să se regăsească în cuprinsul acordului de restructurare și remarcăm că lista nu este deloc una scurtă, numerotarea de la lit. a) la lit. m).

O astfel de detaliere a cuprinsului acordului de restructurare, deși poate fi descurajatoare pentru un debitor aflat în dificultate, în situația în care acordul este făcut în mod profesionist, ar putea fi benefică acestui debitor, prin gradul ridicat de rigurozitate cerut de lege dându-se impresia unui proiect serios și, implicit, atrăgându-se mai mult interesul creditorilor în a lua parte la procedură, spre deosebire de procedura mandatului ad-hoc, care prevede în mod general că mandatarul are ca atribuție realizarea, în termen de 90 de zile de la desemnare, a unei înțelegeri între debitor și unul sau mai mulți dintre creditorii săi.

Observăm că, prin proiectul propus, procedura acordului de restructurare se aseamănă foarte mult cu procedura concordatului preventiv, întrucât se impune ca, ulterior întocmirii acordului, acesta să fie supus unui vot al creditorilor ce dețin creanțe afectate, aspecte ce nu se regăsesc în reglementarea privind mandatul ad-hoc.

Astfel, nu se mai poate vorbi despre o simplă mediere a unei negocieri între debitorul aflat în dificultate și creditorii acestuia, fiind, în situația în care această formă a proiectului va intra în vigoare, în prezența unei proceduri mai detaliate și cu mai multe mecanisme de garantare a seriozității celor implicați în derularea ei.

4. Modificările propuse cu privire la procedura concordatului preventiv

În ceea ce privește procedura concordatului preventiv, remarcăm că autorul proiectului a ales să facă modificări substanțiale. În primul rând, proiectul de concordat se propune a fi înlocuit cu planul de restructurare, această modificare fiind însă una de ordin terminologic, deoarece, în concret, planul de restructurare urmează, conform proiectului, aproximativ aceiași pași precum proiectul de concordat, fiind de asemenea supus omologării, în vederea extinderii efectelor și față de creditorii nesemnatați.

Prin proiect, judecătorul-sindic dobândește două noi atribuții. Prima dintre acestea se referă la competența acestuia de a soluționa contestațiile formulate potrivit dispozițiilor art. 29¹ din Lege, acest articol fiind, de asemenea, propus a fi introdus prin proiect și presupune dreptul creditorilor de a formula, în situația în care apreciază că a fost folosit în cauză un fals, dol sau o eroare esențială ori existența de titluri hotărâtoare și până atunci necunoscute care au determinat înscrierea în listă a unei creanțe, contestație în ceea ce privește introducerea în lista creanțelor a unei creanțe.

Apreciem că posibilitatea oferită creditorilor este una binevenită, deoarece aceasta poate fi aptă să mărească încrederea acestora în derularea cu succes a procedurii, prin oferirea de mecanisme legale prin care pot fi protejați.

O altă atribuție pe care judecătorul-sindic o dobândește este aceea de a analiza, trimestrial, stadiul procedurii, în baza rapoartelor întocmite de către administratorul concordatar, putând să stabilească în acest sens și alte obligații în sarcina debitorului. Apreciem, de asemenea, că această modificare ce se propune a fi făcută este una de bun augur, aceasta mărinzind controlul pe care instanțele judecătorești îl au asupra procedurii și fiind capabilă, cel puțin teoretic, să mărească interesul și încrederea creditorilor că, printr-o astfel de implicare a judecătorului-sindic, procedura are șanse mai mari să poată fi dusă la bun sfârșit.

Articolul 23 din Lege, ce reglementează deschiderea efectivă a procedurii, suferă modificări importante prin proiectul de lege. Astfel, dacă în reglementarea actuală, debitorul aflat în dificultate trebuie doar să solicite tribunalului competent deschiderea procedurii, fiind menționată doar obligația de a propune numirea unui administrator concordatar, în forma propusă sunt enumerate punctual actele ce trebuie să însoțească o cerere de deschidere a procedurii concordatului preventiv⁶. Astfel, considerăm că introducerea obligației de a depune un raport întocmit de către administratorul concordatar, în care este analizată existența stării de dificultate, este capabilă să ducă la o mai bună derulare ulterioară a procedurii, fiind, în mod clar, mai credibilă decât simpla declarație a debitorului privind starea de dificultate, declarație ce este cerută sub imperiul reglementării în vigoare.

Una dintre modificările esențiale propuse prin proiect se regăsește în cuprinsul dispozițiilor art. 23 alin. (2) din Lege, fiind acordată astfel posibilitatea unuia sau mai multor creditori deținători ai unei creanțe certe și lichide de a cere deschiderea procedurii concordatului preventiv. Apreciem, însă, că această prevedere, deși una interesantă la prima vedere, nu ar avea un impact foarte mare, deoarece este necesar acordul debitorului pentru solicitarea deschiderii procedurii de către creditori. Este firesc să fie cerut acest acord, dată fiind natura contractuală a concordatului preventiv, însă în reglementarea actuală nimeni nu-i împiedică pe creditori să negocieze direct cu debitorul și să-i propună acestuia să formuleze o cerere de deschidere a procedurii.

În concluzie, apreciem că această modificare, deși necesară în contextul dispozițiilor directivei, nu ar veni să faciliteze în mod semnificativ apelarea la procedură, deoarece, în final, este vorba tot despre un contract pentru a cărui încheiere este nevoie de intersectarea voințelor părților.

⁶ Aceste acte sunt:

- a) raportul administratorului concordatar, care analizează starea de dificultate;
- b) indicarea administratorului concordatar contractat, documentele care îi atestă acestuia calitatea de practician în insolvență activ și asigurarea profesională valabilă;
- c) declarația debitorului potrivit căreia acesta nu se află în una dintre situațiile prevăzute la lit. a) și b) ale art. 16.

Articolul 24 se propune a fi modificat, prin detalierea informațiilor ce trebuie să se regăsească în planul de restructurare. În concret, trebuie să se menționeze mai multe date decât în reglementarea actuală, cum ar fi împărțirea creanțelor în două categorii (afectate de planul de restructurare și neafectate), o expunere de motive a planului de restructurare, măsurile efective propuse, fiind oferite în acest sens și exemple concrete, bugetul de venituri și cheltuieli și fluxurile financiare estimate ale debitorului pe durata planului de restructurare, etc. Dat fiind acest număr mare de informații cerute, este firească și mărirea termenului de depunere a planului de restructurare/proiectului de concordat, de la 30 de zile din momentul numirii administratorului concordatar la 60 de zile din momentul deschiderii procedurii.

Printr-o astfel de detaliere a informațiilor ce trebuie regăsite în cuprinsul planului de restructurare, apreciem că s-ar crea o transparență mai mare a procedurii și implicit un nivel de seriozitate mai ridicat al acesteia, astfel că s-ar crea premisele unei mai bune colaborări și unei reușite a procedurii.

Totuși, există și reversul medaliei, acela constând în crearea unei aparențe de birocratizare excesivă a procedurii. Astfel, s-a avansat opinia potrivit căreia, dată fiind similitudinea dintre conținutul planului de restructurare și cel al planului de reorganizare, s-ar accentua impresia că procedura concordatului preventiv este o formă re-stilizată de reorganizare judiciară⁷.

Prin proiect se propune un termen mai mare al derulării procedurii, de la 24 de luni, cu posibilitatea prelungirii pentru încă 12 luni, cât este în prezent, la 48 de luni, cu posibilitatea prelungirii pentru încă 12 luni. O astfel de prelungire ar fi benefică pentru debitorul aflat în dificultate, deoarece acesta ar beneficia mai mult de efectele și de protecția oferite de procedură, însă, pe de altă parte, apreciem că, din punctul de vedere al creditorilor, mărirea termenului ar veni să descurajeze eventuala lor implicare în procedură. Astfel, ne manifestăm reticența în ceea ce privește această propunere și considerăm că durata actuală a procedurii este una optimă, iar o eventuală mărire a termenului în care procedura să se desfășoare nu ar fi oportună. În același sens, s-a exprimat în doctrină reticența în ceea ce privește durata procedurii, reținându-se în mod întemeiat că perioada de desfășurare a procedurii concordatului preventiv echivalează cu cea a reorganizării judiciare din reglementarea actuală⁸.

O altă modificare importantă vizată prin proiect o regăsim la art. 25. Astfel, potrivit reglementării actuale, în baza ofertei de concordat preventiv, debitorul are dreptul de a cere judecătorului-sindic să dispună suspendarea provizorie a urmărilor silite declanșate împotriva sa. Noua formă propusă prevede faptul că din

⁷ Gheorghe Piperea, *Analiza Proiectului de lege de modificare a Legii insolvenței nr. 85/2014*, material disponibil accesând link-ul <https://www.juridice.ro/essentials/4638/analiza-proiectului-de-lege-de-modificare-a-legii-insolventei-nr-85-2014>, accesat la data de 25.10.2021.

⁸ Gheorghe Piperea, *Analiza Proiectului de lege de modificare a Legii insolvenței nr. 85/2014*, material disponibil accesând link-ul <https://www.juridice.ro/essentials/4638/analiza-proiectului-de-lege-de-modificare-a-legii-insolventei-nr-85-2014>, accesat la data de 25.10.2021.

momentul deschiderii procedurii are loc o suspendare de drept a executărilor silite îndreptate împotriva debitorilor ori acestea nu pot începe pentru o perioadă de 4 luni, aceasta putând fi mărită de către judecătorul-sindic până la 12 luni.

Această propunere de modificare este una de bun augur, deoarece ar veni ca un ajutor imediat dat debitorului în realizarea scopului pentru care a apelat de la început la această procedură, acela de a ieși din situația de dificultate financiară în care se află, fără a mai fi nevoie să se adreseze în mod expres judecătorului-sindic în acest sens.

S-a statuat în doctrină că poate fi pusă întrebarea că de ce ar mai fi nevoie de omologare, care determină, prin ea însăși, o suspendare „definitivă” a urmărilor silite, până la finalul derulării procedurii, din moment ce se poate ajunge la o perioadă de 12 luni de suspendare, iar planul de restructurare – în cazul în care va fi votat – va conține, oricum, astfel de măsuri opozabile creditorilor acceptanți⁹. Răspunsul la o astfel de întrebare este acela că, în perioada premergătoare omologării concordatului, debitorul are nevoie de anumite facilități în vederea evitării măririi dificultății financiare în care se află, iar o astfel de suspendare are acest rol.

O altă propunere de modificare ce ar veni în sprijinul debitorului se regăsește în cuprinsul dispozițiilor art. 25² din Lege, conform căruia „creditorii nu pot refuza executarea contractelor în derulare esențiale, nu pot rezilia, executa în mod anticipat sau modifica aceste contracte în detrimentul debitorului, pentru creanțe născute anterior intervenirii suspendării executării, exclusiv pentru neplata creanțelor, cu condiția ca debitorul să respecte obligațiile care îi revin în temeiul acestor contracte care ajung la scadență în cursul suspendării executării silite”. Apreciem că această modificare este una utilă, menită să ofere debitorului o anumită siguranță în desfășurarea activității curente.

Conform proiectului de modificare, art. 27 alin. (4) din Lege vine să împartă anumite creanțe în mai multe categorii distincte¹⁰ în cazul în care debitorul aflat în dificultate a avut o cifră de afaceri de peste 500.000 de euro, în echivalentul în lei, în anul anterior. Potrivit primei teze a alin. (7) al aceluiași articol, un plan de restructurare este socotit ca fiind acceptat de către o categorie de creanțe în situația în care este votat de o majoritate absolută din valoarea creanțelor. Observăm, astfel, că se propune modificarea procentului necesar pentru aprobarea planului de restructurare, acesta fiind, potrivit reglementării actuale, de 75 de procente din valoarea creanțelor acceptate și necontestate. O astfel de modificare vine să faciliteze

⁹ *Idem.*

¹⁰ Următoarele categorii de creanțe se constituie distinct, pentru acestea votându-se separat un plan de restructurare:

- a) creanțele care beneficiază de drepturi de preferință;
- b) creanțele salariale;
- c) creanțele creditorilor indispensabili, dacă este cazul;
- d) creanțele bugetare;
- e) celelalte creanțe.

recurgerea la procedură, debitorul aflat în dificultate nemaifiind constrâns să-i convingă pe creditorii ce dețin trei sferturi din totalul creanțelor acceptate și necontestate să accepte planul de restructurare propus, un astfel de procent fiind unul destul de mare.

La art. 28 se propune introducerea mai multor condiții pentru omologarea planului de restructurare. Astfel, dacă în reglementarea actuală este necesară doar constatarea îndeplinirii a numai două condiții¹¹, în forma propusă pentru modificare se au în vedere mai multe aspecte¹².

Considerăm că o parte dintre aceste condiții nu trebuiau enumerate în mod expres, întrucât acestea sunt mai greu verificabile de către judecătorul-sindic în momentul pronunțării asupra cererii de omologare a planului de restructurare. Un exemplu în acest sens este condiția referitoare la tratamentul corect și echitabil de care trebuie să se bucure creditorii desemnari ai acordului, ce poate fi mai greu apreciată ca fiind întrunită.

Astfel, considerăm că în momentul în care proiectul va fi dezbătut de către comisiile de specialitate din cadrul celor două camere ale Parlamentului, trebuie eliminate o parte dintre aceste condiții, ele trebuind să se limiteze la elemente ce pot fi apreciate în mod obiectiv, precum respectarea condițiilor de împărțire a creanțelor pe categorii distincte ori întrunirea numărului minim de voturi necesar pentru aprobarea planului de restructurare.

Acestea sunt principalele modificări propuse în ceea ce privește procedurile de prevenire a insolvenței. Bineînțeles, elementele analizate nu reprezintă o listă exhaustivă a tuturor diferențelor existente între reglementarea actuală și cea ce se

¹¹ Prima condiție presupune ca valoarea creanțelor și/sau în litigiu să nu depășească 25% din masa credală, iar a doua condiție constă în votarea proiectului de concordat de către creditorii ce dețin cel puțin 75% din valoarea creanțelor acceptate și necontestate.

¹² a) planul de restructurare a fost aprobat de creditorii din fiecare categorie cu majoritate absolută;

b) creditorii din aceeași categorie de creanțe sunt tratați în mod egal și proporțional cu creanța lor; în cazul constituirii de sub-categorii, se aplică alin. (3);

c) comunicarea planului de restructurare tuturor părților afectate a fost făcută în condițiile prezentei legi;

d) în cazul în care există creditori care nu au votat planul de restructurare sau nu au participat la vot, aceștia beneficiază de un tratament corect și echitabil;

e) finanțarea nouă, dacă este cazul, este justificată de punerea în aplicare a planului de restructurare și nu prejudiciază în mod neechitabil interesele creditorilor;

f) planul prezintă perspective rezonabile de prevenire a insolvenței debitorului și de asigurare a viabilității societății;

g) s-au respectat condițiile de vot și împărțirea în categorii și sub-categorii de creanțe s-au făcut conform prevederilor prezentului capitol;

h) creanțele propuse a nu face parte din planul de restructurare nu sunt afectate direct prin măsurile pe care acesta le prevede și motivele de excludere din acord a acestora sunt întemeiate.

propune a fi făcută, ci vizează numai problemele majore asupra cărora autorul proiectului intervine.

Este de urmărit parcursul acestui proiect legislativ, deoarece o bună parte dintre modificările propuse nu vor rămâne în această formă, cum nu au rămas nici după prima consultare publică făcută de către Ministerul Justiției. O parte dintre modificări sunt utile și vin să faciliteze accesul la procedurile de restructurare, însă regăsim și propuneri care nu își găsesc rostul, mecanismele propuse putând face procedurile de prevenire a insolvenței mai neatractive decât sunt în prezent, ceea ce ar însemna că s-ar ajunge la atingerea unui rezultat total opus celui urmărit de directiva ce trebuie transpusă.

EVOLUȚIA DREPTULUI PENAL AL MEDIULUI ÎN ROMÂNIA

Drd. Av. Constantin BUREȚEA
Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova

Abstract

Environmental protection has now become an important concern of states at both European and global level. The first important steps to protect the environment were taken in 1972 with the adoption of an environmental policy at the Paris European Council, following the first United Nations Conference on the Environment. Internally, under the strong impetus of the 1972 Conference, Law 9/1973 was adopted, which made the first references to the sanctioning regime which was to be applied (including criminal liability) as a result of violating the legal provisions on environmental protection. Since the adoption of Law 9/1973 and until now, the criminal legislation on the environment has undergone a series of changes, but it is still necessary to improve the means of environmental protection through criminal law.

Keywords: *environment, criminal liability, evolution, protection*

1. Cadrul general

Protecția mediului înconjurător nu s-a situat întotdeauna în vizorul autorităților și bineînțeles, neexistând o prioritate în privința protecției mediului, nu a existat niciun cadru normativ adecvat care să ofere această protecție¹. Odată cu dezvoltarea civilizației, sub aspect politic, economic și social, protecția și îmbunătățirea condițiilor de mediu a devenit o prioritate pentru întreaga umanitate, conturându-se un nou obiectiv în viziunea națiunilor la nivel global, acela de protecție a mediului.

Mediul, a fost definit, în doctrină, ca fiind totalitatea factorilor naturali și a celor creați prin activități umane care, în strânsă interacțiune, influențează echilibrul ecologic, determină condițiile de viață pentru toate vietățile de pe Terra, și cele de

¹ Lucreția Dogaru, *Eco-Innovation and the Contribution of Companies to the Sustainable Development*, Elsevier, Procedia Manufacturing, No. 46 (2020), pp. 294-298; Lucreția Dogaru, *Dreptul mediului*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Pro Universitaria, București, 2020; Adrian Barbu Ilie, *Dreptul mediului*, Ed. C.H. Beck, București, 2017.

dezvoltare în ansamblu a societății umane². Trecând de la definiția mediului la modalitatea în care putem proteja toate acele elemente care au fost identificate ca făcând parte din complexa definiție a mediului, protecția mediului poate fi realizată numai prin dezvoltarea dreptului mediului, ca ramură de drept. Dreptul mediului a fost definit ca fiind acea ramură de drept, parte componentă a sistemului național de drept, care reunește normele juridice care reglementează relațiile sociale privind protecția mediului, în vederea atingerii obiectivelor specifice dezvoltării durabile³.

Sigur că există o multitudine de metode prin care se poate realiza protecția mediului, de la atragerea răspunderii civile sau disciplinare (în cazul celor însărcinați cu aplicarea normelor de protecție a mediului) până la atragerea răspunderii contravenționale și penale însă, în raport de subiectul articolului ne vom opri doar asupra protecției mediului prin intermediul dreptului penal și evoluția acestuia la nivel național⁴.

Referitor la răspunderea penală, trebuie menționat că, astfel cum s-a stabilit și în doctrină⁵, instituția infracțiunii este intim legată de instituția răspunderii penale, art. 15 alin. (2) C.p. prevăzând în concret că „Infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale.”⁶. Cum obiectul dreptului penal constă în apărarea drepturilor cetățenilor și în asigurarea exercitării unei represii corespunzătoare împotriva acelor indivizi ce au intrat sub sfera ilicitului penal, se poate trage concluzia că dreptul penal al mediului asigură atât respectarea drepturilor individuale ale fiecărui cetățean prin mijloace de prevenție și represii penale cât și respectarea normelor cu caracter general ce vizează protecția mediului.

Analiza răspunderii penale în dreptul mediului și a evoluției dreptului mediului în România reprezintă o importanță deosebită cu atât mai mult cu cât infracțiunile îndreptate împotriva mediului, a elementelor sale sunt în plină expansiune, ca număr, volum, profit adus celor ce le săvârșesc și nivel incomensurabil al pagubelor. Criminalitatea ecologică se dovedește a fi foarte profitabilă pentru autori, care depozitează ilegal deșeuri periculoase, fac trafic de substanțe toxice interzise, specii rare sau amenințate cu dispariția, și pentru că măsurile luate împotriva lor, la nivel național, regional și internațional, sunt vădit disproporționate cu efectele infracțiunilor⁷.

² Ernest Lupan, *Tratat de dreptul protecției mediului*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 4.

³ Anca Ileana Dușcă, *Dreptul Mediului*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 9.

⁴ Mircea Duțu, *Evolution et difficultes de l'harmonisation legislative dans le domaine de l'environnement*, în Romanian Journal of European Affairs nr. 1/2001; Mircea Duțu, *Formarea, evoluția și perspectivele de dezvoltare ale dreptului mediului în România*, în Revista română de drept al mediului nr. 1/2003.

⁵ Mircea Duțu, *Specificul sancțiunilor de drept al mediului*, în Dreptul nr. 10-11/1994; Mircea Duțu, *Considerații asupra specificului contravențiilor la regimul de autorizare a construcțiilor*, în Dreptul nr. 10-11/1995.

⁶ Mihail Udroi, *Drept penal. Partea Generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2018, p.84.

⁷ Anca Ileana Dușcă, *Dreptul Mediului*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 267.

2. Legea nr. 9/1973 privind protecția mediului înconjurător

Primele reglementări ce atrăgeau, printre altele, și răspunderea penală a celor ce încălcau normele de mediu, se regăsesc în Legea nr. 9/1973 privind protecția mediului înconjurător, publicată în Buletinul Oficial nr. 91 din 23 iunie 1973; acest act normativ a fost adoptat la nivel intern ca urmare a Primei Conferințe a Organizației Națiunilor Unite privind Mediul, de la Stockholm, din 1972⁸.

Astfel, în art. 73 din Legea nr. 9/1973, în capitolul 5, intitulat „*Sanctiuni*”, era prevăzut în mod expres faptul că încălcarea dispozițiilor legale cu privire la protecția mediului înconjurător atrage răspunderea disciplinară, materială, civilă, contravențională sau penală, după caz.

Potrivit art. 77 din Legea nr. 9/1973, era pedepsită cu închisoarea de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă evacuarea în atmosferă a substanțelor dăunătoare sub forma de gaze, vapori, aerosoli, particule solide, precum și producerea de zgomote peste limitele stabilite de normele legale, care pun în pericol sănătatea ori integritatea corporală a oamenilor sau produc pagube economiei naționale. Potrivit art. 78 din același act normativ, era pedepsită cu închisoarea de la o luna la 1 an depozitarea, aruncarea ori evacuarea reziduurilor menajere sau a celor industriale, fără respectarea normelor legale, dacă prin aceasta se pune în pericol sănătatea ori integritatea corporală a oamenilor sau se produce o pagubă economiei naționale. În final, art. 79 prevedea că încălcarea dispozițiilor cuprinse în art. 8 alin. (2), art. 10 alin. (2) și (3), art. 14 alin. (1) și (2), precum și a celor cuprinse în art. 36 alin. (2), constituie infracțiune ce se pedepsește, după caz, potrivit art. 248 sau 249 din Codul penal, dacă fapta nu constituie o infracțiune mai gravă.

Se observă că articolele menționate mai sus conțineau atât infracțiuni de pericol (care puneau în pericol sănătatea ori integritatea corporală a oamenilor), cât și infracțiuni de rezultat (urmarea imediată a infracțiunii fiind producerea de pagube economiei naționale).

Dreptul penal al mediului, ca și alte ramuri ale dreptului, s-a dezvoltat în raport de factorii politico-sociali existenți în momentul adoptării normelor penale; putem astfel să facem o distincție între dreptul penal al mediului în perioada comunistă, dreptul penal al mediului în perioada post-decembristă și dreptul penal al mediului în perioada ulterioară aderării României la Uniunea Europeană.

În ce privește perioada în care România s-a aflat sub conducerea Partidului Comunist, principalele acte normative ulterioare Legii 9/1973 au vizat protecția unor factori de mediu considerați importanți în raport de politica de stat, cum ar fi:

⁸ Lucrările au fost coordonate de un comitet special format din reprezentanții a 27 de state, desfășurându-se la Stockholm între 5 și 16 iunie 1972, reușind să reunească, un număr impresionant de participanți, fiind incluși delegați din 113 state, reprezentanți ai organizațiilor guvernamentale, participanți din partea organizațiilor neguvernamentale, personalități individuale și numeroși reprezentanți ai presei. Anca Ileana Dușcă, *Dreptul mediului*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 12.

pădurile⁹, solul¹⁰, apa¹¹ etc. Deși au fost adoptate norme care să reglementeze răspunderea penală ce putea fi atrasă în situația în care erau aduse atingeri mediului, caracterul prea general, prin excelență declarativ, al prevederilor legale, puternic politizate, absența unor măsuri adecvate de implementare (de natură diversă: economică, politică, instituțional-administrativă ș.a.) conjugate cu politica consecventă de dezvoltare de formată (caracterizată printr-un ritm înalt de poluare) au făcut ca eficiența lor în plan practic să fie deosebit de scăzută¹².

3. Perioada post '89

În perioada următoare evenimentelor din 1989, primul pas ce avea să constituie o îmbunătățire considerabilă referitoare la protecția dreptului mediului l-a constituit reglementarea la nivel constituțional a dreptului la un mediu sănătos și echilibrat ecologic¹³. În același timp s-a reglementat obligația statului de a garanta cadrul legislativ pentru exercitarea acestui drept precum și obligația tuturor persoanelor fizice și juridice de a proteja mediul înconjurător¹⁴.

Tot în perioada ulterioară Revoluției și anterioară aderării României la Uniunea Europeană au fost adoptate o serie de acte normative care reglementau, în funcție de factorul de mediu protejat, care erau sancțiunile penale aplicabile pentru încălcarea normelor de mediu, dintre care amintim: Legea 407/2006 a vânătorii și a protecției fondului cinegetic¹⁵, Legea 107/1996 - Legea apelor¹⁶ etc. Menționăm, cu titlu de

⁹ Legea privind conservarea, protejarea și dezvoltarea pădurilor, exploatarea lor rațională, economică și menținerea echilibrului ecologic nr. 2/1987.

¹⁰ Legea privind fondul funciar nr. 58/1974, și cea privind sistematizarea teritoriului și localităților urbane și rurale nr. 59/1974.

¹¹ Legea apelor nr. 8/1974 și Legea privind gospodărirea rațională, protecția și asigurarea calității apelor nr. 5/1989.

¹² Mircea Duțu, *Dezvoltarea istorică și evoluția legislației românești privind conservarea naturii și protecția mediului*, în Studii și Cercetări Juridice, Anul 6, nr. 1, ianuarie-martie 2017, p. 13.

¹³ Petrică Trușcă, Andrada Trușcă Trandafir, *Dreptul fundamental al omului la un mediu sănătos în jurisprudența CEDO*, în Revista Transilvană de Științe Administrative 1 (23)/2009, pp. 97-120; Ovidiu Predescu, *Drepturile omului și ordinea mondială. Cum să trăim, într-o lume a schimbărilor excepționale*, Ed. Universul Juridic, București, 2019; Livia Mocanu, Olivian Mastacan, *Constituționalizarea dreptului la un mediu sănătos în România*, în St. de Drept Românesc, an 21 (55), nr. 3, p. 219-225, București, iulie-septembrie 2009; Diana Dănișor, Anca Ileana Dușcă, *The Right To Sustainable Development*, The Journal of Romanian Literary Studies, Issue No. 8/2016, pp. 178-192, www.upm.ro/ldmd/LDMD-05/Soc/Soc%2005%2060.pdf – consultat la data de 10.10.2021.

¹⁴ Art. 35 din Constituția României: Dreptul la mediu sănătos: (1) Statul recunoaște dreptul oricărei persoane la un mediu înconjurător sănătos și echilibrat ecologic. (2) Statul asigură cadrul legislativ pentru exercitarea acestui drept. (3) Persoanele fizice și juridice au îndatorirea de a proteja și a ameliora mediul înconjurător.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 944/ 22.11.2006.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 244 /08.10.1996. Legea apelor a suferit mai multe modificări dintre care amintim: Legea nr. 243/2018 privind aprobarea O.U.G. nr. 78/2017 pentru modificarea Legii apelor

exemplu, protecția penală oferită de Legea 107/1996 care se raportează și la importanța domeniului reglementat, astfel cum reiese din art. 1 alin. (1) din același act normativ potrivit căruia „Apele reprezintă o resursă naturală regenerabilă, vulnerabilă și limitată, element indispensabil pentru viață și pentru societate, materie primă pentru activități productive, sursă de energie și cale de transport, factor determinant în menținerea echilibrului ecologic”. În acest sens, potrivit art. 92 din Legea nr. 107/1996: „(1) Evacuarea, aruncarea sau injectarea în apele de suprafață și subterane, în apele maritime interioare ori în apele mării teritoriale de ape uzate, deșeuri, reziduuri sau produse de orice fel, care conțin substanțe, bacterii ori microbi în cantitate sau concentrație care poate schimba caracteristicile apei, punând în pericol viața, sănătatea și integritatea corporală a persoanelor, viața animalelor, mediul, producția agricolă ori industrială sau fondul piscicol, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la un an la 5 ani. (2) Cu pedeapsa prevăzută la alin. (1) se sancționează și următoarele fapte: a) poluarea, în orice mod, a resurselor de apă, dacă are un caracter sistematic și produce daune utilizatorilor de apă din aval; b) depozitarea în albia majoră a râurilor a combustibilului nuclear sau a deșeurilor rezultate din folosirea acestuia; c) punerea în pericol a digurilor de contur ale lacurilor de acumulare prin exploatările de agregate minerale din albia majoră sau terase. (3) Depozitarea sau folosirea de îngrășăminte chimice, de pesticide ori de alte substanțe toxice periculoase în zonele de protecție a apelor constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă. (4) Dacă faptele prevăzute la alin. (1) și (2) au fost săvârșite din culpă, limitele speciale ale pedepselor se reduc la jumătate. (5) Tentativa la infracțiunile prevăzute la alin. (1)-(3) se pedepsește”.

Tot cu titlu de exemplu, amintim art. 42 din Legea vânătorii și a protecției fondului cinegetic nr. 407/2006¹⁷ care incriminează braconajul prin enumerarea a 19 variante normative alternative. Deși elementul material este diferit pentru fiecare variantă, este lezată aceeași valoare socială protejată de actul normativ. În acest sens, săvârșirea infracțiunii în mai multe variante alternative conduce la reținerea în sarcina făptuitorului a unei singure infracțiuni și nu a unui concurs de infracțiuni. Prin art. 43¹, legiuitorul a reglementat ca regulă celeritatea procedurilor penale ce

nr. 107/1996 (M. Of. nr. 925, 30/10/2018); Legea nr. 122/2020 pentru modificarea și completarea Legii apelor nr. 107/1996 (M. Of. nr. 613, 10/06/2020); Legea nr. 90/2021 pentru modificarea și completarea unor acte normative, în vederea transpunerii unor acte juridice ale Uniunii Europene în domeniul protecției mediului (M. Of. nr. 413, 19/04/2021).

¹⁷ A se vedea: Legea nr. 13/2020 pentru modificarea și completarea Legii vânătorii și a protecției fondului cinegetic nr. 407/2006 (M. Of. nr. 14, 10/01/2020); Legea nr. 74/2020 pentru modificarea și completarea Legii vânătorii și a protecției fondului cinegetic nr. 407/2006 și pentru completarea anexei nr. 5C la O.U.G. nr. 57/2007 privind regimul ariilor naturale protejate, conservarea habitatelor naturale, a florei și faunei sălbatice (M. Of. nr. 484, 09/06/2020); O.U.G. nr. 81/2021 privind aprobarea metodelor de intervenție imediată pentru prevenirea și combaterea atacurilor exemplarelor de urs brun asupra persoanelor și bunurilor acestora, în intravilanul localităților, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative (M. Of. nr. 732, 26/07/2021).

vizează săvârșirea faptelor prevăzute de art. 42, statuând expres judecarea și sancționarea lor de urgență.

Actul normativ cadru în ce privește protecția mediului înconjurător este în prezent O.U.G. nr. 195/2005¹⁸, acesta fiind adoptat anterior aderării României la Uniunea Europeană, fiind însă intens modificat în perioada 2007-2021¹⁹.

În esență, actul normativ cuprinde infracțiuni referitoare la activitățile economice cu impact asupra mediului, infracțiuni prin care se aduce atingere resurselor naturale și infracțiuni ce rezultă din încălcarea atribuțiilor, răspunderilor și obligațiilor ce revin autorităților pentru protecția mediului, persoanelor fizice și juridice²⁰. De menționat este faptul că acest act normativ a fost adoptat în lumina pregătirii României pentru aderarea la Uniunea Europeană.

Trebuie precizat faptul că prima intenție de sistematizare a infracțiunilor împotriva mediului a apărut odată cu vechiul proiect de Cod penal, neintrat în vigoare, adoptat prin Legea nr. 301/2004 privind Codul penal²¹, care, în partea specială, titlul VIII, capitolul V intitulat *Crime și delikte contra mediului înconjurător includea nouă infracțiuni, respectiv art. 395 – Încălcarea regulilor privind protecția atmosferei, art. 396 – Încălcarea regulilor privind protecția apei, art. 397 – Încălcarea regulilor de gospodărire a apelor, art. 398 – Încălcarea regulilor privind utilizarea apei potabile, art. 399 – Distrugerea lucrărilor de protecție a apelor, art. 400 – Încălcarea regulilor privind protecția solului, art. 401 – Încălcarea regulilor privind protecția fondului forestier, art. 402 – Poluarea fonică, art. 403 – Poluarea accidentală.*

În prezent, în Legea nr. 286/2009 privind Codul penal²², sunt reglementate o serie de infracțiuni ce vizează nu neapărat protecția mediului înconjurător ci, prin modalitatea în care au fost reglementate, fac trimitere pe cale incidentală la acțiuni ale subiectului activ prin care se aduce atingere, printre altele și mediului înconjurător.

4. Perioada post -aderare la Uniunea Europeană

Odată cu aderarea României la Uniunea Europeană, deși a existat o preocupare a statului de a transpune pe plan intern directivele europene, în continuare au existat și există deficiențe, în special în ce privește aplicarea în concret a normelor penale, cum

¹⁸ Publicată în M. Of. nr. 1196/30.12.2005

¹⁹ Ordonanța a fost aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 265/20069 pentru aprobarea O.U.G. nr. 195/2005 (M. Of. nr. 986, 6/07/2006) și apoi modificată printr-o serie de acte normative din care amintim doar: Legea nr. 123/2020 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului (M. Of. nr. 613, 13/07/2020); Legea nr. 140/2020 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului (M. Of. nr. 647, 22/07/2020); Legea nr. 90/2021 pentru modificarea și completarea unor acte normative, în vederea transpunerii unor acte juridice ale Uniunii Europene în domeniul protecției mediului (M. Of. nr. 413, 20/04/ 2021).

²⁰ Anca Ileana Dușcă, *Dreptul mediului*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 275.

²¹ Publicată în M. Of. nr. 575/29.07.2004.

²² Publicată în M. Of. nr. 510/24.07.2009

vom dezvolta ulterior. De menționat este Directiva 2008/99/CE ce a fost transpusă în dreptul intern prin Legea nr. 101/2011²³. Prin această transpunere și prin adoptarea Legii 101/2011, legiuitorul a dorit să compenseze pentru lipsa unui „Cod penal al mediului” care să concentreze toate sancțiunile reglementate de legiuitor într-un singur act normativ, pentru o mai bună aplicare și pentru a fi evitat riscul suprapunerii anumitor prevederi referitoare la tipicitatea obiectivă a infracțiunilor. Însă, chiar și în condițiile în care dreptul european a oferit mai multe puncte de reper concentrate într-un program de bază vizând politica de mediu (programele de acțiune pentru mediu, strategii orizontale, cooperarea internațională în domeniul mediului, evaluarea impactului asupra mediului și participarea publicului, punerea în aplicare, respectarea și monitorizarea mediului) pe plan intern, legiuitorul român nu și-a respectat obligațiile asumate odată cu aderarea la Uniunea Europeană, fiind declanșată procedura administrativă de infringement împotriva României raportat la faptul că modalitatea de transpunerea a actelor comunitare în legislația internă a fost defectuoasă²⁴.

Inițial, după transpunerea Directivei 2008/99/CE de către autoritățile naționale, prin Legea 101/2011, Comisia Europeană a considerat această transpunere ca fiind defectuoasă, declanșând procedura de infringement, fiind dispusă punerea în întârziere la data de 27.01.2011, emiterea avizului motivat la data de 16.06.2011 iar la data de 27.10.2011 fiind dispusă clasarea cauzei²⁵.

Ultimele astfel de proceduri s-au desfășurat cu privire la transpunerea defectuoasă a Directivei (UE) 2018/850²⁶ a Parlamentului European și a Consiliului din 30 mai 2018 de modificare a Directivei 1999/31/CE privind depozitele de deșeuri. Astfel, „Comisia îndeamnă Austria, Belgia, Cehia, Estonia, Grecia, Finlanda, Franța, Croația, Luxemburg, Letonia, Malta, România și Slovacia să își alinieze legislațiile naționale la modificările incluse în Directiva 2018/850 privind depozitele de deșeuri. Directiva introduce restricții privind depozitarea tuturor deșeurilor care pot fi reciclate sau valorificate energetic începând cu 2030. Ea urmărește, de asemenea, să limiteze proporția deșeurilor municipale trimise la depozitele de deșeuri la 10 % până în 2035 și introduce norme privind calcularea modului în care sunt atinse obiectivele privind deșeurile municipale. Totodată, directiva impune țărilor din UE să instituie un sistem eficace de control al calității și de trasabilitate a deșeurilor municipale depozitate. Pactul verde european subliniază importanța obiectivului ca Europa să rămână pe calea cea bună în ceea ce privește îndeplinirea obiectivelor sale de mediu.

²³ Publicată în M. Of. nr. 449/28.06.2011.

²⁴ Daniela Marinescu, *Dreptul mediului*, Ed. Șansa, București, 1993, p. 27; Daniela Marinescu, *Tratat de dreptul mediului*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 30-38.

²⁵ https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements_proceedings/infringement_decisions/index.cfm?lang_code=RO&r_dossier=&noncom=0&decision_date_from=&decision_date_to=&active_only=0&EM=RO&DG=JUST&DG=JLSE&title=&submit=C%4%83utare – consultat la data de 10.10.2021.

²⁶ <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/850/oj?locale=ro> – consultat la data de 10.10.2021.

În octombrie 2020, Comisia a trimis scrisori de punere în întârziere celor 13 state membre menționate, iar acum a decis să le trimită avize motivate. Țările respective au la dispoziție două luni pentru a răspunde și pentru a lua măsurile necesare; în caz contrar, Comisia poate sesiza Curtea de Justiție cu privire la aceste cazuri.”²⁷

Dincolo de analiza efectuată mai sus (analiză ce nu se dorește a fi una exhaustivă) asupra actelor normative adoptate de către legiuitorul român, principala problemă, în opinia noastră, este reprezentată de neefectivitatea reglementărilor existente și dezvoltate pe parcursul timpului.

Cu titlu de exemplu, în materia penală, statistica oficială ne arată că din cele peste 1000 de dosare înregistrate în perioada 2011-2016, pe rolul parchetelor din întreaga țară (privind infracțiunile prevăzute de O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului și Legea nr. 101/2011), numai 4 s-au soluționat prin trimitere în judecată²⁸. Apreciem că autoritățile naționale sunt încă departe de a reglementa corespunzător răspunderea penală în dreptul mediului, însă chiar și în condițiile în care ar exista un cadru normativ dezvoltat în mod eficient, rămâne problema specializării organelor judiciare în materia infracțiunilor împotriva mediului.

În acest sens, s-au făcut pași timizi, în cursul anului 2019 fiind elaborate ordine cu referire la capacitatea administrativă a Ministerului Public, respectiv Ordinul nr. 160 din 26 iunie 2019 privind constituirea și funcționarea rețelei naționale de procurori specializați în cercetarea infracțiunilor contra mediului și fondului forestier și cinegetic național precum și a celor împotriva patrimoniului natural și cultural²⁹.

Au existat și două „tentative” ale legiuitorului de a eficientiza procedura de tragere la răspundere penală a persoanelor ce se fac vinovate de săvârșirea unor infracțiuni împotriva mediului însă acestea nu s-au materializat, din pricina modalității de formulare a modificărilor ori din pricina deficiențelor de tehnică normativă.

Un prim proiect, înregistrat la Camera Deputaților sub nr. PL-x274/2020³⁰ completarea Legii nr. 508/2004 privind înființarea, organizarea și funcționarea în cadrul Ministerului Public a Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism cu un nou alineat, respectiv după alin. (7) al art. 12 s-a dorit introducerea unui nou alineat, respectiv alin. (8) cu următorul conținut: „competența cercetării și trimiterii în judecată pentru infracțiunile de mediu și infracțiunile prevăzute în Codul Silvic aparțin Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și

²⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/RO/INF_21_2743- consultat la data de 10.10.2021.

²⁸ Mircea Duțu, *Dezvoltarea istorică și evoluția legislației românești privind conservarea naturii și protecția mediului*, Revista Studii și Cercetări Juridice, Anul 6, nr. 1, Ianuarie-Martie 2017, p.21; Mircea Duțu, *Introducere în dreptul penal al mediului*, Ed. Hamangiu, București, 2013; Mircea Duțu, Andrei Duțu, *Răspunderea în dreptul mediului*, Ed. Academiei Române, București, 2013; Daniela Marinescu, *Infracțiuni în domeniul protecției mediului*, Ed. Lumina Lex, București, 2005.

²⁹ https://www.mpublic.ro/sites/default/files/PDF/raport_activitate_2019.pdf, p. 17 – consultat la data de 10.10.2021.

³⁰ Proiectul poate fi regăsit pe pagina de internet: http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?idp=18620 – consultat la data de 10.10.2021.

Justiție-Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism”. Acest proiect a primit aviz negativ atât din partea Consiliului Superior al Magistraturii³¹ cât și din partea Consiliului Legislativ³² deoarece, astfel cum se observă din însăși denumirea proiectului de lege, modificarea legislativă viza un act abrogat.

Raportat la prevederile art. 64 alin. (3) din Legea 24/2000 potrivit cărora „*abrogarea unei dispoziții sau a unui act normativ are caracter definitiv*”, s-a apreciat, în mod întemeiat, că nu se pot efectua modificări asupra unui act normativ deja abrogat deoarece s-ar tinde către repunerea în vigoare a prevederilor unui act normativ deja abrogat³³. Astfel a luat sfârșit proiectul ce viza stabilirea competenței D.I.I.C.O.T în ce privește infracțiunile de mediu (un concept mult prea larg pentru a fi introdus într-un act normativ, fără o detaliere, în opinia noastră) și infracțiunile prevăzute în Codul Silvic.

Cel de-al doilea proiect intitulat „Propunere legislativă pentru organizarea și funcționarea Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Mediu, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative” înregistrat la Camera Deputaților sub nr. Pl-x nr. 121/2020³⁴, viza formarea unei noi direcții care să aibă competență exclusivă asupra infracțiunilor de mediu³⁵.

Potrivit art. 2 alin. (1) din Legea pentru organizarea Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Mediu, în forma adoptată de către Camera Deputaților, ”Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Mediu are următoarele atribuții: a) efectuarea urmăririi penale pentru infracțiuni prevăzute în competența direcției prin prezenta lege și prin legi speciale; b) conducerea, supravegherea și controlul actelor de cercetare penală, efectuate din dispoziția procurorului de către ofițerii și agenții de poliție judiciară organizați în cadrul structurilor specializate în combaterea infracționalității de mediu, la nivel central și teritorial, aflați în coordonarea Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Mediu, ori detașați în cadrul direcției, precum și de către ofițerii sau agenții de poliție judiciară care au primit avizul din partea procurorului-șef al Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Mediu; c) sesizarea instanțelor judecătorești pentru luarea măsurilor prevăzute de lege, pentru judecarea cauzelor, precum și exercitarea

³¹ http://www.cdep.ro/proiecte/2020/200/70/4/csm274_2020.pdf - consultat la data de 10.10.2021.

³² http://www.cdep.ro/proiecte/2020/200/70/4/cl274_2020.pdf - consultat la data de 10.10.2021.

³³ Mircea Duțu, *Probleme ale aproximării legislației românești cu reglementările juridice comunitare privind mediul*, în volumul Protecția mediului și integrarea europeană, editat de The Ecological Cooperation Group 1998; Mircea Duțu, *Particularități și dimensiuni ale dreptului internațional al mediului*, în Dreptul nr. 10/1999; Mircea Duțu, *Evolution et difficultes de l'harmonisation legislative dans le domaine de l'environnement*, Romanian Jurnal of European Affairs nr. 1/2001; Mircea Duțu, *Formarea, evoluția și perspectivele de dezvoltare ale dreptului mediului în România*, în Revista română de drept al mediului nr. 1/2003.

³⁴ Proiectul poate fi regăsit pe pagina de internet: http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?idp=18441 – consultat la data de 10.10.2021.

³⁵ Mircea Duțu, *Pentru un nou, veritabil și eficient drept represiv (penal) al mediului*, în Dreptul 11/2020; Mircea Duțu, *Probleme ale efectivității, eficienței și dezvoltării dreptului mediului în România. Aspecte de drept substanțial și drept procedural*, în Dreptul nr. 10/2020.

căilor de atac conform legii în cauzele privind infracțiunile date în competența Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Mediu; d) participarea la ședințele de judecată în cauzele pentru care procurorii Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Mediu au sesizat instanțele de judecată ori au exercitat căile de atac sau în care, potrivit legii, participarea procurorului este obligatorie în raport cu infracțiunile date de prezenta lege în competența direcției; e) participarea la ședințele de judecată, cu excepția fazei de executare a pedepsei, în cauzele pentru care procurorii Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Mediu au sesizat instanțele de judecată ori au exercitat căile de atac ori în alte situații în care participarea procurorului este obligatorie în raport cu infracțiunile date de prezenta lege în competența direcției; f) conducerea, supravegherea și controlul activităților de ordin tehnic în cadrul urmăririi penale, efectuate de specialiști în domeniul informatic, domeniul silvic, al calității apei, al calității aerului, al calității solului, al gestiunii deșeurilor, al emisiilor industriale, precum și în alte domenii care țin de protecția mediului, din dispoziția procurorilor direcției; g) studierea cauzelor care generează săvârșirea infracțiunilor de mediu ori a altor infracțiuni date în competența direcției și a condițiilor 3 care le favorizează, elaborarea propunerilor în vederea eliminării acestora, precum și pentru perfecționarea legislației penale în acest domeniu; h) constituirea și actualizarea bazei de date vizând infracțiunile ce sunt date în competența Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Mediu; i) solicitarea și acordarea asistenței judiciare internaționale în cauzele care privesc infracțiuni date în competența direcției prin prezenta lege și prin legile speciale; j) exercitarea altor atribuții prevăzute de Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, cu modificările și completările ulterioare, precum și de legile speciale³⁶.

În expunerea de motive a proiectului de lege s-a arătat, pe bună dreptate, faptul că raportat la tăierile ilegale de păduri, poluarea aerului, distrugerea râurilor, infraționalitatea în domeniul proiectelor cu impact asupra mediului, managementul deșeurilor și al siturilor contaminate ori potențial contaminate precum și la amploarea fenomenului infracțional de mediu și specificitatea lui, se impune „soluția unei specializări a persoanelor cu atribuții de cercetare penală în domeniu și alocarea de resurse pentru constituirea unei instituții cu atribuții clare și specifice pentru combaterea criminalității de mediu”³⁷.

Acest proiect de lege, deși benefic din punctul nostru de vedere, a fost trimis la Curtea Constituțională a României în vederea soluționării obiecției de neconstituționalitate formulată de Guvernul României. Astfel, prin Decizia nr. 681 din 30 septembrie 2020³⁸ pronunțată de Curtea Constituțională a României s-a constatat că

³⁶ http://www.cdep.ro/pls/proiecte/docs/2020/cd121_20.pdf, pagina 1. – consultat la data de 10.10.2021.

³⁷ <http://www.cdep.ro/proiecte/2020/100/20/1/em163.pdf>, pagina 5. – consultat la data de 10.10.2021.

³⁸ Publicată în M. Of. nr. 959 din 19.10.2020. A se vedea și: Elena Oancea, *Elemente de drept penal și procedură penală*, Ed. Sitech, Craiova, 2009; Elena Oancea, *Drept procesual penal. Partea*

„... legea supusă controlului de constituționalitate nu îndeplinește exigențele impuse de dispozițiile art. 138 alin. (5) din Constituțională, astfel cum acestea au fost analizate de Curtea Constituțională prin Deciziile nr. 56 din 5 februarie 2020, publicată în M. Of. nr. 199 din 12 martie 2020, și nr. 58 din 12 februarie 2020. Astfel, inițiatorii propunerii legislative nu au solicitat Guvernului fișa financiară prevăzută de dispozițiile art. 138 alin.(5) din Constituție și art. 15 din Legea nr. 500/2002, document distinct, ce nu poate fi asimilat informării solicitate Guvernului de către Camera Deputaților, ca primă Cameră sesizată, și transmisă acesteia de Guvern, conform art. III alin. (1) din Constituție. Acest aspect determină neconstituționalitatea extrinsecă a Legii pentru organizarea și funcționarea Direcției de Investigare a Infrațiunilor de Mediu, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, motiv pentru care Curtea apreciază că se impune admiterea de către Curtea Constituțională a prezentei obiecții de neconstituționalitate³⁹”.

Raportat la aceste considerente, Curtea Constituțională a României a admis obiecția de neconstituționalitate formulată de Guvernul României și a constatat că Legea pentru organizarea și funcționarea Direcției de Investigare a Infrațiunilor de Mediu, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative sunt neconstituționale.

În concluzie, dacă inițial problema principală a constituit-o lipsa reglementărilor în materia răspunderii penale în dreptul mediului, ulterior România s-a lovit de transpunerea imperfectă a directivelor europene pe plan intern, aspecte de natură a atrage răspunderea țării noastre în raport de angajamentele asumate. În final, după mai bine de 40 de ani de la primele reglementări în materia răspunderii penale în dreptul mediului și după o serie de „modificări” care au fost mai mult sau mai puțin benefice, se constată o problemă ce se acutizează odată cu trecerea timpului, respectiv imposibilitatea/incapacitatea de a pune în aplicare normele penale. Acest aspect afectează în mod real posibilitatea de a exercita o protecție riguroasă a mediului prin intermediul normelor de drept penal⁴⁰.

generală, Ed. Universul Juridic, București, 2019; Elena Oancea, *Proba testimonială în procesul civil și în procesul penal*, Ed. Simbol, Craiova, 2019.

³⁹ Paragraful 35 din Decizia nr. 681 din 30 septembrie 2020 pronunțată de Curtea Constituțională a României.

⁴⁰ Lucian-Sorin Stănescu, *Corelația dintre ramurile de drept, formele răspunderii juridice și capacitatea de cogenerare reciprocă*, Revista Dreptul 9/ 2017; Mircea Duțu, *Procedura trimiterii prejudiciale în interpretarea și aplicarea dreptului comunitar în statele membre ale Uniunii Europene*, Revista Dreptul, nr. 8/2007; Mircea Duțu, *Implicații ale transunerii în dreptul român a Directivei 2008/99/CE din 19 noiembrie 2008 privind protecția mediului prin intermediul dreptului penal*, Revista Dreptul, nr. 6/2010.

PROCEDURA FALIMENTULUI SOCIETĂȚILOR DE ASIGURARE/REASIGURARE

*Nicu-Alexandru AMZU
Doctorand Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova*

Abstract

Insurance and reinsurance has always had an important place in society, with the idea of insurance appearing thousands of years ago, when primitive people first formed social groups, hunting together to ensure the protection of group members.

The need for protection of both individuals and legal entities has led to an unprecedented growth of the insurance/reinsurance market, with insurance/reinsurance companies exposing themselves to large investments and risks, and thus increasing their possibility of bankruptcy.

The bankruptcy procedure of insurance companies is regulated by Law no. 85/2014 and applies to the following types of companies: joint stock companies; mutual societies; European companies; European cooperative societies.

The bankruptcy procedure of insurance/reinsurance companies is also applicable to their branches based abroad, as well as to branches and subsidiaries of insurance companies from third countries, which are based in Romania.

Keywords: *insurance/reinsurance; bankruptcy procedure; insurance/reinsurance companies.*

I. Noțiuni generale

1. Noțiunea falimentului societăților de asigurare/reasigurare

Asigurările și reasigurările au ocupat mereu un loc important în societate, ideea de asigurare apărând cu mii de ani în urmă, când oamenii primitivi au format pentru prima oară grupuri sociale, mergând la vânat împreună pentru a asigura protecția membrilor grupului.

Acestea au evoluat de-a lungul timpului, plecând de la instituțiile de ajutor mutual între persoanele expuse aceluiași risc, care sunt considerate cele mai vechi forme de asigurare în comerț, și ajungând la societățile de asigurare/reasigurare din prezent.

Conceptul de asigurare este unul complex, fiind implicate mai multe entități în această operațiune, printre care se regăsesc și asigurătorii, asigurații, intermediarii, autoritățile statale ș.a.

Nevoia de protecție atât a persoanelor fizice, cât și a celor juridice a condus la o creștere fără precedent a pieței asigurărilor/reasigurărilor, societățile de asigurare/reasigurare expunându-se la investiții și riscuri mari și astfel crescând posibilitatea acestora de a intra în faliment.

Potrivit art. 5 alin. (1) pct. 31 din Legea nr. 85/2014, insolvența societății de asigurare/reasigurare este acea stare a societății de asigurare/reasigurare caracterizată prin una dintre următoarele situații:

- a) incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilitățile bănești;
- b) retragerea autorizației de funcționare ca urmare a constatării nerespectării sau a imposibilității restabilirii nivelului fondurilor proprii eligibile să acopere SCR – cerința de capital de solvabilitate și/sau MCR – cerința de capital minim;
- c) retragerea autorizației în cazul asigurătorului rezidual rezultat din procesul de rezoluție.

Deși o bună perioadă de timp s-a considerat că falimentul societăților de asigurare/reasigurare nu poate reprezenta un pericol pentru piața financiară, s-a ajuns la concluzia că falimentul asigurătorilor, în special al celor ce dețin cote importante din piața asigurărilor, poate produce consecințe nefaste atât economice, cât și sociale¹.

2. Procedura falimentului societăților de asigurare/reasigurare

Procedura falimentului societăților de asigurare este reglementată de Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență și se aplică societăților prevăzute de art. 1 alin. (2) pct. 56 din Legea nr. 237/2015 privind autorizarea și supravegherea activității de asigurare și reasigurare: societăți pe acțiuni; societăți mutuale; societăți europene; societăți cooperative europene.

Procedura falimentului societăților de asigurare/reasigurare este aplicabilă și sucursalelor acestora cu sediul în străinătate, precum și sucursalelor și filialelor societăților de asigurare din state terțe, care au sediul în România².

Regulile procedurii falimentului societăților de asigurare/reasigurare nu se aplică sucursalei unei societăți de asigurare/reasigurare sau a unei societăți mutuale dintr-un stat membru al Uniunii Europene, care a primit o autorizație de la autoritatea de supraveghere a statului membru de origine³.

¹ Luminița Tulească, *Falimentul societăților comerciale speciale. Bănci și societăți de asigurări*, București, 2009, p. 486.

² Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, art. 243.

³ Stanciu D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial roman*, ed. a VI-a actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 799.

Procedura falimentului unei societăți de asigurare/reasigurare autorizate în România, precum și a sucursalelor acesteia stabilite în alte state membre U.E. este guvernată de legea română în ceea ce privește regimul și aplicarea procedurii falimentului, în mod special cu privire la:

a) bunurile care fac obiectul acestei proceduri, precum și regimul bunurilor dobândite de societatea de asigurare/reasigurare debitoare după deschiderea procedurii falimentului;

b) atribuțiile societății de asigurare/reasigurare debitoare și ale lichidatorului judiciar;

c) condițiile în care se poate invoca o compensare;

d) efectele procedurii falimentului asupra contractelor în derulare, în care societatea de asigurare/reasigurare debitoare este parte;

e) efectele procedurii falimentului asupra procedurilor individuale de executare silită promovate de creditorii de asigurări, cu excepția cauzelor aflate pe rolul instanțelor din alte state membre;

f) creanțele care trebuie să fie declarate asupra societății de asigurare/reasigurare debitoare și regimul creanțelor care iau naștere după deschiderea procedurii falimentului;

g) regulile privind declararea, verificarea și admiterea creanțelor;

h) regulile privind distribuirea veniturilor obținute din valorificarea activelor, ordinea de prioritate a achitării creanțelor de asigurări și drepturile creditorilor de asigurări care au obținut o plată parțială după deschiderea procedurii falimentului în temeiul unui drept real sau prin invocarea compensării;

i) condițiile și efectele închiderii procedurii falimentului;

j) drepturile creditorilor după închiderea procedurii falimentului; suportarea costurilor și a cheltuielilor aferente procedurii falimentului;

k) regulile privind nulitatea, anularea sau inopozabilitatea actelor juridice care prejudiciază drepturile și interesele legitime ale creditorilor de asigurări⁴.

3. Organele care aplică procedura falimentului societăților de asigurare/reasigurare

Organele care aplică procedura falimentului societăților de asigurare/reasigurare nu sunt prevăzute în mod expres în lege, însă putem deduce că acestea sunt aceleași cu cele din dreptul comun, excepție făcând administratorul.

⁴ Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, art. 245 alin. (2).

Așadar, aceste organe sunt: instanțele judecătorești (tribunalul și curtea de apel), judecătorul-sindic și lichidatorul.

II. Deschiderea și efectele deschiderii procedurii falimentului societăților de asigurare/reasigurare

1. Deschiderea procedurii falimentului la cererea debitorului

Societatea de asigurare/reasigurare debitoare aflată în stare de insolvență este obligată să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supusă procedurii falimentului.

Cererea introductivă se depune la tribunal în termen de cel mult 20 de zile de la data apariției stării de insolvență.

Înainte de a depune cererea, debitorul se va adresa Autorității de Supraveghere Financiară, căreia îi va înainta actele și documentele care susțin cererea de deschidere a procedurii de faliment, în vederea analizării acesteia și formulării întâmpinării, prin care această autoritate comunică dacă societatea de asigurare/reasigurare debitoare face sau nu obiectul unei proceduri de redresare financiară pentru restabilirea situației sale financiare sau, după caz, pentru onorarea plăților către creditorii⁵.

2. Deschiderea procedurii falimentului la cererea creditorilor

Legitimarea procesuală activă pentru formularea cererii de faliment este atribuită de către legiuitor doar creditorilor societăților de asigurare.

Au calitatea de creditori ai societății de asigurare instituțiile de credit care acordă împrumuturi societăților de asigurare și orice altă persoană fizică sau juridică ce desfășoară raporturi de altă natură decât cele de asigurare cu asiguratorii/reasiguratorii⁶.

Cererea creditorilor se înregistrează la tribunal împreună cu întâmpinarea Autorității de Supraveghere Financiară.

Autoritatea de Supraveghere Financiară trebuie să comunice judecătorului-sindic dacă societatea de asigurare/reasigurare debitoare se află într-o procedură de redresare financiară, având drept scop restabilirea situației financiare sau, după caz, onorarea plăților către creditori.

Deschiderea procedurii falimentului se pronunță de judecătorul-sindic dacă societatea de asigurare/reasigurare se află în stare de insolvență⁷.

⁵ Csaba Bela Nasz, *Dreptul insolvenței. Curs universitar*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 313.

⁶ Stanciu D. Cărpenaru, Mihai Adrian Hotca, Vasile Nemeș, *Codul insolvenței comentat*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 674.

⁷ Stanciu D. Cărpenaru, Mihai Adrian Hotca, Vasile Nemeș, *Codul insolvenței comentat*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 676.

3. Deschiderea procedurii falimentului la cererea Autorității de Supraveghere Financiară

Conform art. 5 alin. (1), pct. 31 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, insolvența societății de asigurare/reasigurare este acea stare a societății de asigurare/reasigurare caracterizată prin una dintre următoarele situații:

- a) incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilitățile bănești;
- b) retragerea autorizației de funcționare ca urmare a constatării nerespectării sau a imposibilității restabilirii nivelului fondurilor proprii eligibile să acopere SCR – cerința de capital de solvabilitate și/sau MCR – cerința de capital minim, conform Legii nr. 237/2015 privind autorizarea și supravegherea activității de asigurare și reasigurare, cu modificările și completările ulterioare, în cazul societăților supravegheate conform părții I «Regimul de supraveghere Solvabilitate II» din Legea nr. 237/2015, cu modificările și completările ulterioare, sau ca urmare a scăderii valorii marjei de solvabilitate disponibile sub jumătate din limita minimă prevăzută de reglementările legale în vigoare pentru fondul de siguranță, în cazul societăților supravegheate conform părții a II-a «Regimul național de supraveghere» din Legea nr. 237/2015, cu modificările și completările ulterioare;
- c) retragerea autorizației în cazul asiguratorului rezidual rezultat din procesul de rezoluție conform prevederilor art. 71 din Legea nr. 246/2015 privind redresarea și rezoluția asiguratorilor⁸.

Autoritatea de Supraveghere Financiară poate introduce o cerere privind deschiderea procedurii falimentului împotriva unei societăți de asigurare/reasigurare debitoare, în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 5 alin. (1) pct. 31 din Legea nr. 85/2014.

Cererea va fi însoțită de următoarele înscrisuri, după caz:

- a) hotărârea Autorității de Supraveghere Financiară privind retragerea autorizației de funcționare a societății de asigurare/reasigurare debitoare, constatarea stării de insolvență și promovarea cererii privind deschiderea procedurii falimentului împotriva acesteia;
- b) decizia Autorității de Supraveghere Financiară privind închiderea procedurii de redresare financiară/rezoluție urmată de deschiderea procedurii falimentului împotriva societății de asigurare/reasigurare;
- c) orice alte acte sau documente care sunt necesare pentru justificarea cererii de investire a tribunalului⁹.

⁸ Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, art. 5 alin. (1) pct. 31.

⁹ Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, art. 249.

4. Efectele deschiderii procedurii falimentului societăților de asigurare/reasigurare

Retragerea de către Autoritatea de Supraveghere Financiară a autorizației de funcționare a societății de asigurare/reasigurare debitoare, dacă această măsură nu s-a dispus anterior pronunțării hotărârii, este consecința hotărârii de deschidere a procedurii falimentului.

Lichidatorul judiciar va publica hotărârea judecătorului-sindic în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, precum și în cel puțin două ziare de circulație națională. Odată cu publicarea va comunica hotărârea atât autorității competente, cât și Fondului de garantare¹⁰.

Lichidatorul judiciar sau orice altă persoană împuternicită de acesta nu sunt împiedicate de retragerea autorizației de funcționare să desfășoare unele dintre operațiunile de asigurare ale societății de asigurare/reasigurare debitoare, în măsura în care acest lucru este necesar sau adecvat, în scopul finalizării procedurii de faliment.

La data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii de faliment, polițele de asigurare încheiate de societatea de asigurare/reasigurare încetează de drept în termen de 90 de zile. În aceleași condiții, se vor denunța și contractele de reasigurare.

Astfel, lichidatorul judiciar notifică demersul privind denunțarea polițelor de asigurare, precum și posibilitatea creditorilor de asigurări de a recupera de la Fondul de garantare primele datorate de asigurător pentru perioada în care riscul nu a fost acoperit. Notificarea se comunică în mod individual fiecărui creditor de asigurări, se publică în Buletinul Procedurilor de Insolvență, în două ziare de circulație națională, precum și pe site-ul societății de asigurare-reasigurare în faliment¹¹.

Suspendarea de drept a tuturor acțiunilor judiciare sau extrajudiciare și a măsurilor de executare silită îndreptate împotriva societății de asigurare/reasigurare debitoare reprezintă, de asemenea, un efect al deschiderii procedurii insolvenței.

Alineatul 4 al art. 262 din Legea nr. 85/2014 consacră o veritabilă excepție de la principiul aplicării legii române asupra procedurii falimentului unei societăți de asigurare/reasigurare autorizate în România.

Procedura falimentului unei societăți de asigurare/reasigurare autorizate în România, precum și a falimentului sucursalelor acesteia stabilite în alte state membre este guvernată de legea română în ceea ce privește regimul și aplicarea principiului falimentului. O excepție de la aplicarea legii române o constituie efectele procedurii de faliment asupra procesului civil privind un bun sau un drept de care a fost

¹⁰ Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, art. 262 alin. (2).

¹¹ Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, art. 262 alin. (3).

deposedată societatea, conferindu-se prioritate legii statului membru în care se află procesul în curs¹².

Creanțele de asigurări, constatate prin titluri executorii obținute ulterior momentului pronunțării hotărârii de faliment, se înregistrează la tribunal. Lichidatorul judiciar este obligat să verifice și, dacă este cazul, să înscrie aceste creanțe în tabelul creanțelor, cu respectarea ordinii de preferință și/sau a cauzelor de preferință legale ale acestora¹³.

Dreptul creditorilor de a solicita plata sumelor cuvenite de la Fondul de garantare se naște în momentul publicării deciziei prin care Autoritatea de Supraveghere Financiară constată existența indiciilor stării de insolvență a societății de asigurare/reasigurare și imposibilitatea redresării.

Odată cu rămânerea definitivă a hotărârii de deschidere a procedurii falimentului, Fondul de garantare este în drept să efectueze plăți din disponibilitățile acestui fond, în vederea achitării sumelor cuvenite creditorilor de asigurări.

Creditorii de asigurări ale căror creanțe au fost plătite din Fondul de garantare nu mai pot înregistra cereri și/sau solicita valorificarea creanțelor în cadrul procedurii falimentului, pentru că în acest mod aceștia ar realiza o dublă acoperire a creanțelor. Această interdicție operează doar asupra creanțelor plătite de Fondul de garantare. Astfel, unele dintre aceste creanțe pot fi acoperite de Fondul de garantare și altele pot fi înregistrate în tabelul de creanțe în procedura falimentului. Creditorii ale căror creanțe au fost plătite de două ori vor fi obligați la restituirea sumelor încasate în mod necuvenit¹⁴.

Creanțele de asigurări, indiferent de momentul nașterii acestora, se bucură de prioritate absolută față de orice alte creanțe, în ceea ce privește activele admise să reprezinte rezervele tehnice ale societății de asigurare/reasigurare aflate în procedură de faliment¹⁵.

III. Desfășurarea procedurii falimentului societăților de asigurare/reasigurare

1. Lichidarea bunurilor și valorificarea drepturilor din patrimoniul societății de asigurare/reasigurare

În scopul achitării datoriilor către creditorii de asigurări, lichidatorul judiciar trebuie să procedeze la lichidarea bunurilor și valorificarea drepturilor din patrimoniul

¹² Stanciu D. Cărpenaru, Mihai Adrian Hotca, Vasile Nemeș, *Codul insolvenței comentat*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 700.

¹³ Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, art. 262 alin. (5).

¹⁴ Stanciu D. Cărpenaru, Mihai Adrian Hotca, Vasile Nemeș, *Codul insolvenței comentat*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 706.

¹⁵ Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, art. 267 alin. (1).

societății de asigurare/reasigurare debitoare, cu avizul prealabil al Autorității de Supraveghere Financiară și cu înștiințarea Fondului de garantare și aprobarea adunării creditorilor, urmărindu-se valorificarea optimă a acestora.

Modalitățile de lichidare a bunurilor și a drepturilor din averea societății de asigurare/reasigurare debitoare sunt: tranzacțiile privind cumpărarea de active și asumarea de pasive și orice alte tehnici de valorificare a activelor societății de asigurare/reasigurare debitoare¹⁶.

În cazul în care adunarea creditorilor aprobă lichidarea prin tranzacții privind cumpărarea de active și asumarea de pasive, lichidatorul judiciar trebuie să organizeze de îndată, dacă modalitatea confirmată prevede, negocierea privind tranzacția de active și asumarea de pasive.

Altă modalitate de lichidare este reprezentată de vânzarea de bunuri, precum clădiri, terenuri, aparatură, valori mobiliare.

De asemenea, altă modalitate este reprezentată de cesiunile de creanță sau novațiile realizate în interesul procedurii falimentului la o valoare negociată¹⁷.

Lichidatorul este obligat să comunice individual rapoartele de activitate și cele de distribuire a sumelor către: Autoritatea de Supraveghere Financiară, Fondul de garantare și creditorii.

2. Distribuirea sumelor și plata creditorilor de asigurări

Intrarea în procedura falimentului a societăților de asigurare/reasigurare impune plata creanțelor de asigurări.

În momentul în care Autoritatea de Supraveghere Financiară publică decizia prin care constată existența indiciilor stării de insolvență a societății de asigurare/reasigurare și imposibilitatea redresării activității acesteia, creditorii de asigurări dobândesc dreptul de a solicita plata sumelor cuvenite de la Fondul de garantare, acesta fiind îndreptățit să efectueze plăți din disponibilitățile acestui fond, în vederea achitării sumelor cuvenite creditorilor de asigurări, din momentul rămânerii definitive a hotărârii judecătoarei-sindic de deschidere a procedurii falimentului.

Plata de către Fondul de garantare a sumelor cuvenite exclude orice altă cale de valorificare de către creditorii de asigurări a creanțelor și/sau plata sumelor pretinse în cadrul procedurii falimentului societății de asigurare/reasigurare debitoare¹⁸.

Creanțele de asigurări, indiferent de momentul nașterii acestora, se bucură de prioritate absolută față de orice alte creanțe, în ceea ce privește activele admise să

¹⁶ Stanciu D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, ed. a VI-a actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 803.

¹⁷ Stanciu D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, ed. a VI-a actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 804.

¹⁸ Stanciu D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, ed. a VI-a actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 804.

reprezintă rezerve tehnice ale societății de asigurare/reasigurare aflate în procedura de faliment¹⁹.

IV. Închiderea procedurii falimentului societăților de asigurare/reasigurare

1. Cazurile de închidere a procedurii falimentului

Conform art. 271 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, procedura falimentului se închide de judecătorul-sindic, prin hotărâre, la solicitarea lichidatorului judiciar, în situația în care se constată, după caz, una dintre următoarele împrejurări:

- a) s-a aprobat raportul final;
- b) toate fondurile și/sau bunurile din averea societății de asigurare/reasigurare debitoare au fost distribuite;
- c) creanțele creditorilor de asigurări au fost plătite în baza unui acord ori a unei alte măsuri asemănătoare;
- d) toate sumele cuvenite Fondului de garantare au fost recuperate de către acesta.

În cadrul aceluiași articol este menționat faptul că hotărârea de închidere a procedurii se notifică de către judecătorul-sindic tuturor părților implicate, iar sumele rămase după satisfacerea drepturilor tuturor persoanelor îndreptățite se virează la Fondul de garantare.

În orice stadiu al procedurii, judecătorul-sindic poate pronunța o hotărâre de închidere a procedurii dacă se constată că nu există active în patrimoniul societății de asigurare/reasigurare debitoare ori că acestea sunt insuficiente pentru acoperirea cheltuielilor administrative și niciun creditor nu se oferă să avanseze sumele necesare²⁰.

¹⁹ Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, art. 267 alin. (1).

²⁰ Ionița Cochintu, *Procedura falimentului societăților de asigurare/reasigurare în contextul noului cadru legislativ al procedurilor de prevenire a insolvenței și de insolvență*, Ed. Universul Juridic, Phoenix, Revista de insolvență nr. 64 aprilie-iunie 2018, p. 29.

ACȚIUNEA DIRECTĂ ÎN DOCTRINĂ ȘI JURISPRUDENȚĂ

*Jud. Rodica Mihaela DOBRIN
Tribunalul Dolj*

Abstract

By definition, the principle of relativity of the effects of contracts leads to the idea that a contract generates effects only between the contracting parties, unless otherwise stipulated by law. It can be deduced that any case in which the effects are extended to third parties are exceptions to this principle.

These exceptions only give the impression of generating effects on third parties and are known as the promise of another's act, representation, simulation or direct actions.

The practical applicability of the direct action is governed by law, which provides only a few situations under Romanian law, underlined by the Civil Code within articles 1807, 1856, 2023, 2224, 2330, as well as in O.G. no. 51/1997.

The direct action in relation to the relative effects of a contract can be found as an apparent or even real exception from the principle of relativity of the effects of the contract, according to the different legal doctrine opinions, placing it in this category being motivated by the definition of the relativity of contract effects and that the third parties' right to act springs from the cases expressly provided by the law, without the agreement of the contracting parties.

Following the analysis of the effects produced by the direct action, we can extract the idea that, due to the influence that the right to action has on the mandatory effects of the contract concluded between the contracting parties and the way they occur on third parties, this mechanism is indeed an active exception from the principle of relativity of the effects of the contract.

Keywords: *the principle of relativity; the effects of the contract; real and apparent exceptions; direct action; representation; enrichment without fair cause; delegation; privilege; the assignment of the debt; stipulation for another; Business management.*

Una dintre categoriile de excepții recunoscute de lege și doctrină este cea a excepțiilor aparente, în cadrul căreia unii autori au considerat să includă și acțiunile directe. Aceste excepții doar dau impresia producerii efectelor față de terți și sunt cunoscute ca promisiunea faptei altuia, reprezentarea, simulația sau acțiunile directe¹.

¹ Alin-Gheorghe Gavrilescu, *Principiul relativității efectelor actului juridic*, Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, 2019, p. 25.

Definirea conceptului pornește de la interpretarea acțiunii directe ca un mecanism juridic de sine stătător structurat pe posibilitatea unui creditor de a acționa, în baza legii, în nume și interes propriu debitorului său, cu scopul realizării creanței sale, fără ca între creditor și debitorul debitorului (subdebitor) să existe vreun raport juridic. Practic, acțiunea directă este identificată prin participarea a trei actori principali pentru realizarea efectelor sale, aceștia fiind:

- creditorul, adică titularul acțiunii directe;
- debitorul, numit și debitor intermediar;
- debitorul debitorului, numit și sub debitor.

Între cele trei părți menționate se vor naște două raporturi juridice directe: unul între creditor și debitorul intermediar, respectiv unul între debitorul intermediar și sub debitor. Având în vedere aceste mențiuni, legiuitorul îi oferă totuși creditorului, care este terț în raportul dintre debitorul intermediar și sub debitor, abilitatea de a se prevala de forța obligatorie a contractului și a pretinde plata creanței sale direct de la sub debitor prin intermediul acțiunii directe. Deoarece rolul acțiunii directe este de a ajuta creditorul la recuperarea creanței care îi este datorată, plata făcută de sub debitor va avea drept efect stingerea obligațiilor și ștergerea datoriei sale, cât și a debitorului principal. Punerea ei în practică se fundamentează pe dorința de atenuare sau eliminare a consecințelor inechitabile și rigide rezultate din aplicarea principiului relativității efectelor contractului².

Practic, luând în considerare definiția noțiunii, precum și raporturile juridice născute între părți, rezultă că acțiunea directă își dovedește calitatea de excepție la principiul relativității efectelor contractului în sensul în care creditorul devine terțul beneficiar al acțiunii în virtutea contractului intermediar dintre debitorul său direct și sub debitor. Astfel, creditorul dobândește capacitatea de a-și exercita dreptul direct asupra creanței rezultate dintr-un contract la care nu a participat, putând indisponibiliza creanța debitorului intermediar față de sub debitor, prin simpla manifestare a voinței și, de asemenea, preluând dreptul debitorului principal, cu toate privilegiile și accesoriile acestuia. Tot ca urmare a exercitării dreptului său, beneficiarul acțiunii directe nu va suporta concursul creditorilor debitorului intermediar, ci doar pe cel al creditorilor subdebitorului.

În ceea ce privește aplicabilitatea practică a acțiunii directe, legea prevede doar câteva situații în dreptul român, prevăzute de Codul civil în cadrul articolelor 1807, 1856, 2023, 2224, 2330, precum și în O.G. nr. 51/1997. Aceste cazuri sunt:

- Acțiunea directă a lucrătorilor împotriva beneficiarului, în contractul de antrepriză;
- Acțiunea directă a mandantului împotriva submandatarului, în contractul de mandat;

² Moise Bojinca, *Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, nr. 1/2016*, p. 7-10 (http://www.utgjiu.ro/revista/jur/pdf/2016-01/01_.doc.pdf).

- Acțiunea directă a creditorilor privilegiați, ipotecari și gajiști asupra indemnizației de asigurare acordate sau a despăgubirilor datorate, după caz, în ipoteza pieirii sau distrugerii bunului asupra căruia poartă dreptul, adică privilegiul, ipoteca sau gajul;

- Acțiunea directă a persoanei prejudiciate împotriva asigurătorului, în asigurarea de răspundere civilă;

- Acțiunea locatorului împotriva sublocatarului;

- Acțiunea directă a utilizatorului în contractul de leasing³.

Acțiunea directă în contractul de antrepriză

Definit în art. 1.851 NCC, contractul de antrepriză presupune ca o persoană, numită antreprenor, să își asume obligația, pe propriul risc, de a executa o lucrare materială sau intelectuală, ori de a presta un serviciu pentru un beneficiar, în schimbul unui preț. La acesta se subscrie și contractul de subantrepriză, unde antreprenorul poate încredința unuia sau mai multor subantreprenori executarea unor părți ale lucrării sau serviciilor, atunci când contractul de antrepriză nu a fost încheiat în considerarea propriei persoane. Ca urmare a acestor dispoziții, în raporturile cu beneficiarul, antreprenorul va răspunde pentru fapta subantreprenorului ca și pentru propria faptă.

Conexiunea dintre noțiunea contractului de antrepriză și cea a acțiunii directe este dată de art. 1.856 NCC, în care este precizat că în situația în care nu au fost plătite de antreprenor, persoanele care, în baza contractului încheiat, au desfășurat acțiuni de prestare a unor servicii sau au executat lucrări, au o acțiune directă împotriva beneficiarului până la concurența sumei pe care acesta o datorează antreprenorului la momentul invocării acțiunii. Pe baza acestui articol apare excepția acțiunii directe de la principiul relativității efectelor, fiind implicat dreptul unei terțe persoane, străină de contract, de a acționa împotriva unei părți contractante. Mai exact, angajaților sau colaboratorilor antreprenorului le este recunoscut dreptul de acțiune directă împotriva beneficiarului, în ciuda faptului că aceștia nu împărtășesc raporturi juridice directe născute din contractul de antrepriză. Ca efect al acțiunii directe, beneficiarul va fi obligat la plata sumei datorate antreprenorului până la momentul introducerii acțiunii, iar ca măsură de garantare a plății pentru lucrare, art. 1.869 NCC dispune că antreprenorul va beneficia de o ipotecă legală asupra lucrării. De asemenea, angajații și colaboratorii antreprenorului nu vor suporta concursul celorlalți creditori ai acestuia și nu vor fi nevoiți să suporte eventuala stare de insolvență sau faliment a acestuia, dar conform aplicabilității acțiunii directe vor suporta concursul creditorilor beneficiarului lucrării.

³ Gabriel Tița-Nicolescu, *Noul Cod civil. Acțiunile directe*, Acta Universitatis George Bacovia. Juridica -Volume 5. Issue 2/2016, p. 1 (http://www.ugb.ro/Juridica/Issue10ROEN/14_Actiunile_directe_conform_NCC.Tita_Nicolescu.UTBv.RO.pdf).

Spre deosebire de vechea reglementare a Codului civil din 1864, care menționa doar angajații antreprenorului, noua reglementare introduce și noțiunile de colaboratori sau subantreprenori, adică a persoanelor sau societăților subcontractate de antreprenor pentru executarea lucrărilor sau prestarea serviciilor⁴.

Acțiunea directă în contractul de mandat

Potrivit art. 2.009 NCC, mandatul este contractul prin care o parte, numită mandatar, se obligă să încheie unul sau mai multe contracte pe seama celeilalte părți, numită mandant. În temeiul acestui contract, mandatarul poate încheia acte juridice în numele și pe seama mandantului sau, poate, la rândul său, să împuternicească o altă persoană, denumită submandatar, cu scopul de a îndeplini solicitările mandantului. Conform art. 2.023 NCC, care vine în completarea celor menționate anterior, mandatarul poate numi submandatari cu autorizația expresă a mandantului sau în lipsa acesteia, atunci când împrejurări neprevăzute îl împiedică să ducă la îndeplinire mandatul, când se află în imposibilitatea înștiințării în prealabil a mandantului cu privire la aceste împrejurări sau când se poate prezuma că mandantul și-ar fi dat acceptul pentru substituie dacă ar fi cunoscut împrejurările.

Din dispozițiile art. 2.023 NCC se poate observa nașterea a două contracte și rapoarte juridice distincte:

- contractul încheiat între mandatar și mandant;
- contractul încheiat între mandatar și sub mandatar.

De aici rezultă faptul că submandatarul nu este parte în contractul principal de mandat dintre mandatar și mandant, în vreme ce mandantul nu este parte în contractul secundat, dintre mandatar și sub mandatar. Atunci când substituie a fost făcută în lipsa acordului mandantului, mandatarul va răspunde pentru actele submandatarului ca și cum ar fi fost săvârșite de el însuși. În cazul în care substituie a fost autorizată, mandatarul va răspunde doar pentru diligența cu care a ales submandatarul și instrucțiunile acordate. Deși în mod normal, potrivit principiului relativității efectelor contractului, submandatarul și mandantul nu pot acționa unul împotriva celuilalt, alin. (6) al art. 2.023 introduce dreptul mandantului la acțiune directă împotriva persoanei pe care mandatarul și-a substituit-o.

Acțiunea directă pe care mandantul o poate opune submandatarului are ca obiect despăgubirile datorate pentru exercitarea defectuoasă a mandatului. În urma acestei acțiuni și a raporturilor juridice existente, mandantul nu va fi nevoit să suporte concurența creditorilor mandatarului sau insolabilitatea acestuia.

⁴ Gabriel Tița-Nicolescu, *Noul Cod civil. Acțiunile directe*, Acta Universitatis George Bacovia. Juridica -Volume 5. Issue 2/2016, p. 2 (http://www.ugb.ro/Juridica/Issue10ROEN/14_Actiunile_directe_conform_NCC.Tita_Nicolescu.UTBv.RO.pdf).

Acțiunea directă a creditorilor privilegiați, ipotecari și gajiști asupra indemnizației de asigurare acordate sau a despăgubirilor datorate, după caz, în ipoteza pieririi sau distrugerii bunului asupra căruia poartă dreptul, adică privilegiul, ipoteca sau gajul prevăzută de art. 2.330 NCC

Noul Cod civil aduce în discuție prin intermediul art. 2.330 conceptul de strămutare a garanției, în care dacă bunul grevat a pierit sau a fost deteriorat, indemnizația de asigurare sau suma datorată cu titlu de despăgubire este afectată la plata creanțelor privilegiate, conform rangului lor. Tot în cadrul acestui articol „sunt afectate plății aceluiași creanțe sumele datorate exproprierii pentru cauză de utilitate publică sau cu titlu de despăgubire pentru îngădiri ale dreptului de proprietate stabilite prin lege”.

Dreptul existent în patrimoniul creditorilor privilegiați, ipotecari și gajiști asupra bunului și exercitarea acestuia în caz de orice prejudiciu adus bunului creează legătura acestui articol cu aplicabilitatea acțiunii directe, în sensul în care putem distinge existența a două raporturi juridice diferite: unul între proprietarul bunului și creditor, fundamentat pe un contract de garanție în care proprietarul are rolul de debitor principal și creditorul de titular al acțiunii directe, iar altul în forma unui contract de asigurare între proprietarul bunului (asigurat) și asigurător, caz în care creditor va fi proprietarul, iar sub debitor va fi societatea de asigurări. Rolul pe care îl joacă în această situație strămutarea garanției este de a adăuga o protecție suplimentară creditorilor privilegiați, ipotecari și gajiști prin acordarea unei acțiuni directe împotriva subdebitorului de a cere suma datorată de fostul proprietar al bunului cu titlu de indemnizație de asigurare sau despăgubire.

Acțiunea directă a victimei care a suferit un prejudiciu, împotriva asigurătorului de răspundere civilă auto prevăzută de art. 2.224 NCC și art. 54 din Legea nr. 136/1995.

Situația descrisă de art. 2.224 NCC și art. 54 din Legea nr. 136/1995 cu privire la drepturile terțelor persoane păgubite ca reprezentând un alt exemplu în care legea prevede dreptul la acțiunea directă își are originile în materia asigurării de răspundere civilă. Noțiunea de asigurare de răspundere civilă apare în codul civil la art. 2.223, unde este menționat că asigurătorul se obligă să plătească o despăgubire pentru prejudiciul de care asiguratul răspunde potrivit legii față de terțele persoane prejudiciate și pentru cheltuielile făcute de asigurat în procesul civil”. Tot aici legiuitorul include posibilitatea părților de a stabili de comun acord introducerea în contract a răspunderii civile a altor persoane decât contractantul asigurării.

Existența acțiunii directe în această materie a asigurării de răspundere civilă reiese din art. 2.224 NCC, care stabilește exercitarea drepturilor terțelor persoane păgubite împotriva celor vinovați pentru producerea pagubei. Din acest motiv, asigurătorul poate fi chemat în judecată de către persoanele păgubite în limita obligațiilor rezultate din contractul de asigurare. Astfel, dreptul de acțiune directă constă în posibilitatea persoanei păgubite (de exemplu, ca urmare a unui accident

auto) de a acționa împotriva celui care a cauzat prejudiciul (persoana care a produs accidentul auto, finalizat cu pagube materiale), în baza răspunderii civile delictuale. Persoana păgubită poate, de asemenea, să invoce dreptul la acțiune directă și împotriva asiguratorului, care, față de victimă, este considerat o terță persoană. În acest caz ne aflăm în prezența unei excepții de la relativitatea efectelor contractului, deoarece chiar dacă acel contract de asigurare s-a încheiat asigurator și asigurat, o terță persoană îl va putea acționa în judecată pe asigurator⁵. Acțiunea directă creează o legătură între victima accidentului auto, în calitate de creditor al raportului juridic apărut în urma contractului de asigurare, și asigurator, în calitate de sub debitor, în virtutea contractului încheiat cu debitorul principal, adică autorul accidentului⁶.

Fapta juridică prejudiciabilă produsă în cadrul accidentului auto are efect nașterea unor raporturi juridice civile între victimă și autorul accidentului, respectiv între asigurat și asigurator. De aici apare obligația asiguratorului de a suporta despăgubirile provocate de asigurat, conform contractului de asigurare, precum și dreptul victimei de a solicita repararea prejudiciului cauzat. Conform art. 2.226, despăgubirea nu poate fi urmărită de creditorii asiguratului, astfel încât victima nu va suporta concursul celorlalți creditori ai asiguratului și nici insolabilitatea acestuia.

Acțiunea directă a proprietarului împotriva asiguratorului locatarului în materia contractului de asigurare încheiat de locatar în baza art. 1.822 alin. (1) coroborat cu art. 2.226 NCC

Pentru o mai bună înțelegere a aplicabilității acțiunii directe în materia locațiunii, vom porni mai întâi de la art. 1.777 NCC, ce definește locațiunea ca fiind contractul prin care o parte numită locator își asumă obligația de a asigura celeilalte părți, numită locatar, folosința unui bun pentru o anumită perioadă de timp, în schimbul unui preț, denumit chirie. În completarea noțiunii, art. 1805 îi oferă posibilitatea locatarului de a încheia la rândul său un contract, numit sublocațiune, sau să cedeze locațiunea unei alte persoane, dacă această opțiune nu i-a fost interzisă în mod expres. Atât sublocațiunea, cât și cedarea locațiunii se poate face parțial sau total.

Art. 1.822 NCC analizează răspunderea locatarului pentru bunul închiriat, fapt ce determină apariția dreptului la acțiune directă a locatorului împotriva sublocatarului pentru plata chiriei datorate de locatar. Primul alineat implică răspunderea locatarului pentru degradarea bunului închiriat pe durata folosinței sale, inclusiv cea cauzată de incendiu în lipsa dovezii că a survenit fortuit. În alineatul al doilea, locatarul răspunde inclusiv pentru degradarea cauzată de membrii familiei sale,

⁵ Gabriel Tița-Nicolescu, *Noul Cod civil. Acțiunile directe*, Acta Universitatis George Bacovia. Juridica -Volume 5. Issue 2/2016, p. 3 (http://www.ugb.ro/Juridica/Issue10ROEN/14_Actiunile_directe_conform_NCC.Tita_Nicolescu.UTBv.RO.pdf).

⁶ A. Circa, *Relativitatea efectelor convențiilor*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 20.

sublocatar sau orice altă persoană căreia i-a permis în orice mod folosirea, deținerea sau accesul la bun.

Plecând de la ideile art. 1.807 NCC cu privire la efectele sublocațiunii și acțiunile împotriva sublocatarului, tragem concluzia că locatorul are dreptul de a acționa direct împotriva sublocatarului nu doar pentru neplata chiriei de către locatarul principal, ci și în vederea constrângerii sale la executarea celorlalte obligații asumate prin contractul de sublocațiune⁷.

Deoarece în art. 1.822 NCC este menționat exemplul incendiului ca motiv pentru degradarea bunului și implicarea răspunderii locatarului, precum și prevederile art. 2.223 și 2.226, putem vorbi despre aceeași aplicabilitate a acțiunii directe în favoarea locatorului, schimbând însă caracterul persoanei împotriva căreia îl va exercita, sublocatarul fiind înlocuit în această împrejurare de către asiguratorul locatarului, în baza contractului de asigurare încheiat între cei doi.

Acțiunea directă a beneficiarului împotriva reprezentantului administratorului pentru prejudiciile suferite, prevăzută de art. 830 alin. (2) NCC

Acțiunea directă în materia răspunderii reprezentantului administratorului își găsește aplicabilitatea în baza art. 830 NCC, care la rândul său este strâns legat de art. 829 NCC. Codul civil prevede în art. 829 capacitatea administratorului de a-și delega parțial atribuțiile și de a împuternici un terț să-l reprezinte la încheierea unui act determinat. Ca urmare a delegării acestor atribuții, administratorul va răspunde pentru faptele celui substituit în măsura în care beneficiarul nu și-a manifestat expres acordul în legătură cu substituirea.

Art. 830 NCC începe prin a preciza inopozabilitatea față de beneficiar a actelor prin care reprezentantul administratorului a încălcat prevederile actului de desemnare. Alin. (2) îi oferă beneficiarului posibilitatea de a se îndrepta împotriva reprezentantului administratorului pentru prejudiciile suferite, indiferent dacă administratorul a fost sau nu autorizat să încredințeze substituirea. Astfel, se confirmă acțiunea directă a beneficiarului împotriva reprezentantului administratorului, condiționată de existența convenției dintre administrator și reprezentant. Atât administratorul, cât și reprezentantul acestuia vor răspunde față de beneficiar pentru prejudiciile cauzate, primul în virtutea împuternicirii, iar al doilea în virtutea acțiunii directe. Beneficiarul va evita concurență celorlalți creditori ai administratorului, precum și eventuala insolvabilitate a acestuia.

⁷ Gabriel Tița-Nicolescu, *Noul Cod civil. Acțiunile directe*, Acta Universitatis George Bacovia. Juridica -Volume 5. Issue 2/2016, p. 3 (http://www.ugb.ro/Juridica/Issue10ROEN/14_Actiunile_directe_conform_NCC.Tita_Nicolescu.UTBv.RO.pdf).

Acțiunea directă – analiză comparativă cu ale mecanismelor juridice ale dreptului civil român

Natura juridică a acțiunii directe o descrie ca un mecanism juridic original, diferit de restul mecanismelor din aceeași sferă de activitate și constă în dreptul pe care îl conferă creditorului împotriva unor persoane cu care nu deține raporturi juridice civile rezultate în urma unor contracte directe. Astfel, creditorul poate acționa direct împotriva subdebitorilor, cunoscuți și ca debitorii debitorilor, calitate ce o distinge de stipulația pentru altul, cesiunea de creanță, gestiunea de afaceri, privilegiul, îmbogățirea fără justă cauză, reprezentarea și delegația⁸.

Acțiunea directă și reprezentarea

În literatura de specialitate, reprezentarea este definită ca procedeul tehnico-juridic prin care o persoană numită reprezentant încheie un contract în numele și pe seama altei persoane, numită reprezentat, cu scopul de a produce efecte direct în persoana celui reprezentat⁹. Practic, reprezentarea există în cazul unui contract încheiat de o persoană în numele altcuiva pentru ca efectele să se producă direct în persoana acesteia din urmă. Conform art. 1295 NCC, reprezentarea este de trei feluri: legală, convențională și judecătorească.

Ideea comparației cu acțiunea directă provine din raportul juridic pe care reprezentarea îl produce între reprezentat și persoana care contactează cu reprezentantul, denumit terț beneficiar. Ca exemplu putem analiza situația locatarului, care atunci când încheie contractul cu sublocatarul, poate fi interpretat ca acționând în calitate de mandatar tacit al proprietarului¹⁰, însă această interpretare nu susține asemănarea cu acțiunea directă, din cauza faptului că, în realitate, locatarul acționează în nume propriu și nu are intenția de a reprezenta.

Acțiunea directă și îmbogățirea fără justă cauză

Îmbogățirea fără justă cauză este prezentată de faptul juridic ilicit prin care are loc creșterea patrimoniului unei persoane prin diminuarea corelativă a patrimoniului altei persoane, cea dintâi având obligația de a înapoia persoanei afectate avantajul astfel obținut¹¹. Din definiție se observă că acțiunea în îmbogățire fără justă cauză presupune îmbogățirea pârâtului, lucru care diferă de efectul acțiunii directe, unde subdebitorul dobândește o valoare patrimonială doar în schimbul unei contraprestații față de debitorul intermediar. Această acțiune are un caracter subsidiar, având în

⁸ Moise Bojinca, *op. cit.*, p. 10 (http://www.utgjiu.ro/revista/jur/pdf/2016-01/01_doc.pdf).

⁹ I. Reghini, Ș. Diaconescu, *Introducere în dreptul civil, vol. 1*, Ed. Sfera S.R.L., Cluj-Napoca, 2004, p. 211.

¹⁰ A. Circa, *op. cit.*, p. 300.

¹¹ C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 119.

vedere că este ținută de lipsa unui mijloc de recuperare a prejudiciului suferit de către cel al cărui patrimoniu a fost afectat. Din această cauză, acțiunea directă se diferențiază de îmbogățirea fără justă cauză prin faptul că nu are caracter subsidiar, putând fi exercitată fără ca titularul ei să dovedească lipsa altui mijloc juridic de reparare a prejudiciului¹².

Acțiunea directă și efectele relative ale contractului

Acțiunea directă în raport cu efectele relative ale contractului se regăsește ca fiind o excepție aparentă sau chiar reală, conform diferitelor opinii din doctrină, de la principiul relativității efectelor contractului, plasarea ei în această categorie fiind motivată de definiția relativității efectelor contractului și faptul că dreptul terțului de a acționa izvorăște din cazurile expres prevăzute de lege, fără acordul de voințe al părților contractante. Argumentarea tipului de excepție de la principiul relativității efectelor pornește de la diversele interpretări ale acțiunii directe și al rolului pe care aceasta îl joacă în contractele în care este invocată, de cele mai multe ori fiind considerată un mecanism de realizare a echilibrului raportului juridic afectat de rigiditatea principiului relativității efectelor contractului, comparativ cu stipulația pentru altul care este menționată drept singura excepție veritabilă de la acest principiu.

În cazul acțiunii directe dreptul terțului este prevăzut de lege, iar efectele produse de exercitarea acestuia impactează semnificativ efectele rezultate din raporturile juridice generate de contractul dintre părți, la care terțul nu a luat parte. Efectele generate de acțiunea directă, în raport cu principiul relativității efectelor contractului, îi permit titularului dreptului de a profita de unele efecte ale contractului inițial. Întinderea acestor efecte se referă la:

- indisponibilizarea creanței debitorului intermediar față de sub debitor;
- întreruperea cursului prescripției extinctive atât între creditorul direct și debitorul intermediar, cât și între creditorul direct și sub debitor;
- efectul atributiv ce constă în faptul că beneficiarul acțiunii directe are posibilitatea de a exercita dreptul debitorului său împotriva subdebitorului, prevalându-se de garanțiile și privilegiile care îl însoțesc.

Efectele acțiunii directe se concretizează astfel într-un drept preferențial acordat creditorului în raport cu ceilalți creditori ai debitorului intermediar și într-un instrument ajutător în vederea reparării prejudiciilor care îi sunt sau pot fi cauzate de rigiditatea relativității efectelor contractului¹³.

În urma analizării efectelor produse de acțiunea directă, putem sustrage ideea că, datorită influenței pe care dreptul la acțiune o are asupra efectelor obligatorii ale contractului încheiat între părțile contractante și felul în care se produc asupra terțelor persoane, acest mecanism constituie într-adevăr o excepție activă de la principiul relativității efectelor contractului.

¹² Moise Bojinca, *op. cit.*, p. 12 (http://www.utgjiu.ro/revista/jur/pdf/2016-01/01_.doc.pdf).

¹³ Moise Bojinca, *op. cit.*, p. 17-19.

DESPRE CARACTERUL UNITAR AL ACTULUI ADMINISTRATIV UNILATERAL REȚINUT ÎN JURISPRUDENȚĂ

Mihai BĂEȘU

Școala Doctorală, Facultatea de Drept a Universității din București
mihai.baesu@drept.unibuc.ro

Abstract

In a relatively constant jurisprudence, national courts maintain that unilateral administrative acts have a unitary character, so that they can only be qualified as a whole, either as individual or as normative, so not in a nuanced way, depending on the particularities of each manifestation of will from within them. Regarding the lack of legal or doctrinal establishment of this feature, the present work contains some critical observations regarding the jurisprudential considerations that refer to the unitary character of the unilateral administrative act.

Keywords: *administrative act, traits.*

1. ASPECTE INTRODUCATIVE

În practica instanțelor naționale de contencios administrativ se reține în mod frecvent că încadrarea actului administrativ unilateral în cadrul dihotomiei individual/normativ nu se poate realiza prin „decuparea” unor dispoziții din cuprinsul actului întrucât un astfel de demers ar afecta caracterul „unitar” al actului administrativ unilateral¹.

În concret, aceste considerente jurisprudențiale vizează actele administrative unilaterale care încorporează în structura lor mai multe manifestări de voință ale autorității publice emitente, dintre care, unele specifice actelor administrative individuale, iar altele specifice actelor administrative normative.

De pildă, ne putem imagina o hotărâre de Guvern prin care se stabilește că orice operator economic care exploatează flora spontană din zona parcurilor naționale este obligat să ia măsuri pentru conservarea perimetrului pe care îl exploatează. Totodată, această hotărâre de Guvern nominalizează și trei operatori economici care, datorită experienței prealabile, sunt autorizați să monitorizeze și să raporteze autorităților competente măsurile de conservare luate de ceilalți operatori economici.

¹ A se vedea Secțiunea a II-a de mai jos.

Este această hotărâre de Guvern, în ansamblul său, un act administrativ individual sau normativ? Or, s-ar putea considera că, sub aspectul autorizării celor trei operatori economici, hotărârea de Guvern este un act individual, pe când, sub aspectul regulii referitoare la măsurile de conservare, hotărârea este un act administrativ normativ?

Implicațiile practice ale acestor întrebări sunt importante, referindu-se, în mod evident, la stabilirea corectă a regimului juridic al atacării actului administrativ unilateral în fața instanțelor de contencios administrativ.

Așa cum anticipam mai sus, jurisprudența analizată propune calificarea „în bloc” a unui astfel de act administrativ unilateral, fie ca individual, fie ca normativ.

În materialul de față, vom expune câteva observații critice la adresa acestor considerente jurisprudențiale, pledând în final pentru o calificare nuanțată a actului administrativ unilateral, în funcție de natura fiecărei manifestări de voință pe care acesta o include în structura sa.

II. PREZENTAREA JURISPRUDENȚEI

Hotărârea judecătorească ce „a dat tonul” jurisprudenței pe care o criticăm aparține Înaltei Curți de Casație și Justiție.

În concret, instanța supremă a fost investită cu soluționarea cererii de recurs împotriva unei sentințe a Curții de Apel Alba Iulia prin intermediul căreia fusese respinsă ca tardivă cererea de anulare parțială a H.G. nr. 349/2005 privind depozitarea deșeurilor² (în continuare, „H.G. nr. 349/2005”) sub aspectul sistării activității de depozitare a deșeurilor pe un teren aflat în proprietatea operatorului economic reclamant.

Pentru a decide astfel, prima instanță a reținut că, deși conține mai multe prevederi normative, H.G. nr. 349/2005 este un act administrativ individual sub aspectul sistării activității operatorului economic reclamant. Astfel, dată fiind depășirea termenului de 6 luni pentru formularea acțiunii în fața instanței de contencios administrativ, s-a impus respingerea ca tardivă a acțiunii formulate.

Cu toate acestea, Înalta Curte de Casație și Justiție a considerat ca fiind nelegală această soluție reținând că: „[î]ncadrarea unui act *infralegislativ* într-una dintre cele două categorii mai sus arătate **nu se realizează prin „decuparea” unor dispoziții din acel act, afectând în acest mod caracterul unitar al acestuia, ci prin examinarea integrală a conținutului său, prin prisma trăsăturilor fiecăreia dintre categoriile în discuție (acte normative și acte individuale). Cu alte cuvinte, un act administrativ este fie normativ, fie individual, în funcție de întinderea efectelor juridice pe care le produce ca întreg, indiferent de conținutul concret al unei părți (de exemplu al unei anexe) a acestuia.” (s.n.)³.**

² Publicată în M. Of. nr. 394 din data de 05.10.2005.

³ ÎCCJ, s. cont. adm., *decizia nr. 1718 din 26.02.2013*, disponibilă pe portalul www.scj.ro, accesat la data de 29.09.2021.

Într-o altă speță, Curtea de Apel Târgu Mureș a apreciat că hotărârea care conține atât aprobarea modalității de gestiune a unui serviciu public în termeni generali, cât și delegarea gestiunii către un anumit operator economic determinat, reprezintă un act administrativ individual, în virtutea următoarelor considerente relevante: *„încadrarea unui act infralegislativ într-una dintre cele două categorii mai sus arătate nu se realizează prin „decuparea” unor dispoziții din acel act, afectând în acest mod caracterul unitar al acestuia, ci prin examinarea integrală a conținutului său, prin prisma trăsăturilor fiecăreia dintre categoriile în discuție – acte normative și acte individuale (...). Așadar, contrar abordării recurentului, analiza, din perspectiva menționată, a H.C.L. nr. 19/26 martie 2015, cu finalitatea încadrării în una din cele două categorii, nu poate fi realizată doar prin raportare la art. 1, respectiv la dispoziția de aprobare a modalității de gestiune delegate pentru activitățile de colectare și transport al deșeurilor (...) Curtea constată că prin hotărârea atacată nu s-au stabilit norme juridice cu caracter general, neconținând reguli generale, de aplicabilitate repetată, iar destinatarii acestuia nefiind un număr indeterminat de subiecți, ci hotărârea conține dispoziții având ca efect nașterea, modificarea sau stingerea unor raporturi juridice concrete, ca urmare a aprobării atribuirii contractului de delegare a gestiunii către societatea (...)”⁴ (s.n.).*

Astfel, Curtea de Apel Târgu Mureș și-a însușit ca atare, în această speță, considerentele Înaltei Curți de Casație și Justiție prezentate anterior.

Într-o manieră similară, Tribunalul București a certificat caracterul de act administrativ normativ al unei hotărâri de consiliu local prin intermediul căreia fuseseră aprobate mai multe planuri de urbanism de detaliu, respingând astfel ca inadmisibilă excepția de nelegalitate invocată împotriva sa, în baza următoarelor considerente relevante: *„[f]încadrarea unui act infralegislativ într-una dintre cele două categorii mai sus arătate nu se realizează prin „decuparea” unor dispoziții din acel act, afectând în acest mod caracterul unitar al acestuia, ci prin examinarea integrală a conținutului său, prin prisma trăsăturilor fiecăreia dintre categoriile în discuție (acte normative și acte individuale). Cu alte cuvinte, un act administrativ este fie normativ, fie individual, în funcție de întinderea efectelor juridice pe care le produce, indiferent de conținutul concret al unei anexe a aceluși act. (...) Față de cele reținute, tribunalul constată că Hotărârea Consiliului Local al S_1 București nr. 146/27.08.2015 este un act administrativ normativ, întrucât prin aceasta s-au aprobat mai multe planuri urbanistice de detaliu, iar Planul Urbanistic de Detaliu pentru, avizat sub nr. 10/17/30.07.2015, care reprezintă doar o anexă la această hotărâre, chiar dacă se referă la un imobil individualizat, nu poate schimba natura actului administrativ normativ”⁵ (s.n.)⁵*

⁴ Curtea de Apel Târgu Mureș, s. cont. adm., *decizia 702/19.10.2016*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

⁵ Tribunalul București, s. cont. adm., *sentința nr. 5594/24.09.2018*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

Se observă că, similar Curții de Apel Târgu Mureș, și Tribunalul București și-a însușit ca atare aprecierile Înaltei Curți de Casație și Justiție prezentate mai sus.

În alte spețe, în virtutea considerentelor Înaltei Curți de Casație și Justiție referitoare la imposibilitatea „*decupării*” unui act administrativ și, respectiv, al caracterului unitar al actului administrativ unilateral, instanțele naționale au reținut că:

- Hotărârea de consiliu local având ca obiect aprobarea unui plan urbanistic zonal are caracter normativ⁶, soluție confirmată în cursul acestui an prin intermediul Deciziei nr. 12 din data de 28 iunie 2021 pronunțată de către completul pentru soluționarea recursului în interesul legii din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție⁷;

- Hotărârea de consiliu local având ca obiect aprobarea unui plan urbanistic zonal are caracter individual⁸;

- Hotărârea de consiliu local având ca obiect aprobarea nivelului unor taxe pentru eliberarea, completarea și modificarea avizelor de funcționare pentru desfășurarea unor activități economice, a autorizațiilor de funcționare pentru unități de alimentație publică, precum și a autorizațiilor pentru executarea serviciului de transport în regim de taxi are caracter normativ⁹;

- Hotărârea de consiliu local având ca obiect aprobarea unui regulament privind organizarea și desfășurarea activităților comerciale și a serviciilor de piață într-un anumit municipiu reprezintă un act administrativ individual¹⁰;

- Hotărâre de consiliu local având ca obiect organizarea unei licitații asupra închirierii pășunilor dintr-o anumită comună este un act administrativ individual¹¹;

- Art. II din H.G. nr. 514/2013 pentru modificarea și completarea H.G. nr. 34/2009 privind organizarea și funcționarea Ministerului Finanțelor Publice¹² este un act administrativ unilateral individual¹³;

- Hotărârea de consiliu local având ca obiect completarea listei spațiilor proprietate privată a municipiului București cu destinația de cabinete medicale, precum și a

⁶ Tribunalul Timiș, s. cont. adm., *sentința nr. 502/04.05.2021*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 933 din data de 30.09.2021.

⁸ Curtea de Apel Craiova, s. cont. adm., *decizia nr. 7540/02.12.2014*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021. În același sens, Tribunalul Constanța, s. cont. adm., *sentința nr. 561/11.04.2019*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021 sau Tribunalul Constanța, s. cont. adm., *sentința nr. 1098/01.08.2018*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

⁹ Curtea de Apel Târgu Mureș, s. cont. adm., *decizia nr. 911/16.12.2016*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹⁰ Curtea de Apel Constanța, s. cont. adm., *decizia nr. 1565/25.10.2018*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹¹ Curtea de Apel Pitești, s. cont. adm., *decizia nr. 1617/05.10.2015*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹² Publicată în M. Of. nr. 475 din data de 31.07.2013.

¹³ Curtea de Apel București, s. cont. adm., *decizia nr. 2553/30.10.2019*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

spațiilor în care se desfășoară activități conexe actului medical are natura unui act administrativ normativ¹⁴;

- Adresa Agenției Naționale a Penitenciarelor prin intermediul căroră se impune unităților sale din subordine încheierea unor protocoale privind virarea centralizată în conturile de trezorerie a sumelor aferente mandatelor poștale ce au ca destinatar persoane condamnate încheiate cu C.N. Poșta Română este un act administrativ individual¹⁵;

- Hotărârea de consiliu local având ca obiect atestarea domeniului public a unui municipiu este un act administrativ individual¹⁶;

- Hotărârea de consiliu local al municipiului Constanța privind aprobarea Regulamentului privind organizarea și desfășurarea activităților comerciale și a serviciilor de piață în municipiul Constanța este un act administrativ cu caracter individual¹⁷;

- Hotărârea consiliului județean prin care s-a aprobat regulamentul de organizare și funcționare al aparatului de specialitate al Direcției Generale de Asistență Socială și Protecția Copilului reprezintă un act administrativ individual¹⁸.

În fine, reținem că aceste considerente ale Înaltei Curți de Casație și Justiție au fost reiterate și prin paragraful 48 din recenta Decizie nr. 12 din data de 28 iunie 2021 pronunțată de către completul pentru soluționarea recursului în interesul legii din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție unde s-a statuat tocmai că: *„în procesul de încadrare a unui act administrativ în una dintre cele două categorii, încadrarea realizându-se prin examinarea integrală a conținutului său, nu prin „decuparea” unor dispoziții din acest conținut de natură a-i afecta caracterul unitar, esențiale sunt efectele juridice pe care le produce, natura măsurilor dispuse, iar nu forma sau denumirea”* (s.n.).

În consecință, observăm că, la nivel național, există o jurisprudență consistentă potrivit căreia caracterul unitar al actului administrativ nu poate fi alterat printr-o „decupare”, astfel încât calificarea actelor administrative care conțin atât manifestări de voință specifice actelor administrative individuale, cât și manifestări de voință specifice actelor administrative normative, vor primi o calificare unitară.

În cele ce urmează, vom prezenta poziția doctrinei asupra problemei analizate, după care vom formula o serie de observații critice la adresa acestei orientări jurisprudențiale.

¹⁴ Curtea de Apel București, s. cont. adm., *decizia nr. 5995/08.12.2015*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹⁵ Curtea de Apel Cluj, s. cont. adm., *decizia nr. 91/29.03.2021*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹⁶ Tribunalul Iași, s. cont. adm., *sentința nr. 855/10.06.2019*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹⁷ Tribunalul Constanța, s. cont. adm., *sentința nr. 1565/25.10.2018*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹⁸ Tribunalul Cluj, s. cont. adm., *sentința nr. 2455/12.09.2018*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

III. POZIȚIA DOCTRINEI

În literatura de specialitate română, profesorul Ovidiu Podaru, înainte de cristalizarea jurisprudenței prezentată mai sus, sublinia că: „*ceea ce nu este posibil este ca unul și același text (normă) să fie totodată act normativ și individual. Dar aceasta nu înseamnă că un anumit act juridic alcătuit structural din mai multe acte juxtapuse (de pildă, un act administrativ structurat în mai multe articole) să fie totodată individual sau normativ, în măsura în care o parte (un articol) are destinatar determinat, iar o alta are destinatari nedeterminați*”¹⁹.

Într-o opinie contrară, profesorul Alexandru-Sorin Ciobanu reține că: „*este adevărat că, uneori, un act administrativ poate avea o structură mixtă, cuprinzând și dispoziții generale, dar și unele dispoziții cu caracter individual (multe acte normative, pot conține anexe care cuprind date punctuale, individuale), dar calificarea acestuia ar trebui apreciată în mod unitar, printr-o analiză corectă a întinderii efectelor sale*”²⁰.

În literatura de specialitate franceză, în tratatul profesorului André de Laubadère, reeditat de către profesorii Jean-Claude Venezia și Yves Gaudemet, cu ocazia tratării distincției dintre actele administrative individuale („*des actes individuels*”) și cele normative („*des règlements*”) se subliniază că: „*observăm, în plus, că același act administrativ, în domeniul decretelor de autorizare a unei instalații nucleare, poate grupa dispoziții non-reglementare și dispoziții reglementare*”²¹.

În susținerea acestei constatări, autorii indică o decizie de speță a Consiliului de Stat francez prin care s-a reținut că, potrivit legii franceze în vigoare la acel moment, avizul Consiliului Superior de Electricitate și Gaze era necesar numai în privința elaborării actelor normative în domeniu. Prin urmare, dat fiind că decretul de autorizare privind crearea unei centrale nucleare care fusese atacat nu era un act administrativ normativ, motivul de exces de putere legat de lipsa avizului Consiliului Superior de Electricitate și Gaze era neîntemeiat.

Dat fiind că, în concret, Consiliul de Stat nu a calificat în mod nuanțat decretul analizat, înclinăm să credem că autorii menționați, deși nu se pronunță expres în acest sens, au în vedere o calificare unitară a actelor care cuprind atât dispoziții reglementare, cât și dispoziții non-reglementare.

Oricum ar fi, este limpede că această problemă nu este tratată în mod unitar nici în doctrină, ceea ce justifică analiza mai amănunțită pe care ne vom strădui să o realizăm în continuare.

¹⁹ O. Podaru, *Drept administrativ. Vol. 1 Actul administrativ (1) Repere pentru o teorie altfel*, Ed. Hamangiu, 2010, p. 67.

²⁰ Alexandru-Sorin Ciobanu, *Drept administrativ. Activitatea administrației publice. Domeniul public*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 52.

²¹ André de Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Tome 1, *Droit administratif général, Organisation et action de l'administration. La juridiction administrative*, 15^e édition, L.G.D.J., p. 627.

IV. CRITICA ORIENTĂRII JURISPRUDENȚIALE ANALIZATE

IV.1. Un prim semnal de alarmă – lipsa fundamentării legale sau doctrinare a caracterului unitar al actului administrativ unilateral

În prezent, regimul juridic aplicabil actelor administrative unilaterale are în centrul său Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004²² (denumită în continuare, „Legea nr. 554/2004”).

Așa cum este cunoscut, Legea nr. 554/2004 nu reglementează caracterul unitar al actelor administrative unilaterale.

Cu mici variațiuni legate de viziunea fiecărui autor, doctrina contemporană reține următoarele trăsături ale actului administrativ unilateral: (i) este forma juridică principală de realizare a activității organelor administrației publice, (ii) reprezintă o voință juridică unilaterală, (iii) este emis numai în realizarea puterii publice, (iv) are un regim juridic specific, în centrul căruia se află Legea contenciosului administrativ²³.

În plus, nici măcar în lucrările în care autorii contemporani s-au îndepărtat de la optica tradițională asupra teoriei actului administrativ²⁴ nu întâlnim referiri al un pretins caracter unitar al actului administrativ unilateral.

Reținem așadar că nici Legea nr. 554/2004, nici doctrina de specialitate nu se referă la caracterul unitar al actului administrativ unilateral.

Desigur, această observație nu reprezintă în sine o critică, dat fiind rolul indiscutabil al jurisprudenței de a contribui la elaborarea și dezvoltarea unor concepte juridice noi.

Cu toate acestea, atunci când jurisprudența folosește noțiuni juridice fără consacrare legală sau doctrinară, apreciem că rolul teoreticienilor este acela de a verifica necesitatea și oportunitatea fundamentării doctrinare și legale a noțiunii utilizate în jurisprudență.

Avem în vedere acest context și observațiile profesorului Iorgovan potrivit cărora: „[s]emnificația noțiunilor reprezintă rezultatul unui consens al doctrinarilor, la care ajungează, treptat, treptat și practica judiciară, ajungându-se, prin uz de ani și ani, la noțiuni cu valoare de constantă într-o anumită materie, preluate, ca atare, în legislație”²⁵.

Din cele ce urmează se va putea observa că, în opinia noastră, fundamentarea doctrinară și legală a caracterului unitar al actului administrativ unilateral nu este nici necesară, nici oportună.

²² Publicată în M. Of. nr. 1154 din data de 07.12.2004.

²³ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, ed. 4, Ed. All Beck, București, 2005, pp. 29-38. Într-un sens similar, D.A. Tofan, *Drept administrativ*, vol. II, ed. 5, Ed. C.H. Beck, București, 2020, pp. 12-17. Într-un sens care nuanțează condițiile enunțate deja, dar nu se îndepărtează de esența acestora, V. Vedinaș, *Tratat teoretic și practic de drept administrativ*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2018, pp. 27-34 sau A.-S. Ciobanu, *op. cit.*, pp. 37-48.

²⁴ O. Podaru, *op. cit.*

²⁵ A. Iorgovan, *op. cit.*, p. 580.

IV.2. Critica propriu-zisă – imposibilitatea aplicării criteriilor științifice privind distincția dintre actele administrative individuale și normative

În ceea ce ne privește, considerentele jurisprudențiale prezentate mai sus sunt criticabile din punct de vedere teoretic întrucât obligă la calificarea omogenă/ unitară a unor manifestări de voință neomogene/ diferite ca natură și, astfel, fac imposibilă aplicarea în concret a criteriilor științifice privind distincția dintre actele administrative unilaterale individuale și normative în demersul de calificare a unui act administrativ unilateral care conține manifestări de voință specifice ambelor categorii.

Pentru detalierea criticii astfel enunțate, vom puncta în continuare: (i) principalele criterii științifice privind distincția dintre actele administrative individuale și normative, după care (ii) vom demonstra, prin raportare la un caz concret, că aceste criterii de distincție nu pot fi aplicate pentru a da o calificare corectă actului administrativ în ansamblul său.

IV.2.1. Principalele criterii științifice privind distincția dintre actele administrative individuale și normative

În doctrina interbelică și în cea postbelică timpurie, distincția dintre actele individuale și normative, ținând desigur cont de terminologia specifică fiecărei epoci, se realiza în funcție de **efectul juridic** distinct pe care îl produce fiecare tip de act administrativ. La rândul nostru, am achiesat anterior la întrebuintarea acestui criteriu științific, considerându-l cel mai potrivit din punct de vedere terminologic²⁶.

Astfel, profesorul Constantin Rarincescu sublinia că: „[d]in punct de vedere al **efectului juridic** actele de autoritate pot să fie sau **acte-reguli**, cum sunt reglementele sau ordonanțele; sau **acte subiective**, cari se referă la anumite cazuri concrete, individuale sau personale cum sunt: diversele autorizațiuni, permisiuni sau interdicțiuni, diversele acte cari intervin în materie de poliție, (...) sau **acte-condițiuni** prin care Administrațiunea învestește sau dezinvestește pe un individ anumit cu o situațiune generală obiectivă, cu un stat legal sau regulamentar, cum este cazul numirii sau revocării unui funcționar (...).”²⁷ (s.n.)

Într-un sens similar, profesorul Tudor Drăganu reținea că: „[c]lasificarea în acte de drept administrativ normative și individuale pornește de la **efectul juridic** diferit pe care îl produc manifestările de voință ale organelor administrației de stat. (...) Atunci când manifestarea de voință a organului administrativ al statului nostru democrat-popular dă naștere, modifică, suspendă sau desființează o regulă generală de conduită pe baza și în aplicarea unei legi, iar această regulă este susceptibilă de a fi sancționată prin forța de constrângere a statului, este vorba de un act administrativ

²⁶ M. Băeșu, *Criteriile privind distincția dintre actul administrativ unilateral individual și cel normativ. O privire dintr-un alt unghi*, în *Curierul Judiciar* nr. 9/2019.

²⁷ C. Rarincescu, *Contenciosul Administrativ Român*, Edițiunea a doua, Ed. Universală Alcalay & Co. București, 1936, p. 246.

normativ. (...) Un act de drept administrativ este individual atunci când manifestarea de voință a organului competent creează, modifică sau stinge drepturi subiective sau obligații în profitul sau în sarcina uneia sau a mai multor persoane dinainte determinate. (s.n.)²⁸.

Reprezentativă pentru perioada postdecembristă este analiza profesorului Antonie Iorgovan care sublinia că „*[d]upă gradul de întindere a efectelor, delimităm: a) acte normative; b) acte individuale; și c) acte cu caracter intern (care, la rândul lor, pot fi normative sau individuale) (s.n.)²⁹*”.

Astfel cum explică profesorul Alexandru-Sorin Ciobanu: „*[î]ntinderea efectelor juridice se raportează, în esență, la sfera destinatarilor actului, adică la cei care au dreptul sau obligația, după caz, să ducă la îndeplinire prevederile sale, să îl pună în executare. (...) (i) Acte administrative cu caracter normativ. Sunt cele care cuprind reglementări generale și impersonale, de aplicabilitate repetată, adresată unui număr nedeterminat de persoane, fiind opozabil erga omnes. (...) (ii) Acte administrative cu caracter individual. Astfel de acte produc efecte juridice față de unul sau mai multe subiecte de drept determinate³⁰*”.

În fine, profesorul Ovidiu Podaru precizează: „*[c]riteriul de distincție între cele două tipuri de acte ar fi, în dreptul român, acela al determinabilității persoanelor cărora li se aplică: un act normativ („regulament”) are o aplicabilitate generală, asupra unui număr nedeterminat de persoane, pe când cel individual (sau, mai exact, nereglementar) produce efecte asupra unui număr relativ restrâns și determinat de subiecți de drept³¹*”.

Sintetizând conținutul criteriilor științifice privind distincția dintre actele administrative individuale și normative menționate mai sus, vom reține că ele se raportează strict la tipul manifestării de voință a autorității publice emitente, manifestare care poate fi:

- fie generală, abstractă și adresată unui număr nedeterminat de destinatari (deci, specifică actului administrativ normativ);

- fie particulară, concretă și adresată unui număr determinat de destinatari (deci, specifică actului administrativ individual).

În continuare, vom demonstra că aceste criterii nu pot fi aplicate pentru calificarea „*în bloc*” a unui act administrativ unilateral care conține atât dispoziții individuale, cât și normative.

IV.2.2. Imposibilitatea aplicării în concret a criteriilor științifice de distincție dintre actele administrative individuale și normative

Pentru a ilustra cele de mai sus, revenim la exemplul prezentat la începutul lucrării, anume la hotărârea de Guvern prin care se stabilește că orice operator

²⁸ T. Drăganu, *Actele de drept administrativ*, Ed. Științifică, București, 1959, pp. 85-87.

²⁹ A. Iorgovan, *op. cit.*, p. 39.

³⁰ A.-S. Ciobanu, *op. cit.*, 2015, p. 51.

³¹ O. Podaru, *op. cit.*, 2010, p. 61.

economic care exploatează flora spontană din zona parcurilor naționale este obligat să ia măsuri pentru conservarea perimetrului pe care îl exploatează, fiind totodată nominalizați trei operatori economici care, datorită experienței prealabile, sunt autorizați să monitorizeze și să raporteze autorităților măsurile de conservare luate de ceilalți operatori economici.

Cum ar trebui să fie calificat acest act administrativ unilateral? Individual sau normativ în ansamblul său? Ori atât individual, cât și normativ, în funcție de tipul fiecărei manifestări de voință din cuprinsul său?

În concret, dacă avem în vedere criteriul **efectelor juridice** produse, observăm că această hotărâre de Guvern conține atât norme juridice (anume, regula potrivit căreia orice operator economic care exploatează flora spontană din zona parcurilor naționale este obligat să ia măsuri pentru conservarea perimetrului pe care îl exploatează), cât și drepturi subiective și obligații concrete (anume, dreptul și obligația celor trei operatori economici experimentați de a supraveghea și raporta măsurile de conservare luate de ceilalți operatori economici).

Tot astfel, dacă avem în vedere **întinderea efectelor juridice produse**, observăm că acest act produce atât efecte întinse, de aplicabilitate generală și repetată, specifice normei juridice adresate tuturor operatorilor economici care exploatează flora spontană din zona parcurilor naționale, dar și efecte juridice mai restrânse, particulare, aplicabile unor persoane determinate, specifice drepturilor subiective și obligațiilor aparținând celor trei operatori economici experimentați.

În fine, dacă ne raportăm la criteriul **determinabilității destinatarilor**, este limpede că această hotărâre de Guvern are atât o sferă de destinatari determinați (cei trei operatori economici experimentați), cât și o sferă de destinatari nedeterminați (orice operator economic care exploatează flora spontană din zona parcurilor naționale).

Ca atare, cele trei criterii științifice privind distincția dintre actele administrative individuale și normative vor putea fi întrebuințate cu succes numai pentru determinarea fiecărui tip de manifestare de voință din cadrul hotărârii de Guvern luată ca exemplu, însă nu și în legătură cu calificarea unitară și de ansamblu a acestei hotărâri ca având fie caracter individual, fie caracter normativ.

Cu toate acestea, dacă recurgem la jurisprudența pe care o analizăm, vom observa că aceasta ne obligă să nu „*decupăm*” conținutul hotărârii de Guvern menționate pentru a nu-i afecta caracterul unitar, astfel încât suntem nevoiți să stabilim că această hotărâre este, în ansamblul său, fie un act administrativ individual, fie act administrativ normativ.

Din păcate însă, jurisprudența criticată nu oferă și un criteriu riguros științific pentru realizarea unei astfel de calificări unitare și de ansamblu, lăsând deci loc unei calificări arbitrare.

Trasând o paralelă cu dreptul privat, în logica interpretării jurisprudențiale pe care o avem în vedere, atunci când un singur înscris (*instrumentum*) ar incorpora

atât un contract de vânzare, cât și un contract de mandat (negotium)³², instanța ar trebui să decidă că, în concret, acel înscris reprezintă fie un contract de vânzare, fie un contract de mandat, atrăgând astfel o calificare și, implicit, un regim juridic unitar.

Ca atare, în baza unei astfel de interpretări, ne-am găsi în situația în care manifestări de voință specifice contractului de vânzare ar fi guvernate de regulile de la mandat sau vice-versa.

În mod evident, o astfel de situație este de neimaginat în sfera teoriei actului juridic civil și, din punctul nostru de vedere, nu ar trebui să fie primită nici în teoria actului administrativ.

V. CONCLUZII

În baza celor de mai sus, apreciem criticabile considerentele jurisprudențiale potrivit cărora pentru calificarea actului administrativ unilateral ca individual sau normativ nu se poate proceda la „*decuparea*” acestuia cu scopul de a-i fi conservat caracterul unitar.

Într-adevăr, observăm că atunci când același act administrativ unilateral cuprinde atât manifestări de voință specifice actelor individuale, cât și manifestări de voință specifice actelor administrative normative, calificarea actului „*în bloc*”, fie ca individual, fie ca normativ, nu se poate realiza decât în mod arbitrar, fără a exista vreun criteriu științific care să fie aplicat în acest demers.

În concluzie, considerăm că singura metodă riguroasă de calificare a unui act administrativ unilateral în dihotomia individual/ normativ reiese din analiza fiecărei categorii de manifestări de voință pe care acesta o cuprinde în conținutul său.

³² M. Nicolae, *Drept civil. Teoria generală, Vol. II. Teoria drepturilor subiective civile*, Ed. Solomon, București, 2018, pp. 308-309.

**PROCEDURA DE COMUNICARE, COOPERARE
ȘI COORDONARE A INSOLVENȚEI TRANSFRONTALIERE
A UNOR MEMBRI AI GRUPURILOR DE SOCIETĂȚI CONFORM
DISPOZIȚIILOR LEGII NR. 85/2014 PRIVIND PROCEDURILE
DE PREVENIRE A INSOLVENȚEI ȘI DE INSOLVENȚĂ**

Sebastian POPA

*Școala Doctorală a Facultății de Drept
Universitatea din Craiova*

Abstract

A cross-border insolvency procedure of members belonging to a group of companies, as regulated in Chapter III of Law no. 85/2014 on insolvency and insolvency proceedings, refers to the legal situation in which the foreign procedure and the Romanian insolvency proceedings apply to two or more companies belonging to the same group. In this case, the Romanian court and the Romanian insolvency practitioner, on the one hand, will cooperate and communicate as widely as possible with the foreign court and the foreign insolvency practitioner, on the other hand, in the event that such communication and cooperation is appropriate to facilitate the effective coordination of procedures and is not incompatible with the rules of the States involved in the procedure, applicable to such procedures and does not lead to a conflict of interests. The procedure of communication, cooperation and coordination between the Romanian and foreign courts and the Romanian and foreign insolvency practitioners will take place without prejudice to the rights and legitimate interests of the participants in the insolvency proceedings.

Keywords: *communication, cooperation, coordination, group of companies, reform, legal system.*

**1. Aspecte preliminare referitoare la reforma legislativă adusă
Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de
insolvență, prin inserarea procedurii transfrontaliere a insolvenței unor
membri ce aparțin grupurilor de societăți**

1. Introducerea procedurii transfrontaliere de insolvență este rezultat al recomandărilor dreptului unional și internațional în materia insolvenței. Domeniul insolvenței este unul dinamic, de cele mai multe ori imprezvizibil, datorită dimensiunii

sale socioeconomice care potențiază ritmul alert și neîntrerupt de reformare legislativă¹. O progresie semnificativă în acest domeniu a fost introducerea procedurilor transfrontaliere de insolvență. Domeniul de reglementare este capitolul al III-lea din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență. Acesta a fost introdus în legea națională, odată cu abrogarea Legii nr. 85/2006 (actul normativ precedent al insolvenței). Rațiunile ce stau la baza introducerii insolvenței transfrontaliere au fost bazate pe recomandările dreptului unional și internațional în materie de insolvență (anume: raportul FMI din 1999; analiza situației insolvenței la nivel european efectuată de Euro INSOL din 2000; modificările Legii Model tip UNCITRAL privind procedurile insolvenței din anul 2004; Recomandările Băncii Mondiale din 2014 făcute către România cu ocazia modificării Legii nr. 85/2006 și Raportul Băncii Mondiale asupra impactului introducerii Regulamentului nr. 848/2015 privind procedurile de insolvență din 2015; dispozițiile Regulamentului nr. 848/2015 al Parlamentului European și al Consiliului privind procedurile de insolvență; etc.²). Acestea au promovat oferirea unui cadru legislativ adecvat atunci când debitorul deține active de valorificat înafara statului, ori își are sediul în afară, sau își are centrul intereselor principale într-un alt stat. Scopurile principale ce stau la baza elaborării procedurii insolvenței transfrontaliere sunt: de a maximiza valoarea tuturor activelor debitorului, chiar dacă se află pe un teritoriu în afara statului; de a clarifica calitatea procesuală a reprezentanților români și străini în statele unde solicită recunoașterea hotărârilor judiciare în materie de insolvență; de a facilita coordonarea procedurală între instanțele de judecată și între practicienii, români și străini; de a sprijini reorganizarea întreprinderilor valabile prin oferirea unui mecanism legal de comunicare și coordonare cu creditorii din afara statului și de a clarifica statutul acestora în concurs cu creditorii naționali, atunci când aceștia se înscriu la masa credală; de a minimiza întârzierile și costurile asociate formalităților procedurilor transfrontaliere, pentru ca starea de faliment a întreprinderii să nu se adâncească, fapt ce împiedică reorganizarea acesteia³.

Insolvența transfrontalieră este o reformă semnificativă în contextul dreptului pozitiv, aceasta clarifică mai multe probleme ce țin de regimul creditorilor străini în România, modalitățile de comunicare, colaborare și coordonare ale organelor (române și străine) ce aplică procedura, situația grupurilor de societăți, ale firmelor de

¹ Diana Maria Ilie, *Efectele insolvenței asupra mediului economic și social în România, în contextul globalizării*, Ed. Universul Juridic, București 2021, p. 35.

² Pentru mai multe detalii referitoare la actele enumerate, a se vedea studiul lui J.C. Bricogne, M. Demetris, P. Pontuch și A. Turrini, *Macroeconomic relevance of insolvency frameworks in a high-debt context, an EU perspective, European Commission discussion papers*, nr. 32, 2016, p. 24.

³ Un studiu internațional asupra costurilor ridicate asociate procedurilor transfrontaliere ale insolvenței constată că, „o întreprindere are șanse foarte slabe de redresare financiară dacă aceasta suportă întârzierile și costurile ridicate ale formalităților de comunicare și coordonare judiciare aferente procedurilor transfrontaliere de insolvență”. Informații extrase din studiul lui A. McGowan, M. și D. Andrews, *Insolvency regimes and productivity growth, a framework for analysis*, OECD Economics Department Working Papers, No.1309, 2016, p. 16.

asigurare și reasigurare, ale instituțiilor de credit aflate în insolvență transfrontalieră. Avantajul major al procedurii este gradul de flexibilitate ridicat pe care o are și sprijinul oferit de către dreptul unional și internațional în materie. Dar, rapiditatea defășurării procedurii insolvenței transfrontaliere este împiedicată de actele normative adiacente din alte domenii, de tratatele semnate și de celelalte protocoale ale ministerelor încheiate în materie de colaborare judiciară transfrontalieră. Considerăm că, în situația excepțională a insolvenței transfrontaliere, instanțele nu trebuie să analizeze incidența celorlalte acte normative și să facă referire la absolut toate tratatele incidente, deoarece îngreunează procedura. În jurisprudența națională, Curtea de Apel București a admis apelul respins în primă instanță, a unei debitoare din Rusia ce deținea active de valorificat pe teritoriul României. În procedura de recunoaștere a procedurii judiciare desfășurate pe teritoriul Rusiei, Curtea a analizat legalitatea aplicabilității art. 274 din Legea nr. 85/2014, în raport cu celelalte dispoziții aplicabile. Curtea constată că, *„Tratatul dintre cele două state este în vigoare în forma semnată în 1958 și se aplică raporturilor civile în sens larg, deci inclusiv litigiilor cu profesioniști, indiferent de natura lor, pentru că nici măcar dreptul românesc nu mai recunoaște dihotomia civil/comercial începând cu anul 2011 de la adoptarea Codului civil când a fost abrogat Codul comercial. Legiuitorul român nu a distins între profesioniști și neprofesioniști, nici din perspectiva competenței materiale a instanțelor judecătorești interne. Astfel, prin art. 219 pct. 1 din Legea nr. 71/2011 a fost abrogat art. 2 pct. 1 lit. a) din Codul de procedură civilă anterior, care se referea la competență în cauzele comerciale, iar actualul Cod de procedură civilă nu cuprinde reguli derogatorii de competență pentru fostele litigii comerciale. Legea de punere în aplicare a Codului civil nr. 71/2011, prin dispozițiile tranzitorii, art. 225 alin. 1, a pus în acord această opțiune de drept substanțial a legiuitorului, cu normele de competență existente, până la intrarea în vigoare a Codului de procedură civilă (15 februarie 2013). Astfel, și la acest moment și la momentul pronunțării deciziei instanței din Rusia față de care se solicită recunoașterea în prezentul dosar și care face obiectul prezentului dosar, toate litigiile cu profesioniști sunt litigii civile inclusiv potrivit dreptului intern și inclusiv hotărârile pronunțate de judecătorul sindic și de instanța de apel aferentă sunt hotărâri civile⁴”*. În urma constatărilor Curții, apelul a fost admis și procedura recunoscută, dar, aceasta a trebuit să analizeze aplicabilitatea tuturor normelor incidente în procedura de recunoaștere a hotărârilor străine, iar în primă instanță aceasta a fost respinsă. În consecință, rapiditatea procedurii transfrontaliere a fost îngreunată.

2. *Cum este deschisă o procedură de insolvență transfrontalieră?* Potrivit dispozițiilor art. 273 pct. 1 și pct. 2 din Legea nr. 85/2014, insolvența transfrontalieră reprezintă un set de norme procedurale aplicabile în raporturile de drept internațional privat ce au ca subiect insolvența. Scopul dispozițiilor este de a facilita

⁴ C. Ap. București, dec. nr. 1899/2020, sursă online <http://rolii.ro/hotarari/5fdd7604e49009e80e00004d>, accesat la data de 28.10.2021.

realizarea raporturilor în materia insolvenței care prezintă elemente de extraneitate și sunt care supuse soluționării de către instanțe, ca urmare a depunerii unei cereri de recunoaștere a procedurii străine. Atunci când reprezentatul străin, în exercitarea calității sale procesuale, formulează în fața instanței române competente, o cerere de recunoaștere a procedurii străine în care acesta a fost desemnat, instanța română își va examina ex officio competența (art. 276 din Legea nr. 85/2014, conform acestui articol competent este tribunalul în care debitorul ori își are sediul, ori deține bunuri ce pot fi valorificate sau registre). Ulterior stabilirii competenței, instanța română va proceda la analizarea cererii și a actelor însoțitoare ale cererii⁵. Instanța va putea considera că procedura străină este o procedură recunoscută de Legea nr. 85/2014 și o va încadra într-o procedură principală (procedură în care debitorul își are centrul intereselor principal în statul unde se solicită recunoașterea hotărârii străine) sau secundară (procedură în care debitorul își are stabilit un sediu în statul unde este solicitată recunoașterea hotărârii, sau bunuri de valorificat) după caz (art. 289 pct. 2 lit. a)-b) din Legea nr. 85/2014). Cererea de recunoaștere a reprezentantului străin va fi soluționată cu precădere și celeritate de către instanța română. După ce procedura de citare este legal îndeplinită, judecata poate continua în ziua următoare sau la termene scurte, succesive, date în cunoștința părților (art. 289 pct. 3 din Legea nr. 85/2014). Instanța se pronunță asupra cererii de recunoaștere, după citarea părților, prin pronunțarea unei hotărâri care poate fi atacată cu apel (art. 289 pct. 4 din Legea nr. 85/2014). Hotărârea de recunoaștere a procedurii străine se bucură de autoritate relativă a lucrului judecat. În acest sens, instanța o va putea anula sau, după caz, schimba în tot, în măsura în care se dovedește, ulterior pronunțării sale, că temeiurile și condițiile recunoașterii lipseau, în tot sau în parte, ori că au încetat să existe.

Instanțele române vor putea respinge cererea reprezentantului străin de recunoaștere a unei proceduri străine, sau executarea unei hotărâri judecătorești străine adoptate în cadrul unei asemenea proceduri, ori a hotărârilor care decurg în mod direct din procedura de insolvenței și care prezintă o strânsă legătură cu aceasta, doar în situațiile în care hotărârea este rezultatul unei fraude comise în procedura urmată în străinătate sau hotărârea încalcă dispozițiile de ordine publică de drept internațional privat. (art. 278 pct. 1 lit. a)-b) din Legea nr. 85/2014).

⁵ Conform art. 287 pct. 2 lit. a)-c) din Legea nr. 85/2014 reprezentantul străin trebuie să anexeze cererii următoarele documente: o copie certificată a hotărârii de deschidere a procedurii străine și de desemnare a reprezentantului străin; o adeverință emisă de instanța străină prin care se certifică existența unei proceduri străine și desemnarea reprezentantului străin; în lipsa mijloacelor de probă prevăzute la lit. a) și b), orice altă dovadă de deschidere a procedurii străine și de desemnare a reprezentantului străin, admisibilă în condițiile prevăzute de O.G. nr. 66/1999 pentru aderarea României la Convenția cu privire la suprimarea cerinței supralegalizării actelor oficiale străine, adoptată la Haga la 5 octombrie 1961, aprobată prin Legea nr. 52/2000, cu modificările ulterioare, ori de alte tratate, convenții sau orice altă formă de acord internațional, bi- sau multilateral, la care România este parte.

3. *Procedura insolvenței transfrontaliere a membrilor unui grup de societăți prezintă elemente de instabilitate judiciară datorită lipsei personalității juridice a grupului și a faptului că este o instituție formată pe baza considerentelor de oportunitate economică, dar, este o formă de desfășurare a afacerilor care reformează dreptul societar românesc.* Grupurile de societăți nu beneficiază de personalitate juridică distinctă în dreptul pozitiv al României. Acesta are anumite dispoziții în diferite domenii economice și juridice naționale, dar nu o reglementare expresă materială⁶. Datorită lipsei unui corpus legis, instituția grupului de societăți prezintă o situația juridică instabilă ce îngreunează desfășurarea procedurilor judiciare transfrontaliere. Procedurile judiciare transfrontaliere trebuie să se desfășoare ținând cont de considerentele de oportunitate economică, în baza cărora este format grupul de societăți⁷. Ignorarea realității economice a grupului în procedurile judiciare duce la efecte negative, atât pentru sistemul juridic, cât și pentru grupul de societăți⁸. Entitatea grupului de societăți nu poate fi separată de contextul în care acesta a fost format. Chiar dacă instituția grupului are un suport legal mult mai bine definit în dreptul internațional, Legea nr. 85/2014 vine, în premieră, cu o reglementare a acestuia care oferă un grad de stabilitate ridicat în cazul procedurilor insolvenței. Această reglementare conturează o reformă în cadrul grupurilor de societăți, binevenită de dreptul național, care înlesnește realizarea procedurilor insolvenței ce au ca subiect membrii grupurilor de societăți⁹. Procedura transfrontalieră a insolvenței unor membrii ce aparțin unui grup de societăți, așa cum este reglementată în cadrul Capitolului al III-lea, Titlul III, al Legii nr. 85/2014 privind procedurile insolvenței și de insolvență, se referă la situația juridică în care procedura străină și procedura

⁶ Sebastian Popa, *The annulment action of the set-up or transfers of patrimonial rights in the case of insolvency of a member of a group of companies*, GIDNI Social Sciences, 8th Edition Târgu Mureș 2021, p.296.

⁷ Pentru mai multe detalii, a se vedea studiile lui Manole Ciprian Popa, *Aspecte economice privind garanțiile intragrup*, Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 13/2019, Ed. Wolters Kluwer, p. 45; Lavinia Tec, *Decizia de afaceri în cadrul grupului de societăți, între interesul societății și interesul de grup*, sursă online <https://sintact.ro/#/publication/151018057?keyword=Lavinia%20Tec&cm=SREST>, accesată la data de 28.10.2021; Manole Ciprian Popa, *Decizia de afaceri în cadrul grupurilor de societăți, particularități*, sursă online <https://sintact.ro/#/publication/151018056?keyword=manole%20ciprian%20popa&cm=SREST>, accesată la data de 28.10.2021.

⁸ Realizarea procedurilor de insolvență transfrontalieră garantează drepturile participanților la procedură și liberul acces la justiție.

⁹ Procedura insolvenței este aplicabilă membrilor grupului de societăți, care beneficiază de personalitate juridică. Aceasta dispune de elemente de suport care evocă natura suprasocietară a grupului. Pentru mai multe detalii asupra subiectului a se vedea studiile Sebastian Popa, *Procedura insolvenței grupului de societăți în contextul inflației normative*, Studii Doctorale, Vol. al III-lea, Craiova 2021, p. 237-238; Sebastian Popa, *Particularități ale deschiderii insolvenței grupului de societăți în regimul Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*, Studii Doctorale, Vol. al II-lea, Craiova 2018, p. 327-328; Sebastian Popa, *Particularități privind competența și organele care aplică procedura insolvenței grupurilor de societăți, în regimul Legii nr. 85/2014*, Revista Facultății de Drept din Oradea nr. 2/2019, p. 270; Sebastian Popa, *op. cit.*, p. 297.

română de insolvență se aplică asupra a două sau mai multe societăți care fac parte din același grup. În acest caz, instanța română și practicianul insolvenței român, pe de o parte, vor coopera și comunica într-o măsură cât mai extinsă, cu instanța străină și practicianul insolvenței străin, pe de altă parte, în ipoteza în care o astfel de comunicare și cooperare este oportună pentru a facilita coordonarea eficientă a procedurilor și nu este incompatibilă cu normele statelor implicate în procedură, aplicabile unor astfel de proceduri și nu antrenează un conflict de interese.

Reprezintă procedură de insolvență transfrontalieră a unor membri ce aparțin grupurilor de societăți, situația în care sunt desfășurate concomitent două proceduri de insolvență, pe teritoriul României și pe teritoriul unui stat străin, referitoare la oricare dintre membrii grupului (membrii care sunt recunoscuți în baza art. 5, pct. 35, conform art. 274 pct. 1 lit. c) din Legea nr. 85/2014). Condiția reglementată de Lege este aceea ca procedura insolvenței să se desfășoare în mod concomitent, pentru a nu afecta stadiul procedural în care se află unul dintre membrii grupului (de preferat este ca ambii să fie în perioada de observație, ori în momentul deschiderii procedurii). Considerăm că, alți membri care doresc să subscrie la procedură și implicit să ia parte la raportul de coordonare transfrontalieră, au posibilitatea aceasta.

II. Dispozițiile privind coordonarea procedurii insolvenței transfrontaliere a unor membri ce aparțin grupurilor de societăți

1. Formele de cooperare dintre reprezentanții români și străini în cadrul coordonării procedurilor de insolvență a membrilor grupurilor de societăți. Potrivit art. 306 din Legea nr. 85/2014, formele de cooperare a reprezentanților români și străini ale membrilor, pe lângă cele reglementate la art. 297-299 din Legea nr. 85/2014¹⁰, se vor desfășura sub supravegherea instanței. În plus față de formele de cooperare transfrontalieră generală, reprezentanții români și străini vor putea comunica direct informații și acte procedurale aferente procedurilor de insolvență. Aceștia vor analiza posibilitatea reorganizării grupului de societăți și, în cazul în care

¹⁰ Conform art. 297, pct. 1-pct. 2, instanțele românești vor coopera cu instanțele și reprezentanții străini într-o măsură cât mai extinsă, în privința aspectelor prevăzute la art. 274; cooperarea se va putea realiza direct sau prin intermediul reprezentantului român; instanțele sunt abilitate să comunice sau să solicite informații ori asistență în mod direct de la instanțele sau reprezentanții străini. Conform art. 298 pct. 1-pct2, în exercitarea atribuțiilor sale și sub supravegherea instanței, reprezentantul român va coopera cu instanțele și reprezentanții străini într-o măsură cât mai extinsă, în privința aspectelor prevăzute la art. 274; în exercitarea atribuțiilor sale și sub supravegherea instanței, reprezentantul român este abilitat să comunice în mod direct cu instanțele și reprezentanții străini. Conform art. 299 lit. a)-e), cooperarea prevăzută la art. 297 și 298 va putea fi pusă în aplicare prin orice mijloace adecvate, precum: desemnarea unei persoane sau a unui organ care să acționeze potrivit indicațiilor instanței; comunicarea de informații prin orice mijloace pe care instanța le consideră adecvate; coordonarea administrării și supravegherii bunurilor și a activității debitorului; aprobarea sau punerea în aplicare de către instanțe a acordurilor de coordonare a procedurilor; coordonarea procedurilor concomitente referitoare la același debitor.

o astfel de posibilitate există, vor sprijini propunerea, negocierea și punerea în aplicare a unui plan comun de reorganizare, acționând de o manieră coordonată unii cu ceilalți. Totalitatea acestor acțiuni prind aplicabilitate practică sub forma unui acord de insolvență încheiat între reprezentatul român și străin. De asemenea, reprezentanții români și străini pot superviza coordonarea administrării și supravegherii bunurilor și a activităților societăților care fac parte din grup. În cazul procedurii insolvenței transfrontaliere a membrilor grupului de societăți, ședințele de judecată se pot desfășura în mod coordonat, inclusiv prin posibilitatea stabilirii unor ședințe comune. Reprezentanții români și străini pot fi audiați de către adunările generale ale creditorilor și pot participa la acestea. Pot face propuneri asupra planurilor de reorganizare ale membrilor insolvenți ai grupului și pot solicita orice alte măsuri procedurale, în măsura în care se vor respecta legile naționale.

În cazul coordonării reorganizării judiciare, reprezentanții români și străini vor stabili date comune de aprobare și punere în aplicare a planului de reorganizare, pentru a asigura o procedură unitară. De asemenea, aceștia vor furniza totalitatea de informații privind situația financiară a membrilor insolvenți ai grupului de societăți, pentru a constitui o imagine intragrup și pentru a găsi metode comune de redresare financiară, necesare pentru constituirea unor planuri de reorganizare coordonate. Se vor comunica totalitatea de acte procesuale aferente procedurii. În funcție de numărul de reprezentanți ai fiecărui debitor membru al grupului aflat în procedura, reprezentanții români și străini au posibilitatea desemnării unui reprezentant comun coordonator în procedurile de insolvență, cu verificarea inexistenței unui conflict de interese.

2. Condițiile încheierii acordului de insolvență transfrontalieră între reprezentanții români și străini ai membrilor grupului de societăți. O primă condiție de încheiere a oricărui acord transfrontalier este ca în urma încheierii acestora între instanțele românești, pe de o parte, și instanțele și reprezentanții străini, pe de altă parte, nu se va aduce nicio atingere principiilor de independență și imparțialitate sub care își desfășoară activitatea puterea judecătorească sau drepturilor și intereselor legitime ale participanților la procedura insolvenței, potrivit legii române (art. 309 din Legea nr. 85/2014). Posibilitatea încheierii acordului între reprezentanții români și străini este ținută de respectarea ordinii juridice. O altă condiție necesară pentru încheierea acordului este obținerea aprobării, în prealabil, din partea adunării generale a creditorilor. Reprezentantul român va putea încheia cu reprezentantul străin acordul de insolvență transfrontalieră, în baza unei aprobării prelabile de către adunarea generală a creditorilor a acordului și cu respectarea condițiilor prevăzute de procedura străină (art. 310 din Legea nr. 85/2014). Acordul adunării generale a creditorilor reprezintă o măsură de protecție a intereselor acestora, deoarece aceștia oferă un vot de încredere unui nou reprezentant în procedură și investesc un nou organ, prin care se desfășoară procedura, cu calitate procesuală. Acordul de insolvență transfrontalier va cuprinde următoarele: alocarea responsabilităților, inclusiv prin desemnarea unuia dintre reprezentanți în calitate de reprezentant

coordonator; modalitatea de administrare și supraveghere a membrilor grupului de societăți, inclusiv în ceea ce privește desfășurarea activităților curente; finanțările acordate sau care vor fi acordate ulterior deschiderii procedurii; modalitățile de administrare, conservare sau valorificare a bunurilor; fixarea corelată a datelor ședințelor adunării creditorilor; tratamentul creanțelor intragrup (art. 310 lit. a)-f) din Legea nr. 85/2014).

Rolul acordului de insolvență este de a facilita coordonarea procesuală și de a oferi mijloace eficiente de cooperare intragrup. Natura juridică a acordului este similară cu cea a protocolului de cooperare încheiat între administratorii judiciari numiți pentru fiecare membru al grupului de societăți aflat în insolvență (art. 189 din Legea nr. 85/2014), adică, are natura juridică a unei convenții. Acordul are un conținut specific reglementat de lege, dar nu de formă. Valabilitatea acestuia, considerăm, în lipsa unor dispoziții exprese, necesită și aprobarea instanțelor de judecată pentru a începe să producă efecte. Încheierea acordului de insolvență transfrontalieră este o soluție legală oferită reprezentanților pentru a menține stabilitatea procesuală și pentru ca practicienii insolvenței să-și construiască o imagine per ansamblu a situației financiare intragrup.

III. Concluzii și opinii personale

1. Concluzii. Dispozițiile cuprinse în Legea nr. 85/2014 generează stabilitate legislativă și înlesnesc instrumentarea procedurilor cu celeritate. Datorită diferențelor importante între drepturile și obiectivele naționale, în raport cu cele internaționale, este necesară stabilirea unor reguli clare de coordonare transfrontalieră. Procedura transfrontalieră de insolvență devine un liant între instanțe și reprezentanții români și străini. Litigiile transfrontaliere implică: determinarea instanței competente pentru soluționarea litigiului (jurisdicția în dreptul internațional privat), identificarea dreptului procedural aplicabil și soluționarea conflictului de legi (determinarea legii aplicabile raportului juridic dedus judecății). Elementele care fac obiectul verificării sunt: aplicabilitatea în timp „*ratione temporis*”; aplicabilitatea „*ratione loci*”; aplicabilitatea „*ratione materiae*”. Prin inserarea dispozițiilor privind insolvența transfrontalieră legiuitorul național rezolvă aceste probleme procesuale.

2. Opinii personale. În opinia noastră, instituția grupului de societăți este o entitate pur economică care generează o instabilitate procesuală. În cazul procedurii insolvenței, această instabilitate afectează realizarea scopului procedurii (acela de a acoperi pasivul debitorului art. 2 din Legea nr. 85/2014). Iar, atunci când procedura se desfășoară în mod concomitent pe teritoriul mai multor state situația este mult mai dificilă. Inserarea dispozițiilor privind realizarea procedurilor insolvenței transfrontaliere ce au ca subiect membrii grupului de societăți este o reformă legislativă, valoroasă în dreptul pozitiv. Acest cadru normativ protejează drepturile

creditorilor străini, facilitează comunicarea coordonarea și colaborarea între organele ce aplică procedura, române și străine, reglementează instrumentele legale procesuale și înlesnesc desfășurarea procedurilor cu celeritate. În acest sens, procedura transfrontalieră a insolvenței unor membri ce aparțin grupurilor de societăți este la granița între stabilitate și reformă în dreptul pozitiv românesc. Aceasta marchează un pas înainte pentru procedurile insolvenței și ajută o instituție, care nu are o reglementare expresă, să beneficieze de instrumente legale de protecție și reformare.

ASPECTE ISTORICE PRIVIND ACTIVITATEA DE INVESTIGAȚII

Vasile POPA

Universitatea de Stat a Moldovei

Școala Doctorală Științe Juridice, Politice și Sociologice

Abstract

Ensuring law and order, protection of values and social relationships from criminal attempts and guaranteeing inviolability of these values form the minimal basis that is necessary for the existence of the societal stability. At the same time, these are elements, which have to be realized by the state by means of its competent authorities. The democratic form of government, besides its representative nature, is also characterized by the main stress put on the personality of the human being and the observance of human rights and freedoms.

The special investigation activity, being a specific tool, is frequently arousing an ambiguous reaction. It is considered that by carrying on this activity violations of human rights and freedoms are committed, as it is assumed that some provisions of the legal acts governing the special investigation activity are unconstitutional.

Keywords: *special activity of investigation; special measures of investigation; criminality; judicial body; means of evidence; norms of law; legal norm.*

Reforma sistemului judiciar de după anul 1991, în Republica Moldova, a fost marcată de calea evoluționară, sistemul anterior fiind în general menținut ca bază a noii puteri judiciare cu toate că reglementarea în materie legislativă a creat noi raporturi și structuri statale în materia sistemului judiciar, activitatea specială de investigații concretizându-se prin lege specială cu regim extrajudiciar, ca mijloc juridic de stat, care, ulterior a fost transpusă parțial normelor procesual penale dar lipsa unei alinieri legislative a creat incertitudini, limitări funcționale, contradicții instituționale, cu efect asupra modalității de acțiune și a rezultatelor.

În România nu s-a apreciat necesară transpunerea în acest domeniu sub forma unei legi organice distincte, metodele speciale de supraveghere sau cercetare, ca procedee probatorii, fiind incluse și reglementate de normele procesual penale, în cadrul unui dosar penal chiar și pentru legile speciale ce privesc prevenirea și combaterea unor categorii de infracțiuni sau în norma de funcționare a unor organe judiciare specializate. Prin cuprinderea metodelor, ca tehnici speciale de investigare în reglementarea normativului procesual, s-a urmărit asigurarea unei aplicări în sistem

unitar, de către toate organele de urmărire penală și garantarea drepturilor fundamentale ale persoanelor fără a exista diferențieri legislative, spectrul de aplicare ca și categorii de infraționalitate fiind lărgit.

Istoria îndepărtată relevă întrebuițarea investigației, atât ca necesitate a cunoașterii teritoriilor noi prin utilizarea cercetașilor cât și ca manifestare de pregătire, prin folosirea iscoadelor în scopul obținerii de informații în timpuri de război, atragerea dușmanilor dar și în vremuri de pace prin asigurarea unei documentări asupra posibilelor pericole.

Încă din vremea strămoșilor geto-daci, trecând prin diverse perioade istorice, a fost nevoie de anumiți slujbași care să asigure ordinea, administrația, perceperea birului, aflarea anumitor informații, iscodirea dușmanilor, apărarea hotarelor, atribuțiile fiind cel mai adesea vag delimitate (1). Cutumiar, prin sancționarea unei fapte, la geto-daci, se urmărea scopul răzbunării sângelui, ca lege a talionului, modalitate pe care, conducerile statale au stăruit să o schimbe și să ia în competența acestora împărțirea justiției, apreciind că răzbunarea ca sistem al duelului judiciar, este contrară legii, conturându-se astfel premisa unei modalități de investigație determinată de atitudinea de nesocotire a legii și realizarea propriei dreptăți, situație confirmată în relatările sale și de Ovidiu, *lor nici nu le pasă de legi, căci puterii se pleacă dreptatea, iar, spada cea cruntă, la ei biruie orișice drept* (2). Se constată faptul ca normele de drept specific acelei perioade sunt realizate prin simbioza autorității statale cu activitatea judiciară, folosind ca liant religia.

Parcursul istoric al țărilor române creează ideea că statornicia populației, religia și originea etnică comună, au determinat răspândirea unor cutume (*ius non scriptum*), ca ansamblu normativ elementar de reglementare a relațiilor și normelor juridice, specific evului mediu, fiind generalizate modalități de cercetare a faptelor raportate la *daune*, atribuirea unor valori însemnate pentru mijloacele de probă precum și modalităților de examinare și investigare-căutare în cadrul unui proces în contradictoriu.

Astfel în perioada feudalismului, Legea Țării, ca formă de concentrare a regulilor formate înaintea constituirii statelor medievale, conține reglementări privind raporturile din cadrul unei obști dar și între acestea, precum și norme de sancționare aflate în sarcina unei autorități ad-hoc (adunarea megieșilor din care erau aleși oamenii buni și bătrâni), sprijinită nemijlocit de către comunitate, obiectivul principal fiind ordinea și aplanarea conflictelor.

Ansamblul activităților de cercetare și judecata era înfăptuit de *oamenii buni și bătrâni* alături de *juzi* cu *atribuții judiciare, similar militare, de apărare și păstrare a ordinii în obște*. Elementul probator cu cea mai mare însemnătate era *jurătorii sau conjurătorii, ca martori de buna credință*, ce depuneau mărturie și se jurau pentru buna reputație a unei părți din proces, la început egali cu părțile iar mai târziu din rândul boierilor. Se practica *strigarea peste sat*, iar în exercitarea egalității avute în fața justiției, între părți se exercita o concurență în aducerea probelor (*a cere lege*), în

special a *boljițiilor*, dreptatea fiind de partea celui pentru care au jurat mai mulți membri (*a primi lege*). În zone restrânse erau utilizate *ordaliile*, proba *fierului înroșit*, *jurământul pe cruce și Evanghelie* era generalizat, fiind aplicat atât pentru părți cât și pentru martori. *Jurământul cu brazda*, ca procedură simbolică și *călugărirea copiilor*, ca probă preconstituită erau utilizate în conflicte de grănițuire. Aveau însemnătate *probele scrise*, *corpurile delict*, însă *martorii oculari* nu aveau un rol hotărâtor. S-au evidențiat și menținut în evoluția istorică *prinderea urmei*, aplicată de întreaga comunitate, prin găsirea făptașului după *urmele sale*, ca formă arhaică de cercetare criminalistică care putea viza atât urmele fizice cât și identitatea acestuia, precum și *căutarea lucrului pierdut*, în care după anunțul public, dacă nu se găsea, erau supuse căutării toate formele de proprietate și cel asupra căruia era de descoperit, era acuzat ca *posesor de rea credință* (3), procedură ce poate fi văzută ca modalitate incipientă de percheziție.

Evoluția structurală a organizațiilor statale a determinat constituirea și stabilirea unor ocupații sub forma unor *specializări*, cu denumiri ce le defineau *sarcinile*, astfel, încasatorii amenzilor erau *dușegubinari*, cei care evaluau pagubele și stabileau despăgubirea erau *osluhari*, *pripășari*, iar căutătorii infractorilor erau *gonitorii din urmă* (4) și ulterior *slidogonți*, care în calitatea oficială de reprezentanți ai autorității, efectuau percheziția locului unde urmele îl conduceau. Aceștia nu se limitau în căutare până la frontiera de stat, pe care o puteau depăși în anumite condiții. Față de cei care intenționau a se sustrage de la judecată se aplica măsura de a fi *dați în grija și supravegherea* unor *chezași*, care să îi urmărească și înfățișeze la termenul stabilit (5), iar față de cei care nu erau identificați, marele *armaș*, avea ca sarcină desfășurarea de activități de investigare-căutare, depistare, reținere și conducere în fața autorității de judecată precum și de determinare a bănuțului de a mărturisi fapta și complicității, prin aplicarea de *strânsori*. Tot acesta supraveghea îndeplinirea sentințelor de condamnare (6).

Manifestarea administrativă a statelor românești a determinat includerea tuturor atribuțiilor judiciare în seama organelor de stat, care s-au suprapus vechiului sistem, fiind stabilite entități (dregătorii) cărora le-au fost alocate atât competențe generale cât și speciale cu rol de împărțire a dreptății, cercetarea, judecata și pedepsele fiind astfel lăsate la latitudinea justiției feudale, generându-se caracterul de intimidare al pedepselor prin măsura inegală aplicată datorată intereselor care dominau cele judecate. În materia probatoriului au fost menținute formele arhaice a probelor cu jurători, condiționate de buna reputație și vârstă, jurământul pentru toate părțile implicate, simbolicele jurăminte pe cruce și cu brazda pe cap, precum și activitățile de investigare-căutare, ducerea urmei în formă extinsă și svodul. Valoarea martorilor oculari și a probelor materiale crește, aspect datorat și formei scrise a hotărârilor, punerea în executare fiind urmărită de către personal abilitat (7).

De amintit este și faptul că nu numai pentru descoperirea și cercetarea faptelor penale erau utilizate informațiile și persoanele abilitate, o serie de domnitori pământeni au desfășurat anumite activități și măsuri care pot fi apreciate ca tangente

activității informative, scopul fiind asigurarea unei documentări corespunzătoare prin calitate, consistență și uneori operativitate, în domeniul politicii externe asupra unor situații de risc la adresa Țărilor Române și de acțiune în timp de război.

Reformele elaborate și aplicate de către Constantin Mavrocordat la jumătatea secolului XVII, în Moldova și Țara Românească, au generat o nouă organizare judiciară, începutul separării autorităților de aplicare a legii de cele politice prin crearea dregătorilor de profesie dar și stabilirea unor competențe materiale și teritoriale, astfel ispravnicul era abilitat cu o competență limitată în materie penală, pentru fapte reduse ca amploare, iar pentru cele grave avea obligația efectuării de îndată a cercetărilor, organizarea de căutări (potere), materializarea în scris a constatării și trimiterea către Divan spre judecată a cauzei (8). În capitalele țărilor române, cu atribuții în domeniul judiciar se remarcă agia în zonele centrale și spătaria/hătmanicia în zonele periferice, prima beneficiind ulterior de o jurisdicție cu un deosebit caracter polițienesc, ca activitate de ordine în stat, având ca atribuții *privegherea străzilor, straja și liniștea orașului*, fiind astfel remarcată modalitatea de observație și supraveghere, ca formă pasivă de investigație dar și activă prin control asupra activităților din *piețe, cârciumi și a celor fără de căpătâi, ca poliție a moravurilor* (9).

Influența diferită determinată de trecerea teritoriului Basarabiei începând cu anul 1812 sub jurisdicție rusească a generat particularități cu evoluție paralelă și în activitatea specială de investigații, atât ca reglementare cât și ca materializare, comparativ cu Țara Românească și Moldova, astfel, prin Așezământul constituirii regiunii Basarabia din anul 1818 au fost stabilite în detaliu forma și structura instanțelor dar și procedura judiciară, a fost impusă o nouă instituție, cea a procuraturii, cu atribuții de supraveghere a respectării legilor de către instituții dar și de coordonare a activității desfășurate de organele de urmărire penală în vederea descoperirii de infracțiuni, executarea sentințelor și control a închisorilor, structură aflată în subordinea autorității administrative (10). Relevante pentru activitatea de investigații sunt normele juridice prevăzute în reglementările referitoare la prevenirea și descoperirea faptelor penale menționate în *Statutul cu privire la preîntâmpinarea și combaterea infracțiunilor*, în care prin raportarea la anumite categorii de fapte, se precizează oportunitatea desfășurării acțiunilor operative de către organele de poliție în secret. De asemenea cadrul procesual penal conținea prevederi concrete cu privire la activitatea de investigații, materializate în *Statutul procesului judiciar penal*, astfel în art. 254 se precizează posibilitatea împuternicirii organelor de poliție în cadrul activității speciale de investigații, pentru ca prin investigații și cercetări, să acumuleze toate informațiile care le sunt necesare prin utilizarea *chestionării, urmării vizuale*, art. 300 conținea mențiuni despre condițiile și gravitatea unei infracțiuni sesizată printr-un document anonim și pentru care *se inițiază acțiuni de cercetare*, coroborat cu utilizarea de măsuri speciale de investigație pentru *acumularea de informații în această privință*, așa cum se prevede în art. 312 din același statut (11).

La nivel departamental, în cadrul Cancelariei Speciale a Ministerului de Interne al Rusiei, a fost creată o Comisie de anchetă în cadrul Secției nr. 3 (1843), a cărei specialitate o reprezenta căutarea, depistarea și reținerea infractorilor și a evadaților, misiuni ce se realizau prin pregătirea unor polițiști de poziție inferioară, care se infiltrau legandat în cadrul diferitelor categorii sociale presupus infracționale, utilizând ca metode speciale *informarea, urmărirea vizuală, chestionarea, organizarea unor capcane* de prindere (12).

Manifestarea progresivă începută încă din 1860 și continuată în anii ce au urmat, ca reformă juridică, a avut ca scop impunerea sistemului de drept rusesc în detrimentul celui autohton și s-a materializat inițial prin promulgarea la nivel legislativ a unor statute, care au generat schimbări și în domeniul activității de prevenire, descoperire și cercetare a infracțiunilor, atât la nivelul subiecților angrenați cât și a procedurilor și instrucțiunilor practice. Se remarcă astfel instituirea judecătorului de instrucție, concretizarea sarcinilor procuraturii și atribuirea în competența proprie de anchetă a faptelor grave, iar în materia probatoriului, valorificarea probelor scrise, corpurilor delictive și a martorilor, gestionarea acestora fiind lăsată la libera percepție a instanțelor.

În cadrul instrucțiunilor, reglementarea organelor de cercetare în domeniul activităților de documentare și cercetare a faptelor penale prin intermediul măsurilor speciale de investigații, a cunoscut o evoluție în conținut ca procedee și metode, fiind remarcate *chestionarea, informarea, urmărirea vizuală, organizarea spelucilor-capcană, folosirea colaboratorilor din afara țărilor de personal, examinarea și cercetarea operativă, publicațiile în ziare, urmărirea infractorilor pentru fapte flagrante, raziile, folosirea evidențelor criminalistice* (13), dar și modalități de instruire, utilizare și valorificare oficială a resurselor umane, ca sursă a datelor de interes în cadrul cercetărilor prin *Instrucțiunea colaboratorilor de poliție cu privire la descoperirea și cercetarea infracțiunilor*, în care se menționa că organul de poliție este obligat să depisteze faptele infracționale și să contribuie la cercetarea și examinarea acestora în cadrul altor organe judiciare. Totodată, sarcina organelor de poliție consta în determinarea caracterului cert al faptei infracționale, stabilirea împrejurărilor în care aceasta a fost comisă, identificarea persoanelor bănuite în comiterea faptei infracționale, precum și inadmisibilitatea sustragerii făptașului sau a deteriorării urmelor infracțiunii. Se prevedea și caracterul secret al activităților vizate, fără martori, prin intermediul chestionărilor, vizualizărilor, prin administrarea informațiilor scrise și verbale. Caracterul secret al activității de cercetare a infracțiunilor consta și în faptul că, în procesul de acumulare a informațiilor, nu trebuiau să fie divulgate temeiul și scopul activității, iar informațiile acumulate să fie comunicate doar persoanelor participante la efectuarea cercetărilor (14).

În această perioadă s-au constatat unele încercări de specializare și perfecționare a unor structuri cu abilitatea expresă de cercetare și utilizare a instrucțiunilor operativ-investigative standardizate, remarcându-se și utilizarea agenților secreți, totuși se constată lipsa de claritate a reglementărilor specifice și a tehnicilor concrete

de aplicare în vederea asigurării unor garanții procesuale atât în acțiunile speciale de investigații, în materializarea acestora și utilizarea produselor rezultate ca element probator.

În aceeași perioadă în Țara Românească și Moldova aplicarea Regulamentelor Organice a generat apariția unui *scop al poliției*, asimilat inițial cu cel militar, dar care ulterior va cunoaște o altă evoluție. Chiar dacă poliția era percepută cu sens administrativ, dispozițiunile primite lăsau a se înțelege diferențierea atribuțională de *preacurmăre* prin intermediul investigațiilor *a oricăror bănuieli privind oamenii fără de căpătâi, care pot fi porniți a tulbura liniștea și ordinea publică*, ori aceste activități nu se puteau realiza decât prin metode investigativ-operative, care însă nu se distingeau ca modalități separate față de cele uzuale. Totuși, într-o *poruncă* din anul 1840 se menționa că *poliția...a descoperit o alcătuire tainică de câțiva rău cugetători împotriva liniștii obștești (15)*, situație care impunea a se face o *cercetare*, precunizând conceptul de utilizarea metodelor de investigare pentru colectarea informațiilor ca procedură prealabilă cercetării propriu-zise. Se disting ca metode observația, chestionarea, controlul, investigația, cercetarea, căutarea (potera), urmărirea, expulzarea, precum și infiltrarea deghizată.

Prin Așezământul pentru organizarea Poliției din anul 1850a fost separată ramura *obcinuitei Poliții Agia*, pentru care au fost reglementate mai detaliat sarcinile de *apărare a drepturilor publice și private de orice loviri, supravegherea aglomerațiilor, veghea slobozenia comunicațiilor, efectua cercetarea de fond a crimelor și delictelor, executa perchezitii domiciliare pentru fapte flagrante sau prin hotărâre judecătorească, supravegherea și controla birturile, cărciumile și hanurile de găzduire, veghind cu neadormită priveghere ordinea și liniștea publică (16)*, toate acestea în scris, dar totuși în formă necizelată.

Codurile penal și de procedură penală intrate în vigoare în anul 1865, au reorganizat sistemul judiciar, au statuat principiul legalității, egalității, neretroactivității și a impus unele obligații de a se respecta normele de drept pentru toate persoanele, inviolabilitatea persoanei și cercetarea celui arestat în regim de urgență. Și poliția a fost organizată sub forma unei rețele complexe cu o competență lărgită. Descoperirea infracțiunilor revenea poliției judiciare, care era menită a urmări și constata orice faptă ilegală, strângând probe cu privire la faptă și autor, iar dacă se constata că sunt întrunite elementele unei infracțiuni, înaintau dosarul procurorului, care se ocupa de procedura urmării infractorului. În anumite cazuri, mai complicate, procurorul înainta cauza unui judecător care proceda la o anchetă numită instrucție. După efectuarea urmării sau instrucției, procurorul putea sesiza instanța de judecată (17). Se remarcă astfel realizarea procesului penal în două faze: *prima*, prealabilă, ca prime cercetări de căutare și descoperire a infractorului, efectuată de ofițerii de poliție, procuratură, jandarmi, judecătorii de instrucție și alte organe, care materializau în documente strângerea probelor, pe care le înaintau procurorului, care efectua urmărirea penală în baza primelor cercetări și punea în mișcare acțiunea penală trimitând cauza instanței, sau o înainta judecătorului de instrucție pentru a

strânge noi probe, acesta fiind titularul drepturilor de arestare, percheziție și confiscare. A doua fază era cea de judecată propriu-zisă, care era publică, spre deosebire de cea a cercetării și urmăririi penale, care era secretă (18).

O dată cu reorganizarea armatei, în Corpul de Stat Major General, fost înființată Secția a II-a, ca prima structură informativă instituțională a Țărilor Române, prin Înaltul Ordin de Zi nr. 83/1859 al domnitorului Alexandru Ioan Cuza, având atribuții de întocmire a lucrărilor statistice, culegerea și centralizarea datelor și informațiilor ce interesau operațiunile tactice și strategice, demarându-se astfel și activitatea de culegere a informațiilor de peste hotare, în special prin intermediul ofițerilor aflați la studii sau în zonele de război. Activitatea era condusă exclusiv de către domnitor iar documentele erau clasificate secret de stat. Mai puțin cunoscut este faptul că din dorința de a cunoaște ce se întâmplă în țară, Alexandru Ioan Cuza a creat un serviciu secret, paralel cu cel de stat, care a dispus de toate componentele structurilor moderne de culegere, prelucrare și transmitere de informații, desfășurând activități specifice muncii cu agentura. Acesta a avut, ca suport de transmitere și centralizare a informațiilor în vederea luării deciziilor politico-statale, structura Telegrafului și mai târziu, și a Poștei. Telegraful a reprezentat în acele momente mijlocul cel mai rapid de informare, dar și de secretizare a informațiilor necesare actului de decizie a puterii statale românești (19), dar care a funcționat pentru puțină vreme.

Introducerea unei proceduri speciale în materie penală prin *Legea privitoare la instrucțiunea și judecata în fața instanțelor corecționale a flagrantelor delikte* din anul 1913, a determinat utilizarea unor proceduri paralele cu cele reglementate de coduri, astfel persoanele prinse în momentul comiterii unor infracțiuni de drept comun în orașele reședință de județ, puteau fi arestate pe loc și aduse în fața procuraturii, care le interoga și le trimitea în fața judecătorilor, care, în aceeași zi, fără parcurgerea fazelor procesuale, pronunțau hotărâri urgente de judecare (20). Procedura de excepție a fost extinsă în utilizare și în conflictele sociale generate de diversele nemulțumiri economice și de muncă.

Cu rol deosebit în evoluția instituțională a fost manifestarea legislativă materializată prin *Legea asupra organizării poliției generale a statului* din 1 aprilie 1903, ca primă lege organică, prin care se urmărea depolitizarea, organizarea ierarhică și profesională a corpurilor pentru a transforma *ofițerii de poliție în adevărați magistrați iar agenții în auxiliari pregătiți și credincioși* (21), însă nu se întrezărea o structură menită a da valoare activității speciale de culegere a informațiilor. Evenimentele economico-sociale care au urmat în anul 1907 au impus necesitatea înființării în cadrul Ministerului de Interne a *unei structuri de sine stătătoare dedicată informațiilor*, care, din 1908 ajunge să conțină ramificații pe întreg teritoriul țării, în zonele urbane importante dar și în afara țării. Au fost materializate bazele unei *poliții de siguranță a statului*, ce acționa pe un palier superior.

O mare importanță în înfăptuirea idealului de unitate națională a revenit și organelor Ministerului de Interne, în special a celor polițienești, în care activa și

poliția de Siguranță de Stat, ce constituia principalul organ de informații și contrainformații al statului român (22).

Reîntregirea teritorială și constituirea statului național unitar prin unirea cu cele trei provincii românești, Basarabia, Bucovina și Transilvania, au necesitat și realizarea unor demersuri de unitate juridică, nemijlocit vizând și organizarea puterii și administrației de stat.

În materie penală a fost aplicată atât modalitatea extinderii legilor deja existente pe întreg teritoriul și anume codurile din 1864 cât și elaborarea de noi acte normative, care au fost asociate diverselor forme de reglementare paralelă în special privind procedura penală.

Acutizarea unor probleme interne a determinat adoptarea unor legi cu scopul de a limita situația, astfel prin *Legea pentru reprimarea unor infracțiuni contra liniștii publice* din 1924 și a completării din anul 1933 erau pedepsiți *cei care se afiliu la asociații sau care dădeau instrucțiuni pentru procurarea mijloacelor material necesare unor acțiuni îndreptate împotriva proprietății și a persoanelor precum și intrarea în legătură cu vreo persoană sau asociație din străinătate în scopul de a primi instrucțiuni de ajutoare*, remarcându-se asprimea sancționării persoanelor care urmăreau schimbarea ordinii sociale sau politice, iar prin *Legea pentru apărarea ordinii* din anul 1934 se prevedea posibilitatea dizolvării grupurilor politice, care, prin activitatea lor, pun în pericol siguranța ordinii de stat sau cea socială (23).

În materie procesual-penală, prin intermediul *Legii pentru organizarea judecătorească* din anul 1924, au fost extinse atât normativ cât și aplicativ dispozițiile cu privire la poliția judiciară și competența sa, judecătorii de instrucție, mandatele de înfățișare, aducere, depunere și arestare, eliberarea provizorie, competența curților. Normele penale, ca procedură a legii speciale în forma extraprocedurală redactate în legile din 1924 și ulterior 1933, au fost menținute, procedura de judecată fiind cea *de urgență*, în baza *Legii micului parchet* din 1913, ca manifestare de drept aparte, care se va menține și după modificările normelor penale și procesual penale (24).

Noul Cod de procedură penală intrat în vigoare la 1 ianuarie 1937 a preluat în general o serie de prevederi din cel anterior dar a prevăzut și norme inspirate din jurisprudență, ca rezultat al modernității. În privința fazelor procesului penal, au fost menținute: -*primo*, *cercetarea*, în scopul descoperirii infracțiunii și autorului, competența fiind a poliției judiciare, cu păstrarea caracterului inchizițional, *urmărirea*, prin promovarea și exercitarea acțiunii de către Ministerul Public, precum și *instrucția* în vederea trimiterii sau retrimiterii în judecată, de către judecătorul de instrucție; -*secundo*, *judecata propriu-zisă*, exercitată de către judecător, în baza liberei convingeri motivate și cu dreptul de a administra probe din oficiu, fiind păstrat caracterul acuzatorial (25).

În perioada primului război mondial din structurile informative ale statului roman făceau parte Structurile informative ale Ministerului de Interne, Siguranța Generală a Statului, Structura Informativă a Ministerului Apărării Naționale dar și ale structuri cum ar fi Serviciul de informații și Contrainformații româno-rus, Serviciul

de Informații și Siguranță al Deltei, Biroul de Informații al Secției Militare din Transilvania. Consiliul Dirigent – structura creată pentru administrarea Transilvaniei avea în componență și Secția Militară – echivalentul unui minister de Război și care a coordonat activitatea armatei și Siguranței Publice și în cadrul căreia a funcționat Garda Națională, precum și un Birou de Informații (26), cu perioada de activitate vremelnică, dedicat conflictelor din Transilvania. Astfel relevante pentru funcționalitatea structurilor de informații, în special a celor din Transilvania, sunt Instrucțiunile din 16 decembrie 1918 referitoare la atribuția *ofițerilor de informații* de a obține *prin orice mijloace* date și informații, pe care, în mod organizat, să le transmită folosind atât căi ordinare, standard, cât și extraordinare, pentru *cazuri urgente*, toate acestea vizând obiective determinate, care erau evaluate prin *situații, stări, mișcări, activități, efectul asupra siguranței publice, informații diverse dar și prin evidența și activitatea persoanelor suspecte*.

După terminarea Primului Război Mondial, s-a impus necesitatea regândirii serviciului de informații și contrainformații în cadrul armatei, una din cauze fiind rigiditatea și lipsa de suficiență informativă, în special în zona estică a țării, astfel reiterându-se și problema creării unui serviciu secret, paralel, dar format din angajați civili. Serviciul Secret de Informații, începând cu anul 1922 s-a manifestat ca un real serviciu informativ, având autonomia specifică și necesară, fiind doar formal sub acoperirea Marelui Stat Major al Armatei. În plus față de orice altă structură similară națională paralelă, acesta beneficia și de atribuțiile contrainformative.

Serviciul Secret a lucrat după cele mai profesionale metode ale culegerii de informații, folosind mai multe tipuri de informatori. Membrii unor misiuni oficiale sau diplomatice erau și ei „ajutați” să aibă o comportare „imorală”, pentru ca apoi, pe baza materialului compromițător, să fie „convinși” să colaboreze cu Serviciul (27).

Revizionismul manifestat în zona estică, pe teritoriul Basarabiei, prin încercările de destabilizare a ordinii cu ajutorul serviciilor secrete sovietice materializată în inițiativa de la Petrograd, prin *Colegiul Suprem pentru Problemele Ruso-Române și Lupta Împotriva Contrarevoluției în Sudul Rusiei*, cu rol de coordonare a activităților civile și militare, a reprezentat o provocare a structurilor interne, care au răspuns prin asocierea grănicerilor, cu polițiști de siguranță cu experiență.

Organizarea structurilor interne prin *Legea pentru organizarea poliției generale a Statului*, din 20 iulie 1929, a statuat Poliția Generală sub autoritatea și controlul Ministerului de Interne, aceasta având stabilite trei mari componente ocupațional-profesionale: *administrativă* – de apărare a drepturilor și libertăților civice, a proprietății și siguranței persoanelor, activități de prevenire a faptelor ilicite, a ordinii publice dar și latura socială a statului; *juridică* – a poliției judiciare, care avea rolul de a constata și urmări orice faptă penală, cercetarea făptuitorilor și prezentarea acestora în fața justiției precum și executarea de misiuni ordonate de judecători privind persoane și bunuri; *de siguranță/informativă* – cu rol distinct informativ, cu atribuții de culegere, instrumentare și informare a structurilor superioare despre *fapte sau stări de fapt contrare ordinii publice și siguranței naționale*. Este

remarcabilă crearea și delimitarea prin competențe clare a unor servicii cu *linii de muncă*, astfel a fost organizat Serviciul Poliției Judiciare, ca structura cu rol de constatare și urmărire a infracțiunilor, întocmirea și utilizarea de evidențe despre fapte și autori, având în componență birouri operative cu specialități de *cercetare și urmărire, de identificare*, dar și Serviciul Poliției Sociale, al moravurilor și informațiilor, cu atribuții în supravegherea diversității ocupațiilor sociale, de documentare și obținere a informațiilor, având în componență birouri specializate.

Prin legea de organizare a Poliției, se înființează într-o formulă superioară și evoluată o poliție politică, aceea a Poliției de Siguranță de Stat care avea rolul de *observare, supraveghere și de informații*. Polița de Siguranță de Stat era definită ca o ramură specială a Poliției Generale a Statului care avea menirea apărării ordinii publice și siguranței statului roman. Cel mai important serviciu interior din Direcția Poliției Generale a fost Direcția Poliției de Siguranță care conducea și controla activitatea tuturor ofițerilor și agenților acestei poliții, aduna și centraliza toate informațiile primite și îndeplinea prin ofițerii de poliție, prin detectivi și agenții de organe speciale, însărcinările serviciului, precum și dispozițiile referitoare la ordinea publică și siguranța statului. Această direcție era compusă din două servicii: Serviciul de informații care avea patru birouri (Biroul siguranței generale, al poliției sociale și al informațiilor, Biroul secretariatului și cifrului, Biroul de studii, presă și al Buletinului poliției, Biroul evidențelor, statisticii, arhivei și registraturii) și Serviciul controlului străinilor cu două birouri (Biroul controlului străinilor și Biroul extrădărilor și expulzărilor)(28) dar și brigăzi de siguranță.

În 1931, Brigăzile centrale de Siguranță s-au transformat în Corpul Detectivilor, instituție care până în 1939 a desfășurat activitatea de culegere a informațiilor prin toate procedeele: *agentură secretă, filaj-supraveghere, interceptări telefonice și de corespondență*. Mai avea atribuții în domeniul prevenirii și descoperirii infracțiunilor contra ordinii publice și siguranței statului; era subordonat Direcției Poliției de Siguranță *reprezentând organul informativ de teren, de căutare și alegere de informații, desfășurându-și activitatea cu precădere în București, dar acționa uneori și în provincie, prin echipe volante*. Era organizat pe grupe, secțiuni, echipe și birouri. În schema de organizare a Corpului Detectivilor figurau și *două echipe speciale: una care se ocupa de probleme economice și alta cu interceptarea convorbirilor telefonice*. Aceasta din urmă a funcționat în localul Societății Anonime a Telefoanelor, iar interceptările puteau fi solicitate de Direcția Generală a Poliției, Direcția Poliției de Siguranță, Serviciul Secret de Informații al Armatei Române, Marele Stat Major, Parchetul Militar și Civil (29).

Ulterior anului 1938, dreptul penal, ca și celelalte ramuri ale dreptului au suferit o dezvoltare marcată de situația economico-socială și politică, dar și de adoptarea unei noi Constituții în anul 1938, fiind vizat, în special, domeniul „*ordinii publice și al siguranței naționale*”. În anul 1938 au fost adoptate *Legea pentru reprimarea unor infracțiuni contra ordinii publice și apărarea ordinii de stat și Legea pentru reprimarea unor noi infracțiuni contra liniștii publice*, iar în 1940, o serie de acte

normative pentru reprimarea sabotajului. În acest context, dreptul penal s-a caracterizat prin înăsprirea regimului sancționator. Au fost incriminate constituirea de organizații politice, manifestațiile de stradă, sabotajul. S-a introdus pedeapsa cu moartea, care s-a și aplicat pe durata dictaturii antonesciene, pentru o serie de infracțiuni: rebeliunea, jaful, insurecția, înalta trădare, spionajul. Ca pedepse principale, au fost introduse internarea în lagăr, munca silnică pe viață, temnița grea, domiciliul obligatoriu. S-a eliminat principiul aplicării legii penale mai favorabile (31).

În materie procesual penală, procesul s-a caracterizat printr-o diminuare până la desființare a garanțiilor, majoritatea infracțiunilor fiind transferate, din cauza stării de asediu, în competența instanțelor militare. Din anul 1940, judecarea infracțiunilor contra ordinii publice și intereselor de stat era efectuată urgent, rapid și comprimat, în cel mult 10 zile de la sesizarea instanței, ulterior în 24 de ore, iar hotărârea se executa în 10 ore de la pronunțare. A fost înlăturat dreptul la apărare și au fost eliminate căile de atac. Juriile au fost desființate prin noua Constituție, judecata fiind încredințată instanțelor judecătorești (32).

În perioada comunistă, organizarea justiției a fost reglementată succesiv, în două momente, întâi prin Legea nr. 5/1952 privind organizarea judecătorească și Legea nr. 6/1952 pentru înființarea și organizarea Procuraturii Republicii Populare Române, iar ulterior prin Legile nr. 58/1968 pentru organizarea judecătorească și nr. 60/1968 pentru organizarea și funcționarea Procuraturii Republicii Socialiste România. Viziunea asupra funcționării autorității judecătorești era similară în ambele pachete de acte normative. Astfel, în Legea nr. 58/1968 se arăta, la art. 1, că *„Instanțele judecătorești au sarcina să apere orânduirea socială și de stat, drepturile și interesele legitime ale persoanelor și să asigure respectarea legilor de către organele statului, instituțiile, întreprinderile și organizațiile economice de stat, organizațiile cooperatiste și celelalte organizații obștești, de către toți cetățenii, precum și de către orice alte persoane fizice sau juridice”*.

În ceea ce privește Ministerul Public, la art. 2 din Legea nr. 60/1968 se prevedea că *„prin întreaga sa activitate, Procuratura Republicii Socialiste România contribuie la aplicarea justă și unitară a legii, la prevenirea și combaterea infracțiunilor și a altor fapte de încălcare a ordinii de drept, la educarea cetățenilor în spiritul respectării legilor și a regulilor de conviețuire socială”*. La art. 5 regăsim o dispoziție potrivit căreia *„procurorul ierarhic superior poate să îndeplinească oricare din atribuțiile procurorilor în subordine sau să suspende ori să anuleze actele și dispozițiile acestora. Dispozițiile procurorului ierarhic superior sunt obligatorii pentru procurorii în subordine”*, iar la art. 6 din Lege se arăta că *„procurorul își exercită atribuțiile fără vreo imixtiune sau substituie în activitatea altor organe de stat, el având obligația să acționeze, în limitele competenței sale, numai în vederea asigurării respectării legii”* (30).

Evoluția dreptului penal și a dreptului procesual penal a fost marcată de Constituțiile din 1948, 1952 și 1965, care au reconfigurat total finalitatea puterilor statului. În domeniul dreptului penal, au rămas în vigoare codurile din 1937, fiindu-le

aduse modificări în domeniul infracțiunilor, prin incriminarea unor noi infracțiuni împotriva securității statului, a proprietății socialiste și a sistemului economic. Au fost introduse forme de înlocuire a răspunderii penale printr-o răspundere administrativă sau disciplinară, iar din 1952 o serie de infracțiuni au fost supuse obligatoriu procedurii de împăciuire. Dreptul penal s-a transformat într-un „drept penal socialist”, respectiv un instrument de luptă al „clasei muncitoare” împotriva infracțiunilor. S-a renunțat la clasică distincție dintre infracțiunile contra intereselor societății și infracțiuni contra intereselor individuale. Instituția infracțiunii a fost redefinită, consacrandu-se caracterul preventiv și educativ al sancțiunii, în realitate dreptul penal aplicându-se într-un mod eminentemente represiv, în special în anii 1950. Legislația penală a abdicat în această perioadă de la o serie de principii general valabile: neretroactivitatea legii, predictibilitatea ei, legalitatea incriminării și a pedepsei. Codul penal din 1937, modificat semnificativ în anul 1948, a fost aplicat, cu modificări, până în anul 1968, când a fost adoptat un nou Cod penal. Prin acest cod s-a realizat o nouă grupare a infracțiunilor, în funcție de obiectul juridic. S-a renunțat la împărțirea infracțiunilor în crime și delikte, infracțiunea fiind definită ca „faptă care prezintă pericol social, săvârșită cu vinovăție și prevăzută de legea penală”.

Interesul transformării *siguranței în securitate*, s-a materializat în anul 1967, prin decretul 710, în baza căruia, în cadrul Ministerului Afacerilor Interne s-a înființat Departamentul Securității Statului cu sarcina de a *coordona, controla și îndruma în mod unitar întreaga activitate pe care o desfășoară organele de securitate pentru asigurarea prevenirii, descoperirii și lichidării acțiunilor îndreptate împotriva securității statului*, (33) structură ce avea și scopul îmbunătățirii activității prin partajarea domeniilor pe obiective de interes și creșterea operativității și performanței utilizând cele mai performante tehnici informatice, bazându-se și pe statutul distinct al misiunilor ca obiective permanente, inclusiv pentru *organizarea și efectuarea în conformitatea cu legea, a activității de urmărire penală pentru faptele date în competența sa*, utilizând din plin modalitatea dosarelor de supraveghere, ca armă principală, precum și tot arsenalul mijloacelor și metodelor speciale de investigații, în toată diversitatea acestora, dar și a unor evidențe constituite în baze de date care cuprindeau anumite categorii de persoane care, *erau sub urmărire informativă, față de care se efectua supravegherea informativă în cadrul dosarelor de obiectiv, se află în urmărire penală ori au făcut obiectul; sunt în rețeaua informativă sau care au făcut parte din aceasta; condamnate pentru infracțiuni care au fost sau sunt în competența organelor de cercetare ale securității; asupra cărora au fost desfășurate activități de prevenire*, iar începând cu anul 1981 s-a extins și în mediul rural prin organizarea și desfășurarea activității informativ-operative *de specialitate*, cu sprijinul lucrătorilor de Miliție.

În materia dreptului procesual penal, Codul adoptat în anul 1968 a urmărit asigurarea celerității în soluționarea cauzelor și a introdus principiul rolului activ al judecătorului. Au fost, de asemenea, prevăzute principii precum legalitatea procesului penal și oficialitatea acestuia. Codurile adoptate în anul 1968 au continuat să-și

producă efectele juridice și după anul 1989, dar au suferit modificări semnificative, datorate restructurării societății românești și adoptării unei noi Constituții în anul 1991. Dreptul penal și procesul penal a parcurs în această perioadă o etapă de transformare și de armonizare cu cerințele europene în materie și cu procesul de integrare în Uniunea Europeană. Prin modificări succesive, au fost introduse noi garanții procesuale, a fost regândit rolul judecătorului în procesul penal, în sensul creșterii atribuțiilor acestuia de control al actelor procurorului, au fost sporite garanțiile în materia măsurilor preventive, a fost dezvoltat dreptul la apărare sub toate aspectele sale, a fost dezvoltată materia probelor (34).

În Basarabia, regimul comunist stabilit din 1944 a instaurat o altă ordine a lucrurilor, astfel, în materie penală au fost extinse și aplicate codurile RSS Ucrainene. În anul 1958, Sovietul Suprem al URSS a adoptat Bazele legislației penale unionale a republicilor unionale, fiind elaborate Codurile penal și de procedură a RSS Moldova, care au intrat în vigoare în cursul anului 1961. Norma penală prevedea sarcini pentru organele de stat de a utiliza măsuri speciale de investigații atât standard cât și prin utilizare de tehnică electronică, în scopul descoperii elementelor care să conducă la stabilirea datelor faptice ale infracțiunilor și care să poată fi valorificate ca probe în cadrul procedurii penale, care conținea titluri dedicate procedurii declanșării procesului penal, cercetarea penală și ancheta pe competențe date în seama organelor judecătorești, procuraturii și securității de stat (35). Modificările ulterioare operate atât sub forma legii cât și a procedurii de lucru în materia competențelor a stabilit inițial o separație a activității organelor operative de investigații față de alte organe de anchetă, ulterior acestea fiind plasate sub coordonarea procuraturii, ca subiect de exercitare a supravegherii asupra respectării legalității.

În Republica Moldova, chiar dacă, reforma sistemului judiciar după anul 1991, *s-a efectuat pe cale evoluționară și nu revoluționară, sistemul anterior constituind baza noii puteri judiciare, cu toate că legile noi au instituit noi raporturi și organisme statale în sistemul judiciar* (36), necesitatea reglementării prin norme juridice a domeniului delicat al activității speciale de investigații s-a materializat inițial prin Legea nr. 45 din 12.04.1994, ca regim extrajudiciar de activități și investigații operative, care, în mod generic a fost definită, ca fiind *primul act normativ ce reglementează deschis activitatea secretă a serviciilor speciale și în care au fost concentrate și unificate reguli de baza privind activitatea cotidiană, fără excepții, a organelor investite cu dreptul de a efectua activitatea operativă de investigații* (37), conform legii, *activitatea operativă de investigații*, constituind un *mijloc juridic de stat*, normele nepublice, conspirate, fiind condiționate a se aplica numai în cazul în care este imposibilă o altă cale, în scopul îndeplinirii sarcinilor.

Adoptarea Noilor Coduri Penale și de Procedură Penală au determinat reșezarea activității speciale de investigații pe o altă lege, astfel, prin Legea nr. 59 din 29.03.2012, noțiunea este definită ca *o procedură cu caracter secret și/sau public, efectuată de autoritățile competente, cu sau fără utilizarea echipamentelor tehnice speciale, în scopul culegerii de informații, necesare pentru prevenirea și combaterea*

criminalității, asigurarea securității statului, ordinii publice, apărarea drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor, descoperirea și cercetarea infracțiunilor (38), acestea fiind organizate în trei categorii distincte în funcție de subiectul special împuternicit a aproba, atât în cadrul procesului penal cât și extraprocesual.

În România, nu s-a apreciat necesară transpunerea în acest domeniu sub forma unei legi organice distincte, metodele speciale de supraveghere sau cercetare, ca procedee probatorii, fiind incluse în vechile norme procesual penale dar și în legi speciale care reglementează combaterea unor categorii de infracțiuni (Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, Legea nr. 143/2000 pentru prevenirea și combaterea traficului ilicit de droguri, Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor) sau în norma de funcționare a unor organe judiciare specializate, cum sunt DIICOT și DNA. Prevederile ce vizează aceste metode, ca tehnici speciale de investigare, au fost abrogate prin Legea nr. 253/2013 de punere în aplicare a Noului Cod de procedură penală, acestea fiind exclusiv reglementate în cadrul normativului procesual, asigurându-se o aplicare în sistem unitar, de către toate organele de urmărire penală și garantarea drepturilor fundamentale ale persoanelor fără a exista diferențieri legislative, spectrul de aplicare ca și categorii de infracționalitate fiind lărgit.

În final, generalizând cele expuse, putem aprecia că, evoluția fenomenului infracțional, atât la nivel național cât și european, mai ales prin diversitatea formelor infracționale, a mijloacelor de comunicare ori transfer de informații sau valori, determină autoritățile de stat la o permanentă *adaptare* a reglementărilor normative, dar și *reacție*, ca resort de aplicare a legii, prompt și eficient, asigurând existența unei continuități absolut necesare pentru activitatea de informații, *interesul național*, fiind privit *ca modalitate de prevenire și combatere a criminalității*, care a funcționat sub cele mai diverse forme, dincolo de orice ideologie.

PIAȚA INTERNĂ A UNIUNII EUROPENE ȘI PIAȚA ROMÂNEASCĂ PRIVIND CREDITELE

*Al-Ibrahim AVIN (Ibrahim VÎRLAN-AL)
Universitatea din Craiova
Școala doctorală a Facultății de Drept*

Abstract

The European Union's internal credit market details the legal regulation, the evolution and importance of credit, trends and drivers.

Credit plays an important role in the market economy, being an important factor of economic growth.

Credit is one of the main drivers of the entire economic and social mechanism.

The international credit market is represented, among other things, by all financial transactions that take place on the world market between international or national financial institutions.

The international credit market has noticed a continuous development over time, the mobilized resources being increasing from year to year.

The general objectives and principles guiding the European Union and the European institutions are defined in the Treaties.

Keywords: *credit, treaty, European Union*

1. Piața internă a Uniunii Europene privind creditele

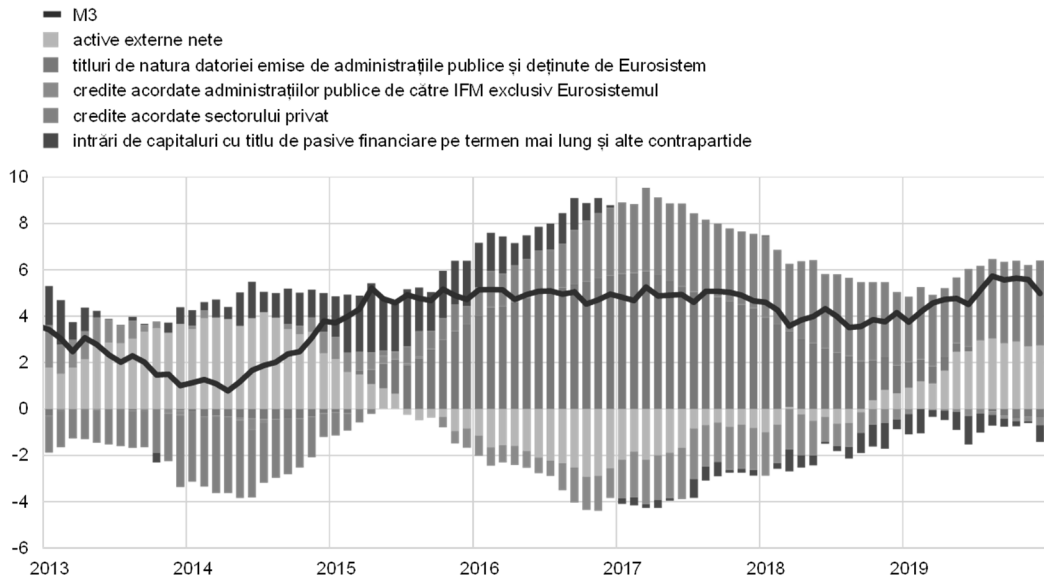
1. Creditele-componente ale Uniunii Europene

Piața creditului internațional este reprezentată de: totalitatea tranzacțiilor financiare care se desfășoară pe piața mondială între instituțiile financiare internaționale sau naționale, de solicitanții de fonduri, împreună cu reglementările naționale și internaționale care definesc cadrul juridic al circulației fondurilor bănești.

Banca Europeană de Investiții acordă credite sub formă de credite directe sau credite intermediare. Creditele directe sunt acordate în anumite condiții. De exemplu, costul total al investiției trebuie să depășească 25 de milioane euro, iar creditul poate acoperi cel mult 50% din costurile proiectului. Creditele intermediare sunt împrumuturi acordate băncilor locale sau altor intermediari, care, la rândul lor, sprijină

beneficiarul final. Cele mai multe credite sunt acordate în statele membre ale Uniunii Europene¹.

2. Dinamica pieței Uniunii Europene a creditelor (Statistici privind evoluția)



Creșterea economică a înregistrat o nouă moderare în anul 2019, ajungând la 1,2% față de 1,9% din anul anterior, în zona euro. Condițiile avantajoase de finanțare au sprijinit menținerea tendinței de expansiune, de creșterea ocupării forței de muncă și de orientarea ușor expansionistă a politicii fiscale, deși incertitudinile legate de schimburile comerciale internaționale au afectat sectorul prelucrător și investițiile.

3. Tendințe ale pieței creditelor în Uniunea Europeană

Piața internațională a creditului a remarcat o dezvoltare continuă de-a lungul timpului, resursele mobilizate fiind tot mai mari de la an la an. În anul 2002, volumul de fonduri atrase a fost de aproximativ 9.446 mld. USD / an (în creștere), față de peste 31.000 mld. USD / an atrase prin emisiune de obligațiuni. Această mare diferență între piața internațională a creditului și piața internațională a obligațiunilor poate fi datorată următoarelor considerente: ritmul de creștere superior în favoare obligațiunilor și scadențele mult mai mari în cazul obligațiunilor (între 10 și 30 de ani)².

¹ D. Rakic, *Banca Europeană de Investiții*, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/ro/sheet/17/banca-europeana-de-investitii>, publicat în data de 10.2021, accesat în data de 27.10.2021.

² *Piața internațională a creditului*, <https://administrare.info/economie/6412-piata-internationala-a-creditului>, publicat în data de 17 mai 2019, accesat în data de 27.10.2021.

Piața internațională a creditului, ca și în cazul obligațiunilor este controlată de țările dezvoltate care dețin aproape 80% din piață, tendința fiind de scădere. Situația țărilor în curs de dezvoltare pe piața internațională este diferită de cea de pe piața obligațiunilor, unde fondurile mobilizate de aceste țări erau neînsemnate ca volum.

Dacă se analizează piața internațională a creditului din perspectiva scadențelor împrumuturilor, se constată că domină împrumuturile cu scadențe sub un an de zile, situația fiind ușor echilibrată în cazul țărilor în curs de dezvoltare.

Din analiza stării de fapt pe piața internațională a creditului și a evoluției anterioare, se pot desprinde concluzii și tendințe viitoare, și anume: creditarea internațională este în creștere față de finanțarea prin emisiune de obligațiuni; în volumul total al creditului predomină țările dezvoltate, tendința fiind în continuare de creștere; tendința de scădere a volumului creditelor către țările în curs de dezvoltare; tendința de scădere a ponderii sectorului bancar în creditarea internațională în favoarea sectorului privat; creșterea importanței creditelor sindicalizate³.

4. Factorii de dinamizare a pieței Uniunii Europene privind creditele

Diferitele tendințe înregistrate în domeniul creșterii creditării în Uniunea Europeană arată diferențele între oportunitățile de investiții aflate la îndemâna întreprinderilor.

În țările cu un nivel ridicat al creșterii economice, mărirea întreprinderilor încurajează investițiile și cererea de credite, cum ar fi de exemplu, în țările din Europa Centrală și anume Slovacia, Polonia, Ungaria și Republica Cehă.

În alte țări, datorile adunate de întreprinderi, deseori împieteză accesul acestora la finanțare, cum ar fi de exemplu, în Țările de Jos, Portugalia și Irlanda.

5. Reglementarea juridică a Uniunii Europene privind piața creditelor

Obiectivele și principiile generale care îndrumă Uniunea Europeană și instituțiile europene sunt definite în tratate. Uniunea Europeană și instituțiile Uniunii Europene pot acționa decât în limitele competențelor care le-au fost atribuite de către tratate cu privire la realizarea obiectivelor consemnate în acestea, trebuind să își exercite competențele în conformitate cu principiile subsidiarității și proporționalității. Uniunea Europeană urmărește realizarea obiectivelor stabilite în tratate prin intermediul unor instrumente, unul dintre aceste instrumente fiind bugetul Uniunii Europene.

1. Tratatul

Din reglementarea juridică a Uniunii Europene face parte **Tratatul de la Roma** intrat în vigoare la 01 ianuarie 1958 privind înființarea Comunității Economice

³ *Ibidem.*

Europene (CEE). Acest tratat are ca obiectiv, printre altele, integrarea economiei comune și crearea unei piețe comune.

2. Directiva

De asemenea, din reglementarea juridică a Uniunii Europene fac parte și directivele. Directiva este adoptată de instituțiile Uniunii Europene în conformitate cu tratatele de bază. După ce a fost adoptată la nivelul Uniunii Europene, directiva este integrată și transpusă în legislația națională a țărilor din Uniunea Europeană în vederea aplicării acesteia. Putem vorbi despre **DIRECTIVA 2013/36/UE** din 26 iunie 2013 cu privire la accesul la activitatea instituțiilor de credit și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit și a firmelor de investiții, modificată prin **Directiva (UE) 2019/2034** din 27 noiembrie 2019 privind supravegherea prudențială a firmelor de investiții, în care regăsim: accesul la inițierea și exercitarea activității băncilor; condițiile privind libertatea de stabilire; libertatea de a presta servicii.

3. Regulamentul

Totodată, și regulamentele fac parte din reglementarea juridică. **Regulamentul nr. 575/2013** din 26 iunie 2013 privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit și societățile de investiții și de modificare a **Regulamentului (UE) nr. 648/2012**. Regulamentul stabilește cerințele pentru capital, lichiditate și riscul de creditare în ceea ce privește firmele de investiții și instituțiile de credit. Regulamentul are aplicabilitate directă în toate statele membre ale Uniunii Europene. Regulamentul pretinde băncilor să aibă suficiente rezerve de capital pentru a putea acoperi pierderile neașteptate și pentru a-și putea menține solvabilitatea în perioade de criză.

6. Structuri și organizații ale Uniunii Europene privind piața creditelor

1. Banca Europeană de Investiții (BEI)

Banca Europeană de Investiții este instituția financiară a Uniunii Europene, înființată prin Tratatul de la Roma în anul 1958, având sediul în Luxemburg. Aceasta se implică în finanțarea programelor de investiții care sunt conforme cu obiectivele economice stabilite de Uniunea Europeană, servind intereselor europene comune. Banca Europeană de Investiții este un institut de finanțare al Uniunii Europene.

Banca Europeană de Investiții ai cărui acționari sunt cele 27 de state membre ale Uniunii Europene, este condusă de Consiliul Governorilor, alcătuit din cei 27 de miniștri de finanțe.

Banca Europeană de Investiții are personalitate juridică și autonomie financiară, având rolul de a prelua finanțarea pe termen lung a unor proiecte concrete, a căror viabilitate economică tehnică și financiară este garantată. Resursele necesare pentru acordarea împrumuturilor provin în mare parte din obligațiuni plasate pe piețele de capital. Totodată, Banca Europeană de Investiții dispune și de resurse proprii. Banca Europeană de Investiții oferă finanțare pentru proiecte care contribuie la atingerea obiectivelor Uniunii Europene, atât în interiorul, cât și în afara Uniunii.

2. Banca Centrală Europeană (BCE)

Banca Centrală Europeană este banca centrală a Uniunii Europene, înființată la 01 iunie 1998, prin Tratatul de la Amsterdam. Aceasta are funcția de administrare a politicii monetare în cele 19 țări care folosesc moneda euro. Sediul acesteia se află în Frankfurt am Main. Banca Centrală Europeană a fost creată după modelul Băncii Federale Germane.

Banca Centrală Europeană colaborează cu băncile centrale din cele 27 de state membre ale Uniunii Europene. Acestea împreună formează Sistemul European al Băncilor Centrale (SEBC). Banca Centrală Europeană stabilește cadrul cooperării dintre băncile centrale ale celor 19 state membre care au adoptat moneda unică și alcătuiesc împreună zona euro. Banca Centrală Europeană are ca obiectiv menținerea inflației la un nivel inferior, dar apropiat de 2%. Banca Centrală Europeană are dreptul exclusiv de a autoriza emiterea de bancnote, drept obținut prin Tratatul de la Maastricht⁴.

Funcțiile Băncii Centrale Europene sunt reprezentate de: distribuția și supravegherea stabilității monedei euro; definirea politicii europene a intereselor; controlul rezervelor de bani; cooperarea cu băncile naționale. Aceste funcții sunt menționate în Tratatul de la Maastricht.

Banca Centrală Europeană și sistemul de bănci centrale europene în ansamblu, incluzând și băncile centrale din toate statele Uniunii Europene, au sarcina de a păstra stabilitatea prețurilor și de a asigura credibilitatea monedei unice. Euro, moneda unică europeană, a fost lansată în ianuarie 1999⁵.

II. Piața românească a creditelor

1. Evoluția pieței creditelor în România (Statisticile privind evoluția)

Anul 2020, pentru piața de credite și debite din România, a fost o perioadă de adaptare la noile realități economice.

Societățile care acordă credite, în acest an, au primit mai mult de 330.000 de solicitări venite din partea persoanelor fizice și 28.000 de solicitări venite din partea persoanelor juridice cu privire la amânarea ratelor pe o perioadă între 1 și 9 luni⁶.

Deși, criza sanitară a afectat piața creditelor din România, aceasta încă se menține pe o poziție favorabilă, făcând față cu succes provocărilor aduse de pandemie. Sectorul bancar a prezentat un profit de 4,5 miliarde de lei în luna septembrie, iar

⁴ Banca Centrală Europeană, https://ro.wikipedia.org/wiki/Banca_Central%C4%83_European%C4%83, actualizat în data de 28 iunie 2021, accesat în data de 27.10.2021.

⁵ *Ibidem*.

⁶ R. Roșulescu, *Evoluția pieței de credite din România în anul 2021*, <https://gddhd.ro/lifestyle/evolutia-pietei-de-credite-din-romania-in-anul-2021>, publicat în data de 25 noiembrie 2020, accesat în data de 27.10.2021.

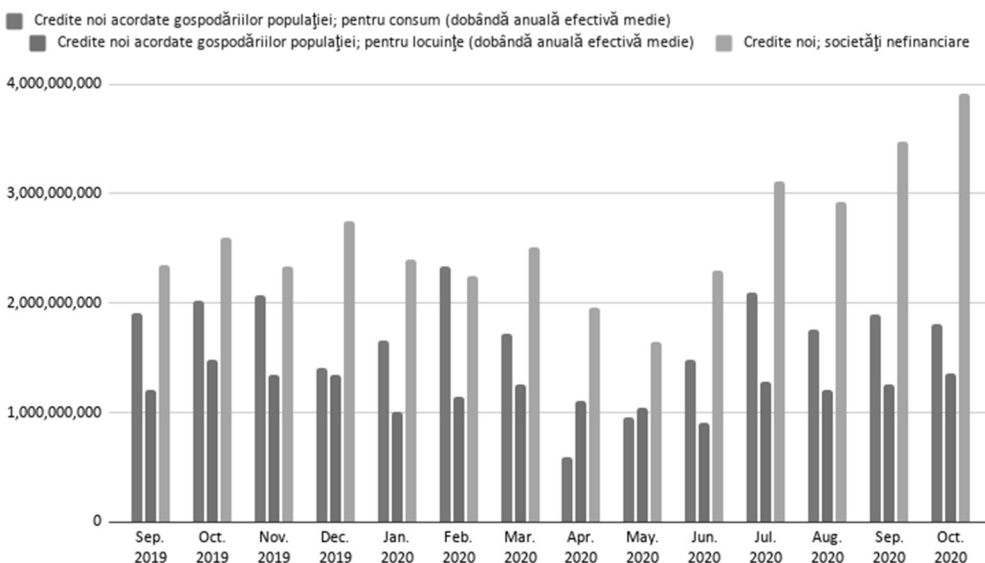
zona de creditare pe perioada crizei sanitare a păstrat direcția ascendentă, cu un procent de 5.4 % mai ridicat, comparând cu aceeași perioadă a anului trecut.

Banca Națională a României a sprijinit piața românească pentru a păstra activ fluxul de numerar, pentru a oferi împrumuturi persoanelor fizice și juridice, reușind să treacă cu bine peste dificultățile și provocările cu care s-a confruntat anul acesta (anul 2020). De exemplu, în perioada primului val al pandemiei de coronavirus, situat în intervalul calendaristic aferent primelor 5 luni ale anului 2020, a fost relatată o scădere a valorii nivelului de creditare cu numai 4,5%, comparând cu aceeași perioadă a anului anterior. Cu privire la profitul raportat pentru anul 2020, instituțiile de creditare au arătat faptul că ROA (1,4%) și ROE (12, 3%) au înregistrat un nivel superior în comparație cu așteptările prevăzute pentru perioada în care a fost declarată starea de urgență⁷.

Statisticile publicate de Banca Națională a României arată că s-au păstrat la nivel ridicat creditele în lei acordate de bănci în luna octombrie a anului 2020, fiind apropiate de cele din aceeași lună a anului 2019, în ciuda crizei coronavirusului (Graficul 1).

Graficul 1

Evoluția creditelor noi în lei pentru consum, locuințe și afaceri



Sursa datelor: BNR; @ Bancherul.ro

⁷ R. Roșulescu, *Evoluția pieței de credite din România în anul 2021*, <https://gddhd.ro/lifestyle/evolutia-piete-de-credite-din-romania-in-anul-2020>, publicat în data de 25 noiembrie 2020, accesat în data de 27.10.2021.

2. Tendințe și perspective ale pieței creditelor în România

În perioada iunie-august 2020, a fost studiat procesul de creditare de la 10 bănci și 14 instituții financiar-nebancare în mediul online și în sucursalele entităților financiare. Acest studiu arată că, în România, a fost identificată una dintre cele mai mari dobânzi anuale efective (DAE) din întreaga Uniune Europeană – 30341% (treizeci de mii trei sute patruzeci și unu la sută), pentru un credit de 180 EURO acordat de către o instituție financiar-nebancară pe o perioadă de 30 de zile. Ambiguitatea costurilor, ascunderea unor costuri sau îndreptarea consumatorilor către produse de creditare cu un cost mai ridicat, sunt doar câteva dintre problemele identificate la nivel național și care încalcă legislația în vigoare. Au fost găsite noțiuni de dezinformare a consumatorului și de publicitate înșelătoare. De exemplu, două bănci din România promovau acordarea creditelor de consum cu dobândă de 8%, fără informarea consumatorului că dacă nu îndeplinea anumite condiții noua rată de dobândă era de aproximativ 14%. În România, spre deosebire de alte țări europene, este extrem de greu de realizat obținerea modelului de contract înaintea semnării⁸.

Pentru piața de creditare românească, în viitor se evidențiază o atitudine prudentă, din partea debitorilor și a creditorilor. Acest lucru se datorează gradului de îndatorare fixat la 40% din venituri care va limita numărul persoanelor care pot accesa credite. Totodată, stabilitatea unui loc de muncă și plata datoriei la termen vor reprezenta în continuare factori-cheie pentru selectarea persoanelor care vor obține un credit.

3. Factorii de dinamizare a pieței creditelor în România

Băncile sunt determinate să găsească noi metode de stimulare a creditării datorită lichidității de pe piața bancară și dezechilibrului dintre depozite și credite.

Prin modificarea Regulamentului în vara anului 2020, băncilor li se permite să dea credite de consum și refinanțare pe o perioadă mai mare de cinci ani. Conform unor noi prevederi ale Regulamentului nr. 5 din 3 iulie 2020 pentru modificarea Regulamentului Băncii Naționale a României nr. 17/2012, a fost eliminată perioada de creditare, care era limitată la cinci ani de zile. Băncile pot alege perioade care depășesc cinci ani doar pentru operațiunile de refinanțare a unor credite acordate înainte de 8 iulie 2020⁹.

⁸ *Studiu privind creditarea în România: nereguli semnificative pe piața creditelor de consum. Comisia Europeană evaluează necesitatea îmbunătățirii legislației la nivel european*, <https://credere.ro/comunicat-studiu-privind-creditarea-in-romania-nereguli-semnificative-pe-piata-creditelor-de-consum-comisia-europeana-evalueaza-necesitatea-imbunatatirii-legislatiei-la-nivel-european>, accesat în data de 27.10.2021.

⁹ G. Ținteanu, *Băncile stimulează creditarea prin „haine noi” pentru produse vechi. Unele modificări BNR permit chiar extinderea perioadei de rambursare*, <https://www.economica.net/bancile-stimuleaza-creditarea-prin-haine-noi-pentru-produse-vechi-unele-modificari-bnr-permit-chiar->

Un alt pachet apărut pe piața bancară este cel oferit de IFN-ul patronat de Unicredit și anume credite de refinanțare de maximum 100.000 de lei pentru o perioadă de până la 10 ani pentru care nu se cer garanții imobiliare. Dar, prin aceste credite nu se pot acorda sume suplimentare, acestea fiind accesate printr-un alt credit, păstrând cei cinci ani ca perioadă maximă pe care pot fi acordate¹⁰.

O altă noutate, readusă din trecut, este cea înaintată de Alpha Bank, și anume: credite de nevoi personale de valori până în 150.000 de euro rambursabili în 60 de luni fără a se analiza dosarul. Dar, condiția este existența unui cash colateral, în principiu un depozit de 30.000 de euro¹¹.

În situația ING, depozitele au crescut cu 23%, comparativ cu creditare de 3% în anul 2020. Pentru evitarea unui dezechilibru economic, fiecare bancă alege când și ce măsuri de stimulare a creditării implementează, în limitele legii. Cu privire la evoluția creditării în acest an, și anume anul 2021, ING crede că acest an a început cu o revenire a cererii de credite de consum la niveluri similare înaintea pandemiei de coronavirus¹².

Factorii care ajută la creșterea economică sunt: creșterea puterii de cumpărare, creșterea investițiilor. Investițiile reprezintă factorul principal al dezvoltării economice.

4. Reglementarea juridică privind piața creditelor în România

Piața creditelor este reglementată în România prin O.U.G. nr. 99 din 06 decembrie 2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului actualizată.

În această ordonanță se prevede că instituțiile de credit pot desfășura activități de creditare cum ar fi: acordare de credite de consum, acordare de credite ipotecare, leasing financiar.

5. Structuri instituționalizate și organizații românești privind piața creditelor

1. Banca Națională a României (BNR)

Banca Națională a României este o instituție publică cu personalitate juridică, fiind înființată pe data de 17 aprilie 1880, cu un capital de 30 milioane lei din care: 10

extinderea-perioadei-de-rambursare_503981.html, publicat în data de 13 aprilie 2021, accesat în data de 27.10.2021.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ G. Ținteanu, *Băncile stimulează creditarea prin „haine noi” pentru produse vechi. Unele modificări BNR permit chiar extinderea perioadei de rambursare*, https://www.economica.net/bancile-stimuleaza-creditarea-prin-haine-noi-pentru-produse-vechi-unele-modificari-bnr-permit-chiar-extinde-re-perioadei-de-rambursare_503981.html, publicat în data de 13 aprilie 2021, accesat în data de 27.10.2021.

¹² *Ibidem.*

milioane erau capital de stat iar restul de 20 milioane erau capital proprietate privată. Această bancă are sediul central în municipiul București.

Banca Națională a României reprezintă banca centrală a României și are exclusivitate asupra emiterii de monedă fiduciară. Obiectivul său fundamental este de asigurare și menținere a stabilității prețurilor.

De asemenea, Banca Națională a României susține politica economică a statului, fără să afecteze îndeplinirea obiectivului său fundamental cu privire la asigurarea și menținerea stabilității prețurilor.

2. Autoritatea de Supraveghere Financiară (ASF)

Autoritatea de Supraveghere Financiară este o instituție românească care răspunde de reglementarea, autorizarea, supravegherea și controlul entităților din piețele financiare non-bancare românești, și anume: asigurări-reasigurări, instrumente și investiții financiare, pensii private.

Autoritatea de Supraveghere Financiară ajută la consolidarea unui cadru complet de funcționare și supraveghere a piețelor financiare non-bancare, dar și a participanților și operațiunilor pe aceste piețe. Autoritatea de Supraveghere Financiară are ca obiective: să asigure stabilitatea și buna funcționare a piețelor de instrumente financiare; să asigure protejarea operatorilor și investitorilor împotriva practicilor neloiale, abuzive și frauduloase; să asigure funcționarea eficace a sistemului de pensii private; să protejeze interesele beneficiarilor.

Concluzii

Globalizarea este o preocupare a viitorului și o realitate utilă în lumea bancară contemporană, cu reflexii adânci în întreaga lume. Zonele bancare libere împreună cu alianțele bancare reprezintă aspecte importante care presupun o influență mare asupra strategiilor și politicilor financiar-monetare în desfășurarea globalizării.

Creditul are un rol important în economia de piață, reprezentând un factor important al creșterii economice. Totodată, creditul reprezintă unul dintre motoarele principale ale întregului mecanism economico-social.

Comparând piața internă a Uniunii Europene privind creditele cu piața românească a creditelor, rezultă că, pentru economia și pentru piața internă a Uniunii Europene, includerea piețelor europene ale creditului constituie un interes important. De asemenea, includerea piețelor creditului european este fundamentală pentru economia Uniunii Europene.

GRUPUL EUROPEAN DE INTERES ECONOMIC ÎN LUMINA REGULAMENTULUI CEE NR. 2137/1985

Daniela MUDAVA (BĂRBUT)
Școala doctorală a Facultății de Drept
a Universității din Craiova

Abstract

The economic interest group is a pure creation of French law, which, compared to civil or commercial societies and non-profit associations, seemed a novelty and arose from the visible maladaptation of companies and associations to the new conditions economy.

Keywords: *European Economic Interest Grouping, European Union, legal nature, French legislator.*

1. Considerații generale cu privire la grupul european de interes economic

Grupul de interes economic, așa cum a fost el creat de legiuitorul francez, de-a lungul timpului, a stârnit interesul Comunității Europene, care prin Regulamentul (CEE) nr. 2137/85 al Consiliului din 25 iulie 1985, a devenit accesibil membrilor acestei comunități. Acest regulament, conține, în preambul, expunerea motivelor care au dus la adoptarea acestei instituții, la necesitatea acesteia și la scopul acesteia.

Accesul la grupul european de interes economic a fost unul destul de lejer, întrucât acesta nu a îngrădit libertatea contractuală a membrilor săi, din contră, a menținut posibilitatea aplicării, și la nivel național, a normelor juridice sau deontologice prin care erau instituite condițiile necesare pentru exercitarea unei activități sau unei profesii.

Cooperarea transfrontalieră s-a considerat pusă în pericol din cauza barierele juridice, fiscale și psihologice de care se lovea aceasta și atunci s-a impus crearea unei norme care avea drept scop asigurarea unei unități și uniformități a dreptului european, disparându-se, astfel, problemele generate de traducere și interpretare, iar *„instrumentul juridic ales pentru crearea unui cadru juridic care să faciliteze cooperarea transfrontalieră între societățile comerciale, alte entități juridice de drept*

public sau privat și persoanele fizice care desfășoară activități comerciale economice a fost regulamentul, izvor secundar de drept european”.

Grupul european de interes economic are un statut organic, în alcătuirea căruia intră dispoziții referitoare la capacitatea acestuia, modalitatea în care se poate dobândi sau se poate pierde calitatea de membru al grupului european de interes, drepturile, dar și obligațiile pe care le au persoanele ce aderă la acest grup, odată ce au dobândit calitatea de membru, organele obligatorii ale grupului, modalitatea de funcționare a acestuia, modalitatea în care poate fi reprezentat grupul, răspunderea născută din deținerea calității de membru și modalitatea de încetare a grupului.

2. Domeniul de aplicare a Regulamentului

La baza sa, în esență, grupul european de interes economic s-a dorit a fi un instrument juridic care să aibă un statut uniform, aspect confirmat prin seria de dispoziții imperative cuprinse în Regulament, însă, în aceeași măsură, este permisiv, oferind părților libertatea de care au nevoie pentru a decide cu privire la aspectele de care depinde buna funcționare a grupului, prin aceasta grupul devenind capabil de a se adapta la diverse situații de care se pot lovi în practică, iar atunci când membrii pierd din vedere să adopte hotărâri cu privire la anumite aspecte, dispozițiile suplative cuprinse în Regulament vin să suplinească voința acestora.

Dispozițiile imperative ale Regulamentului vizează aspecte ce țin de constituirea grupului european de interes economic, de funcționarea și de încetarea acestuia.

În ceea ce privește constituirea grupului, caracterul imperativ reglementează aspecte privind:

- a) capacitatea juridică – art. 1, alin. 2
- b) necesitatea încheierii unui contract – art. 1, alin. 1
- c) obiectivul grupului – art. 3
- d) condițiile pe care trebuie să le îndeplinească persoana care dorește să dobândească calitatea de membru al grupului european de interes economic – art. 4
- e) conținutul obligatoriu al contractului constitutiv al grupului – art. 5
- f) principiul publicității pentru opozabilitate a actelor de constituire – art. 8
- g) sediul grupului – art. 12

Dispozițiile imperative cuprinse în Regulament, care fac referire la modalitatea de funcționare a grupului european de interes economic, vizează aspecte ce țin de:

- a) organele obligatorii ale grupului, membrii care acționează colectiv și de către cine este realizată administrarea grupului – art. 16

¹ B. Lecourt, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, LGD], Paris, 2000, p. 358-371, *apud* Bărbieru Carmen-Nicoleta, *Rolul grupului european de interes economic în activitatea de comerț internațional*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 20.

- b) puterile pe care le pot avea administratorii în raport de terți – art. 20
 - c) condițiile în care se poate realiza cesiunea participării unui membru al grupului – art. 22
 - d) în situația în care o garanție a fost constituită de către un membru asupra participației sale la grup, în baza acestei garanții, acest lucru dă naștere imposibilității de a dobândi calitatea de membru al grupului de către titularul garanției respective – art. 22, alin. (2) teza a II-a
 - e) imposibilitatea sau, mai bine spus, interdicția apelării la subscripție publică în vederea constituirii grupului – art. 23
 - f) caracterul solidar și nelimitat al răspunderii membrilor – art. 24
 - g) obligativitatea existenței de voturi unanime pentru admiterea unor noi membri – art. 26
 - h) cazurile în care poate interveni pierderea calității de membru – art. 28 și art. 37, alin. 1
- Referitor la modalitatea de încetare a grupului european de interes economic, Regulamentul conține dispoziții imperative care reglementează aspecte ce țin de:
- a) cazurile în care grupul va fi dizolvat în mod obligatoriu – art. 31 alin. (1)
 - b) efectele născute odată cu încetarea calității de membru al grupului – art. 33 și 34
 - c) atunci când împotriva grupului european de interes economic a fost demarată o procedură judiciară, din cauza aflării acestuia în insolvență ori în imposibilitate de plată, acest fapt nu determină inițierea acestei proceduri și împotriva membrilor grupului – art. 36, teza a II-a
 - d) efectele pe care le produce nulitatea grupului, constatarea prin hotărâre judecătorească și lipsa efectului retroactiv – art. 15
 - e) continuarea existenței capacității juridice a grupului european de interes economic pe toată perioada lichidării, până la încheierea acestei proceduri – art. 35 alin. (3) și art. 37 alin. (2)
- Dispozițiile suplative cuprinse în Regulament își găsesc aplicabilitatea atunci când membrii grupului au omis să reglementeze, prin actul constitutiv, aspectele care țin de:
- a) care este majoritatea cerută, în situația în care Regulamentul, pentru anumite situații, nu prevede necesitatea existenței unanimității – art. 17 alin. (3) teza a II-a
 - b) modalitatea de repartizare între membrii grupului european de interes general atât a profiturilor rezultate ca urmare a desfășurării activității grupului, cât și a pierderilor înregistrate de către acesta – art. 21 alin. (1)
 - c) posibilitatea unui membru de a constitui o garanție asupra participației sale la grup – art. 22 alin. (2) teza I
 - d) demisia unui membru – art. 27 alin. (1)

e) cazurile și modalitatea de excludere a unui membru – art. 27 alin. (2) teza a II-a

f) necesitatea unanimității pentru înlocuirea unui membru persoană fizică, înlocuire survenită ca urmare a decesului membrului – art. 28 alin. (2) ultima teză

g) continuarea existenței grupului atunci când un membru nu mai deține calitatea de membru al grupului european de interes economic – art. 30

Încetarea grupului european de interes economic este reglementată printr-o singură dispoziție supletivă, cuprinsă în Regulament și aceasta se aplică în situația dizolvării voluntare a grupului. S-a dorit ca activitățile economice desfășurate la nivelul Comunității Europene să se bucure de o ascensiune și augmentare cu flux continuu, aspect care, s-a concluzionat că ar putea fi posibil prin implementarea și asigurarea funcționării unei piețe comune, așa cum este ea denumită în Regulament, în care, membrii acesteia, să aibă parte de condiții similare celor oferite de piața națională.

Din cadrul acestei piețe comune pot face parte atât persoane fizice, societăți comerciale, cât și, în același, timp, alte entități juridice, însă, cooperarea acestora la nivel transfrontalier este absolut necesară și, în atingerea acestui scop, este necesară crearea cadrului juridic propice, care le va ajuta ca, prin activitățile economice pe care le desfășoară, să se încadreze și să respecte condițiile economice prevăzute și cerute de Comunitatea Europeană.

3. Privire comparativă

Accesul la grupul european de interes economic a fost unul destul de lejer, întrucât acesta nu a îngrădit libertatea contractuală a membrilor săi, din contră, a menținut posibilitatea aplicării, și la nivel național, a normelor juridice sau deontologice prin care erau instituite condițiile necesare pentru exercitarea unei activități sau unei profesii.

Este facil de remarcat diferența dintre grupul european de interes economic și o societate economică, scopul acesteia din urmă fiind unul personal, pe când, menirea grupului european de interes economic este de a asigura posibilitatea dezvoltării activității economice a membrilor, nicidecum de a înlocui activitatea acestora ori de a practica o profesie liberală într-o relație în care s-ar afla cu terții.

Spre deosebire de asociațiile fără personalitate juridică, grupului european de interes economic i-a fost atribuită capacitate, personalitatea juridică, acest lucru fiind absolut necesar pentru realizarea scopului pentru care a fost creat, iar, în relațiile cu terții, grupul european de interes economic are nevoie de o reprezentare independentă, realizată printr-un organism, care, din punct de vedere juridic, nu are legătură cu membrii săi.

Răspunderea membrilor unui grup european de interes economic pentru datoriile acestuia este una solidară și nelimitată, fie că este vorba despre datoriile fiscale sau asigurări sociale, dar, cu toate acestea, există posibilitatea ca un membru al grupului european de interes economic să fie exonerat sau să i se diminueze răspunderea cu privire la o datorie care a fost determinată și care a fost rezultatul încheierii unui contract anume între grup și un terț.

Cu toate că este vorba despre un grup european de interes economic, constituit la nivelul Comunității Europene, în ceea ce privește starea, capacitatea persoanelor fizice sau a persoanelor juridice, dizolvarea, insolvența, încetarea de plăți, lichidarea sau încetarea activității desfășurată de membrii grupului, toate acestea, sunt aspecte reglementate prin legislația internă.

În eventualitatea în care s-ar pune în discuție existența unui abuz de putere sau s-ar încerca înlăturarea legislației unui stat care este membru, de către grup sau de către vreunul dintre membrii acestuia, statul membru, ale cărui drepturi au fost încălcate sau au fost lezate, are capacitatea de stabili și impune sancțiuni corespunzătoare faptelor săvârșite de către membrii grupului european de interes economic.

Domeniul de aplicare, dar și obiectivele Regulamentului (CEE) nr. 2137/25.07.1985 al Consiliului Comunității Europene, care se consideră a fi izvorul de drept în ceea ce privește existența grupului european de interes economic, trebuie aplicate și respectate cu strictețe, dar, cu toate acestea, statele membre au capacitatea de a adopta sau de aplica orice acte administrative sau orice act despre care se consideră că are putere de lege, în măsura în care acestea nu contravin sau nu aduc atingere domeniului de aplicare și obiectivelor regulamentului menționat.

4. Organizarea și funcționarea grupului european de interes economic

Regulamentul este unul destul de permisiv, în ceea ce privește organizarea și funcționarea grupului european de interes economic, care, în mare parte, este decisă de către membrii grupului, aceștia bucurându-se de libertate contractuală, însă, acesta conține și anumite dispoziții prohibitive.

Conducerea și controlarea activităților desfășurate de către membrii unui grup european de interes economic, în mod individual, personal, sau activitățile altor întreprinderi, aparține fiecărui membru în parte, grupul nefiind abilitat, chiar fiindu-i interzisă exercitarea acestor funcții, fie că este realizată în mod direct, fie indirect, cu atât mai mult când domeniul de activitate este unul al resurselor umane, al investițiilor sau al finanțelor.

Într-o întreprindere care este membră a grupului european de interes economic, indiferent cu ce titlu sau sub ce formă ar fi făcută, grupul european de interes

economic nu are capacitatea de a deține, fie în mod direct, fie în mod indirect, părți sau acțiuni. Cu toate acestea, de la această normă prohibitivă, există o derogare și anume, atunci când necesitatea deținerii de părți sau acțiuni la o întreprindere membră a grupului și-ar avea fundamentul în realizarea obiectelor pe care le are grupul și dacă aceasta este făcută în numele și pentru membrii acestuia.

Atunci când, prin legislația statelor membre privind societățile comerciale, este restricționată sau controlată contractarea anumitor împrumuturi, societatea comercială respectivă nu se poate folosi de către grup pentru contractarea unui asemenea împrumut sau a oricărei operațiuni care are efect asemănător, în favoarea directorului acesteia sau în favoarea vreunei persoane care este relaționată cu acesta.

Există anumite legislații ale statelor membre privind societățile comerciale, care permit efectuarea unui transfer de proprietate între societate și directorul acesteia sau între societate și o persoană relaționată cu acesta, însă, în afara cazurilor prevăzute în mod expres de legislația respectivă, grupul european de interes economic nu poate fi implicat în astfel de tranzacții.

O altă normă prohibitivă cuprinsă în Regulamentul (CEE) nr. 2137/25.07.2021 al Consiliului Comunităților Europene este imposibilitatea apartenenței unui grup la un alt grup european de interes economic, dar și limitarea numerică a membrilor acestuia, care nu poate depăși cinci sute de persoane. Legiuitorul a conferit statelor membre posibilitatea de a limita numărul de membri care pot face parte din grup, dar și capacitatea de a interzice sau îngreuna, apartenența unor anumite categorii de persoane fizice, societăți sau entități juridice la grupul din care fac parte, atunci când, la baza acestor restricționări sau limitări, ocrotirea interesului public.

5. Contractul de constituire a grupului european de interes economic

Așa cum prevede regulamentul, actul normativ european care a stat la baza înființării instituției grupului european de interes economic, acesta ia ființă în temeiul unui contract încheiat de către părțile care doresc înființarea acestuia, grup care se înregistrează în statul în care are sediul și, astfel, de la momentul înregistrării, grupul european de interes economic dobândește capacitatea necesară încheierii de contracte juridice, încheierii de acte cu caracter juridic, abilitatea de a sta în justiție și, totodată, capacitatea de a deține, în nume propriu, drepturi și obligații corelative, indiferent de natura acestora.

Actul în baza căruia naștere grupul european de interes economic, denumit act de înființare, trebuie să cuprindă, în mod obligatoriu, cel puțin denumirea acestuia, urmată de titulatura „*grup european de interes economic*” sau inițialele „*GEIE*”, atunci când titulatura sau inițialele nu sunt deja parte componentă a denumirii sale,

locul unde grupul își va avea sediul, scopul și necesitatea creării acestuia, pentru fiecare membru – numele sau denumirea, domiciliul sau, după caz, sediul social, forma juridică și, atunci când există, locul de înregistrare și numărul de înregistrare și, în situația în care grupul nu se dorește a fi creat pe durată nedeterminată, actul de înființare trebuie să cuprindă și durata grupului, iar publicitatea actului de înființare va fi făcută în Monitorul Oficial al statului membru în care grupului european de interes economic i-a fost stabilit sediul.

Potrivit literaturii juridice², *„scheletul normativ intern al grupului de interes economic este construit prin transplantul noțiunii europene de grup european de interes economic în corpusul societar al societății în nume colectiv existent în legislația românească, a cărei folosire este probabil justificată de tipul de răspundere implicat (solidară și nelimitată) și de lipsa altui model societar la acea dată, în prezent, reglementarea civilă a societății simple îndeplinind oricum rolul de drept comun societar și putând fi folosită cu succes pentru simplificarea reglementării a grupului de interes economic”*.

² Cristian Gheorghe, *Tratat de drept comercial român*, Ed. C.H. Beck, București, 2020, p. 598.

ÎNTRINDERILE PUBLICE, STRUCTURI PRETABILE APLICĂRII GUVERNANȚEI CORPORATIVE

Ana Florina DĂESCU (VĂTĂȘESCU)
Școala doctorală a Facultății de Drept
a Universității din Craiova

Abstract

The system of corporate governance applies mainly to public enterprises (state-owned companies), but also to private enterprises, organized in the form of entities traded on the capital markets.

Corporate governance standards are developed in order to make the management of enterprises more transparent and professional, in accordance with the Principles of Corporate Governance established by the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD).

The administration system of the autonomous utilities has many shortcomings, in terms of the regulations regarding the selection procedure, the appointment of directors and the composition of the board of directors.

Government Emergency Ordinance number 109/2011, is an initiative aimed at improving corporate governance within state-owned enterprises, focusing on the procedure for selecting and appointing boards of directors and directors and on the functioning of management bodies, seeking to strengthen the independence and professionalism of corporate governance structures.

The acceleration of globalization has led to the need to adopt the principles of corporate governance.

Keywords: *corporate governance, state-owned enterprises, autonomous management*

1. Întreprinderile publice și rolul lor în economie

1. Necesitatea existenței întreprinderilor publice în economie

Întreprinderile publice reprezintă o modalitate aflată la dispoziția statului pentru a contribui la dezvoltarea economică și socială a țărilor.

Statul trebuie să acționeze în interes public, adică în beneficiul cetățenilor săi, astfel că, statul trebuie să dețină controlul unor societăți, mai ales în domeniile cheie.

Prezența statului ca acționar în întreprinderile publice pornește de la așteptările cu privire la nevoile pe care trebuie să le acopere statul și anume: controlul asupra resurselor naturale (energie, mediu), monopolul natural (infrastructura de transport de energie electrică și gaze naturale), serviciul public.

Scopul care a stat la baza creării întreprinderilor publice este reprezentat de accelerarea dezvoltării economice și sociale. Multe domenii care nu pot fi realizate de către sectorul privat au revenit în sarcina întreprinderilor publice iar acest lucru s-a datorat și faptului că, numeroase întreprinderi publice își desfășoară activitatea în domenii aflate sub monopoli naturali.

Rolul întreprinderilor publice în dezvoltarea economică și socială a statelor este mai degrabă contestat în literatura de specialitate. Astfel, rar este admis, că deși fără a fi performante financiar, întreprinderile publice au încă importante funcții sociale atât în statele dezvoltate cât și în cele în curs de dezvoltare. Acestea sunt văzute chiar obstacole în calea creșterii economice, datorită arieratelor pe care le acumulează, a datoriiilor și a prostului management¹.

Întreprinderile publice beneficiază de o reglementare distinctă, derogând de la dreptul comun. În cazul societăților de stat, avem de-a face cu o legislație diferită de Legea nr. 31/1990, a societăților comerciale, cadrul legal general pentru toate societățile cu personalitate juridică.

În realitate, însă, deși avem un cadru normativ special adoptat de legiuitor în această materie, există diferențe doar în ceea ce privește anumite aspecte ale societăților și anume, cel legat de organele de conducere al acestora (desemnarea, evaluarea, revocarea, remunerarea membrilor, etc.) unde sunt implementate reguli cu adevărat derogatorii, în scopul protejării drepturilor acționarilor.

Actul normativ care reglementează aceste societăți de stat este O.U.G. nr. 109/2011 privind guvernanta corporativă a întreprinderilor publice, legea special, fiind o inițiativă esențială care a avut drept scop îmbunătățirea guvernantei corporative în cadrul întreprinderilor de stat.

Întreprinderile publice (regii autonome și societăți la care statul deține participații integrale sau majoritare sau participații care asigură controlul), sunt un segment important al economiei naționale și prin activitatea și rezultatele lor financiare au influență asupra stabilității și dezvoltării economice a țării.

Acestea au o pondere de aproximativ 8% în PIB și angajează aproximativ 4% din forța de muncă din România, astfel că, au o contribuție semnificativă la dezvoltarea economică.

Prin intermediul întreprinderilor publice, statul controlează și gestionează direct accesul la resurse naturale importante și își implementează politicile economice și strategice în domenii de interes, respectiv: energie, transport, exploatarea resurselor minerale sau protecția mediului.

¹ Marina Zaharioaie, *Rolul întreprinderilor publice în dezvoltarea economică a statelor din Centrul și Estul Europei*, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”, Iași.

Întreprinderile publice furnizează o gamă largă de produse și servicii, utilități publice fundamentale pentru funcționarea și siguranța societății în ansamblul său.

Întreprinderile publice din România au început să fie văzute ca un vector important de redresare economică și de echilibrare a bugetului de stat, funcționalitatea, solvabilitatea și lichiditatea acestor societăți având o largă influență asupra ansamblului economiei.

2. Forme de organizare a întreprinderilor publice

Întreprinderile publice, conform distincțiilor prevăzute în O.U.G. nr. 109/2011, sunt: regii autonome înființate de stat sau de o unitate administrativ-teritorială; companii și societăți naționale, societăți la care statul sau o unitate administrativ-teritorială este acționar unic, majoritar sau la care deține controlul; societăți la care una sau mai multe întreprinderi publice prevăzute anterior dețin o participație majoritară sau o participație care le asigură controlul.

Regiile autonome pot fi reorganizate ca societăți reglementate de Legea nr. 31/1990 a societăților, republicată, cu modificările și completările ulterioare, prin hotărâre a Guvernului sau, după caz, prin hotărâre a consiliului local, hotărâre a consiliului județean sau prin hotărâre a Consiliului General al Municipiului București, având ca unic acționar sau asociat, statul român sau unitatea administrativ-teritorială.

Acestea se constituie ca monopol de stat, în sensul prestării unei activități de producție sau în sensul prestării de servicii care, datorită necesității unor tehnologii specifice sau a unor investiții de capital cu costuri ridicate, nu se poate realiza în condiții de eficiență normală în unități concurențiale sau care ar deveni concurențiale pe termen mediu.

Regiile autonome sunt conduse de către un consiliu de administrație care se numește prin ordin al ministrului de resort sau, după caz, prin hotărâre a consiliului local, respectiv a celui județean. Activitatea curentă a regiei este condusă de un director general sau un director numit de ministrul de resort, respectiv de consiliul local sau județean, sub a cărui autoritate funcționează regia autonomă.

Patrimoniul regiilor autonome este constituit din bunuri care fac parte din domeniul privat și din domeniul public de interes național sau local. Bunurile aparținând domeniului public, fiind inalienabile, pot fi date numai în administrarea regiilor autonome și trebuie evidențiate distinct în patrimoniul acestora. Asupra acestor bunuri nu se pot constitui garanții de nici un fel.

Bugetul de venituri și cheltuieli al regiilor autonome de interes național se aprobă de Guvern, iar cel al regiilor autonome de interes local se aprobă, după caz, de consiliile locale sau județene, o dată cu bugetul unității administrativ-teritoriale².

² Art. 9 din Ordonanța nr. 15 din 9 august 1993(*actualizată*) privind unele măsuri pentru restructurarea activității regiilor autonome.

Eventualele deficite ale regiilor autonome pot fi acoperite prin subvenții de la bugetul de stat sau de la bugetele locale.

Companiile naționale sunt entități care au fost înființate prin reorganizarea regiilor autonome urmare adoptării O.U.G. nr. 30/1997, aprobată cu modificări prin Legea nr. 207/1997.

Companiile naționale sunt societăți comerciale pe acțiuni, la care statul este acționar majoritar, iar modul de organizare și funcționare a acestora respectă regulile privind societățile comerciale, cu elemente specifice izvorând din calitatea de prestator al unui serviciu public.

Aceste societăți funcționează în baza unui statut aprobat prin actul de înființare, sunt conduse de Adunări Generale ale Acționarilor și administrate de către un Consiliu de Administrație. Companiile naționale au preluat patrimoniul regiilor autonome prin reorganizarea cărora s-au înființat și pot desfășura, în afara serviciilor publice și alte activități comerciale necesare îndeplinirii obiectului propriu de activitate, fiind interzisă includerea, în capitalul lor social, a bunurilor proprietate publică a statului, pentru motive lesne de înțeles. Două elemente sunt relevante cu privire la regimul juridic al companiilor naționale: trăsătura comercială, economică a activității și natura mixtă a veniturilor companiei.

În concluzie, compania națională apare ca o persoană juridică de drept privat, supusă, prin prisma serviciilor publice prestate (exploatarea unor bunuri proprietate publică a statului) și statutului său special, unor reguli de drept public similare, într-o anumită măsură celor aplicabile regiilor autonome.

Doctrina a subliniat faptul că, elementul esențial al distincției dintre compania națională și regia autonomă constă în scopul acestora, care este profitul pentru cea dintâi și serviciul public pentru cea din urmă. În calitatea sa de acționar al companiilor naționale care exploatează bunuri din patrimoniul său, statul se manifestă ca persoană juridică de drept privat, cu interes direct în rentabilitate, performanță, chestiuni care se circumscriu regulilor de drept privat. Acestea vor fi, însă, influențate de reguli de drept public, întrucât interesul public reprezintă scopul final care grevează comportamentul reprezentanților statului. Trebuie precizat faptul că raporturile companiei naționale cu autoritățile administrației publice sunt mixte, atât de natură contractuală, cât și de control și coordonare, acestea din urmă concretizându-se în participarea statului la actul de conducere.

3. Autoritatea publică tutelară și rolul ei în guvernarea corporativă a întreprinderilor publice

Ce este autoritatea publică tutelară?

Autoritatea publică tutelară exercită controlul asupra regiilor autonome și societăților de stat, în afara organelor de decizie a societăților, adunarea generală a acționarilor și organele de conducere.

În cazul întreprinderilor publice (regii autonome, societăți de stat), autoritatea publică tutelară este autoritatea cu putere de decizie dar nu în ceea ce privește funcționarea întreprinderii publice, ci, în ceea ce privește desemnarea, evaluarea și remunerarea organelor de conducere.

Legea guvernantei corporative definește autoritatea publică tutelară, ca fiind instituția care, *exercită*, în numele statului sau al unității administrativ-teritoriale, calitatea de acționar la societățile și companiile naționale și la societățile de stat; care *coordonează* exercitarea de către una sau mai multe întreprinderi publice a calității de acționar sau asociat la societățile și companiile naționale și la societățile de stat, având atribuții legate de reprezentanții acționarului în adunările generale ale societăților; care are atribuții legate de desemnarea membrilor organelor de conducere a societăți și care are atribuții proprii.

Autoritatea publică tutelară are dreptul de a numi *reprezentanții* statului sau ai unității administrativ-teritoriale în adunarea generală a acționarilor și să aprobe *mandatul* acestora, putând mandata acești reprezentanți în adunarea generală a acționarilor să negocieze și să aprobe indicatorii de performanță financiari și nefinanciari pentru consiliul de administrație.

Referitor la atribuțiile legate de coordonarea calității de acționar sau asociat, autoritatea publică tutelară poate propune, în numele statului acționar sau al unității administrativ-teritoriale acționar, *candidați* pentru funcțiile de membri ai consiliului de administrație sau de supraveghere, având competența de a întocmi *scrisoarea de așteptări*, pe care o va publica pe pagina proprie de internet.

Tot autoritatea publică tutelară stabilește *criteriile de integritate* pentru membrii consiliului de administrație/consiliului de supraveghere, directori/direcțorat și are dreptul de a asigura înscrierea acestora în contractele de mandat³.

Autoritatea publică tutelară are, de asemenea, atribuții legate de competențele și îndatoririle legale proprii, având dreptul de a asigura *transparența* politicii de acționariat a statului, în cadrul societăților față de care exercită competențele de autoritate publică tutelară și având dreptul de a *monitoriza* și de a evalua, prin structurile de guvernare corporativă proprii, indicatorii de performanță financiari și nefinanciari anexați la contractul de mandat.

La societățile controlate de stat, atribuțiile autorității tutelare nu mai sunt atât de extinse, fiind exercitate prin intermediul întreprinderii publice care, la rândul său, este acționar unic sau majoritar la o altă societate.

În cazul regiilor autonome, autoritatea publică tutelară are atribuții și puteri mult mai largi decât în cazul societăților întreprinderi publice, pentru simplul motiv că, în lipsa unei adunări generale a regiei autonome (concept juridic inexistent), autoritatea publică va fi cea care se va ocupa efectiv de viața persoanei juridice.

³ Gabriel Țița-Nicolescu, *Guvernarea corporativă a întreprinderilor publice*, revista.universuljuridic.ro, accesat la data de 30.06.2021.

Practic, așa cum prevede în mod expres legea guvernantei corporative, autoritatea publică tutelară coordonează, are în subordine sau sub autoritate regia autonomă.

România practică în prezent un model dual de administrare a participațiilor statului în economie, pe de o parte Ministerul Finanțelor Publice are un rol de monitorizare centralizată și evaluare a aplicării de către autoritățile publice tutelare și întreprinderile publice a legislației privind guvernanta corporativă, iar pe de altă parte autoritatea publică tutelară (ministere, agenții, precum și, la nivel local, unități administrativ-teritoriale) exercită rolul cel mai important, acela al implementării de zi cu zi a politicii statului privind calitatea sa de acționar în întreprinderi publice.

Autoritățile publice tutelare acționează, la rândul lor, pe două mari paliere: ca reprezentanți ai acționarului (statul) și ca entități de monitorizare și evaluarea performanțelor întreprinderile publice pe care le au sub autoritate, în coordonare sau portofoliu.

Ca acționar, autoritatea publică tutelară va declanșa fără nicio întârziere, în condițiile legii, selectarea de candidați pentru pozițiile vacante din consiliile de administrație, prin intermediul unei comisii formată din specialiști în resurse umane sau apelând la un expert în recrutare, extern. Expertul extern va fi selectat în baza celui mai bun raport preț - ofertă tehnică, nu doar în baza celui mai scăzut preț.

Ca entități responsabile cu monitorizarea guvernantei corporative, autoritățile publice tutelare se vor asigura că încredințează aceste atribuții unor structuri de guvernanță proprii, special create în acest sens, urmând în mod constant îmbunătățirea capacității și competențelor acestora, prin cursuri de formare profesională.

Autoritatea publică tutelară și formele sale concrete

În legea contenciosului administrativ, a fost definită noțiunea de autoritate publică⁴ (tutelară), ca fiind orice organ de stat sau al unităților administrativ-teritoriale care acționează, în regim de putere publică, pentru satisfacerea unui interes legitim public; sunt asimilate autorităților publice, în sensul prezentei legi, persoanele juridice de drept privat care, potrivit legii, au obținut statut de utilitate publică sau sunt autorizate să presteze un serviciu public, în regim de putere publică⁵.

Așa cum am arătat anterior, Ministerul Finanțelor Publice are un rol de monitorizare centralizată și evaluare a aplicării de către autoritățile publice tutelare și întreprinderile publice a legislației privind guvernanta corporativă.

Pe de altă parte, autoritatea publică tutelară (reprezentant al acționarului stat/entitate de monitorizare) implementează politica statului cu privire la calitatea de acționar al întreprinderilor publice.

⁴ Decizie de admitere: HP nr. 28/2017, publicată în M. Of. nr. 378 din 22 mai 2017: Noțiunea de „autoritate publică”, astfel cum este definită de art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, nu este similară cu cea de „instituție publică”, astfel cum este prevăzută de art. 2 alin. (1) pct. 39 din Legea nr. 273/2006 privind finanțele locale, cu modificările și completările ulterioare.

⁵ Art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 554 / 2 decembrie 2004 a contenciosului administrativ.

La nivel local, autoritatea publică tutelară este reprezentată de unitatea administrativ teritorială (comună, oraș, municipiu, sectoarele municipiului București) prin consiliul local.

La nivel județean, autoritatea publică tutelară este reprezentată de unitatea administrativ teritorială (județul) prin consiliul județean).

Prin excepție de cele menționate mai sus, pentru operatorii cărora li s-a delegat gestiunea serviciului de utilități publice, în baza unui contract de delegare a gestiunii încheiat cu o asociație de dezvoltare intercomunitară, atribuțiile de autoritate tutelară se exercită de către asociația de dezvoltare intercomunitară, în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale⁶.

La nivel central, atribuțiile de autoritate publică tutelară se exercită, după caz, de: Ministere; Camera Deputaților; Banca Națională a României; Serviciul Român de Informații; Secretariatul General al Guvernului; Autoritatea pentru Administrarea Activelor Statului;

Nici autoritatea publică tutelară și nici Ministerul Finanțelor Publice (ca instituție de monitorizare) nu pot interveni în activitatea de administrare și conducere a întreprinderilor publice.

Autoritatea publică tutelară elaborează în fiecare an un raport privitor la întreprinderile publice aflate în subordine, în coordonare, sub autoritate ori în portofoliu. Raportul este publicat pe pagina de internet a autorității publice tutelare până la sfârșitul lunii iunie a anului în curs.

Competențe specifice ale autorității publice tutelare în governanța corporativă

Autoritatea publică tutelară, conform dispozițiilor legale, este instituția care: coordonează, are în subordine sau sub autoritate una sau mai multe întreprinderi publice - regii autonome înființate de stat sau de o unitate administrativ-teritorială; exercită, în numele statului sau al unității administrativ-teritoriale, calitatea de acționar la întreprinderile publice – companii și societăți naționale, societăți la care statul sau o unitate administrativ-teritorială este acționar unic, majoritar sau la care deține controlul; coordonează exercitarea de către una sau mai multe întreprinderi publice – regii autonome înființate de stat sau de o unitate administrativ-teritorială/ companii și societăți naționale, societăți la care statul sau o unitate administrativ-teritorială este acționar unic, majoritar sau la care deține controlul, a calității de acționar sau asociat la o societate controlată.

În cazul regiilor autonome, autoritatea publică tutelară are ca și competențe: întocmirea scrisorii de așteptări și publicarea acesteia pe pagina proprie de internet, pentru ca, cei care candidează la un post de director sau de administrator și se află pe lista scurtă, să poată lua la cunoștință; numirea și revocarea membrilor consiliului de administrație; negocierea și aprobarea indicatorilor de performanță financiari și

⁶ Art. 27 alin. (3) din Legea nr. 51 din 8 martie 2006 (**republicată**) a serviciilor comunitare de utilități publice.

nefinanciari pentru consiliul de administrație; încheierea contractelor de mandat cu administratorii; monitorizarea și evaluarea performanței consiliului de administrație, pentru a se asigura, în numele statului sau al unității administrativ-teritoriale fondatoare, că sunt respectate principiile de eficiență economică și profitabilitate în funcționarea regiei autonome; monitorizarea și evaluarea (prin structurile de guvernare corporativă proprii) a indicatorilor de performanță financiari și nefinanciari cuprinși în anexa la contractul de mandat; întocmirea și publicarea pe pagina proprie de internet a listei administratorilor în funcțiune de la regiile autonome; alte atribuții prevăzute de lege.

În cazul companiilor și societăților naționale, în cazul societăților la care statul sau o unitate administrativ-teritorială este acționar unic, majoritar sau la care deține controlul, autoritatea publică tutelară are ca și competențe: numirea reprezentanților statului sau ai unității administrativ-teritoriale în adunarea generală a acționarilor sau asociaților și aprobarea mandatului acestora; de a propune, în numele statului sau al unității administrativ-teritoriale acționar, candidați pentru funcțiile de membri ai consiliului de administrație sau de supraveghere, cu respectarea condițiilor de calificare și experiență profesională și selecție prevăzute; întocmirea scrisorii de așteptări și publicarea acesteia pe pagina proprie de internet pentru cei care candidează la un post de director sau de administrator și se află pe lista scurtă, să poată lua la cunoștință; monitorizarea și evaluarea, prin reprezentanții săi în adunarea generală a acționarilor, a performanței consiliului de administrație, pentru a se asigura, în numele statului sau al unității administrativ-teritoriale acționar, că sunt respectate principiile de eficiență economică și profitabilitate în funcționarea societății; asigurarea transparenței politicii de acționariat a statului în cadrul societăților față de care exercită competențele de autoritate publică tutelară; mandatarea reprezentanților săi în adunarea generală a acționarilor pentru negocierea aprobarea indicatorilor de performanță financiari și nefinanciari pentru consiliul de administrație; monitorizarea și evaluarea, prin structurile de guvernare corporativă proprii, a indicatorilor de performanță financiari și nefinanciari anexați la contractul de mandat; alte atribuții prevăzute de lege.

În cazul societăților la care una sau mai multe întreprinderi publice (regii autonome, companii și societăți naționale, societăți la care statul sau o unitate administrativ-teritorială este acționar unic, majoritar sau la care deține controlul) dețin o participație majoritară sau o participație care le asigură controlul, autoritatea publică tutelară are ca și competențe: de a veghea la exercitarea de către întreprinderea publică, în condiții de eficiență economică și strategică, a calității de acționar; de a veghea la respectarea de către societatea controlată, a principiilor de eficiență economică și profitabilitate; de a se asigura, prin reprezentanții în adunarea generală a acționarilor și prin structurile de guvernare corporativă, de reflectarea cerințelor din scrisoarea de așteptări în indicatorii de performanță financiari și nefinanciari ce constituie anexă la contractul de mandat; monitorizarea și evaluarea, prin structurile

de guvernanță corporativă proprii, a indicatorilor de performanță financiari și nefinanciari anexați la contractul de mandat; alte atribuții prevăzute de lege.

Autoritatea publică tutelară are în competență și monitorizarea și evaluarea, prin structurile de guvernanță corporativă proprii, aplicarea ordonanțe de urgență privind guvernanta corporativă de către întreprinderile publice și să raporteze Ministerului Finanțelor Publice cu privire la aceasta și cu privire la îndeplinirea atribuțiilor proprii în aplicarea ordonanței privind guvernanta corporativă a întreprinderilor publice.

În ceea ce privește societățile înființate conform Legii nr. 31/1990 privind societățile, republicată, cu modificările și completările ulterioare, care nu sunt organizate ca societăți pe acțiuni, autoritatea publică tutelară exercită competențele prevăzute la art. 3 pct. 2 și 3 din O.U.G. nr. 109/2011, precum și aprobarea actului constitutiv, în care se reglementează numărul administratorilor, procedura de selecție și constituirea comitetelor din rândul administratorilor, acolo unde este cazul.

Autoritatea publică tutelară stabilește criteriile de integritate pentru membrii consiliului de administrație și pentru membrii consiliului de supraveghere, pentru directori și directorat și asigură înscrierea acestora în contractele de mandat.

În ceea ce privește Compania Națională Romarm S.A. și filialele sale, precum și pentru regiile autonome, societățile și filialele acestora, care desfășoară activități de interes național cu specific deosebit pentru apărare și securitate națională, autoritatea publică tutelară propune candidații pentru funcțiile de membri în consiliile de administrație, în baza unei selecții prealabile efectuate de o comisie formată din specialiști în recrutarea resurselor umane.

Astfel, autoritatea publică tutelară oferă claritate, predictibilitate și transparență cu privire la politica sa de acționariat și la motivația deținerii controlului în întreprinderile publice, în toate acțiunile întreprinse în entități care exercită rolul de acționar al statului în întreprinderile publice, de la formularea scrisorii de așteptări, până la organizarea selecției membrilor consiliului de administrație/supraveghere și până la evaluarea activității și performanței acestora.

Autoritățile publice tutelare trebuie să demonstreze maximă transparență a acțiunilor și deciziilor pe care le iau cu privire la întreprinderile publice pe care le au în coordonare, subordonare sau asupra cărora exercită controlul, inclusiv printr-o bună comunicare, la nivel de conducere, dar și de lucru, între reprezentanții acestora și reprezentanții altor entități cu responsabilități în domeniul guvernantei corporative (Ministerul Finanțelor Publice, Cancelaria Primului Ministru etc.).

Autoritatea publică tutelară va asigura transparența maximă a procesului de selecție a consiliului de administrație și a directorilor, în condiții de integritate și evitare a oricăror conflicte de interese. Criteriile de selecție folosite vor fi profesionist formulate, după caz, cu ajutorul unor companii specializate în recrutare, și vor fi făcute publice, respectându-se totodată normele emise de Ministerul Finanțelor Publice în acest sens.

II. Aspecte specifice ale guvernăței corporative a regiilor autonome ca întreprindere publică

1. Necesitatea aplicării guvernăței corporative la regiile autonome

Prin Legea nr. 15 din 7 august 1990 privind reorganizarea unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale s-a stabilit cadrul legal al funcționării regiilor autonome, acestea fiind organizate și funcționând în ramurile strategice ale economiei naționale dar și în alte domenii aparținând unor ramuri stabilite de guvern.

Regiile autonome de interes național pot fi înființate prin hotărâre a guvernului, iar regiile autonome de interes local pot fi înființate prin hotărâre a organelor județene și municipale ale administrației de stat.

Regiile autonome pot fi reorganizate ca societăți reglementate de Legea societăților nr. 31/1990 republicată, cu modificările și completările ulterioare, prin hotărâre a Guvernului sau, după caz, prin hotărâre a consiliului local, hotărâre a consiliului județean sau prin hotărâre a Consiliului General al Municipiului București, având ca unic acționar sau asociat, statul român sau unitatea administrativ-teritorială.

Prin urmare, din analiza caracteristicilor regiilor autonome, rezultă că, aceasta este o persoană juridică de drept public ale cărei natură și regim juridic sunt marcate, în mod fundamental, de voința autorităților publice și de sfera serviciului public,

Trăsăturile regiilor autonome au ca referință următoarele: funcționează pe bază de gestiune economică și autonomie financiară, finanțându-se exclusiv din venituri proprii, putând, în același timp, să beneficieze pentru acoperirea eventualelor deficite, de subvenții de la bugetul de stat sau de la bugetele locale sau să contracteze credite bancare; dețin în proprietate anumite bunuri ce constituie patrimoniul propriu și de care acestea pot dispune în mod autonom; sunt supuse unor reguli financiare distincte, cu similitudini privind regulile financiare aplicabile instituțiilor publice. Spre deosebire de structurile aflate în subordinea autorităților publice, în speță instituțiile publice, regiile autonome beneficiază de o autonomie organizațională și funcțională consemnată în actul normativ de înființare, fiind totuși supravegheată și controlată, într-o anumită măsură, de autoritatea publică ce a înființat-o. Este vorba, de un raport de coordonare față de autoritatea publică, raport care se manifestă inclusiv în independența deciziilor și acțiunilor regiilor autonome.

Aplicarea guvernăței corporative la regiile autonome este o necesitate având în vedere beneficiile importante aduse prin aplicarea regulilor guvernăței, beneficii ce includ diminuarea riscurilor pe care le pot comportă afacerile, dezvoltarea performanțelor, deschiderea către alte piețe, creșterea transparentizării și a responsabilității sociale. Absența regulilor poate conduce o companie către haos, moment în care

orice investiție poate să reprezinte un joc de noroc și în care predictibilitatea nu mai există⁷.

Beneficii aplicării guvernantei corporative, în cazul regiilor autonome se referă la: transparență îmbunătățită față de nivelul actual de maturitate al structurilor, funcțiilor și proceselor de guvernare, cât și în ceea ce privește adecvarea structurii organizației, precum și eficacitatea operațională; abordarea modularizată privind entitățile și domeniile de guvernare corporativă în domeniul de aplicare, metodele utilizate și profunzimea analizei (identificarea diferențelor dintre starea actuală și cea dorită); criteriile de evaluare personalizate, care reflectă standardele internaționale (principiile OCDE) precum și cerințele de reglementare naționale și ale companiei; recomandări detaliate și plan de acțiune pentru a elimina diferențele față de nivelul de maturitate dorit; facilitarea demarării unui dialog privind guvernarea corporativă cu investitorii, clienții și alte părți interesate.

2. Structuri de guvernare corporativă a regiei autonome

Structurile de guvernare corporativă constituite la nivelul autorităților publice tutelare trebuie să reprezinte un model de profesionalism în administrație. Acestea trebuie să angajeze personal responsabil cu exercitarea funcțiilor de acționar cât și personal responsabil cu monitorizarea.

Referitor la particularitățile tipului de persoană juridică a regiei autonome, sub aspectul regulilor guvernantei corporative a întreprinderilor publice, în cazul regiilor autonome, spre deosebire de societățile întreprinderi publice, nu există adunare generală a acționarilor, întrucât nu avem acționari, nu există două sisteme de administrare (unitar și dualist), fiind un singur sistem de conducere, clasic, consiliul de administrație și directori, după caz.

Autoritatea publică tutelară are un rol decisiv în cadrul regiilor autonome, acesteia revenindu-i atribuțiile legate de procedura de desemnare și criteriile de stabilire și aprobare a remunerației administratorilor.

Spre deosebire de societăți (unde autoritatea publică tutelară doar exercită, în numele statului sau al unității administrativ-teritoriale, calitatea de acționar), în cazul regiilor autonome, existând o adunare generală, autoritatea publică tutelară are atribuții semnificativ mai extinse.

Structurile corporative ale regiei autonome sunt conturate după cum urmează: consiliul de administrație (Consiliul de Administrație, CA sau Consiliul) și conducerea executivă (Conducerea Executivă), formată din toți directorii cu contract de mandat (directorul general și directorii cărora Consiliul de Administrație le-a delegat atribuții de administrare).

⁷ Sorin Cosneanu, Corneliu Russu, Vergina Chirișescu și Leonardo Badea, Necesitatea implementării guvernantei corporatiste în întreprinderile românești Economie teoretică și aplicată, Volumul XX (2013), No. 4(581), pp. 54-64.

Regia autonomă este administrată de un consiliu de administrație, format dintr-un număr cuprins între 3 și 7 persoane: un reprezentant al Ministerului Finanțelor Publice, care trebuie să fie licențiat în științe economice sau juridice și cu experiență în domeniul economic, contabilitate, de audit, financiar sau juridic, de cel puțin 5 ani de la data obținerii diplomei de studii superioare; un reprezentant al autorității publice tutelare, cu experiență de cel puțin 5 ani în domeniul de activitate al regiei autonome și/sau în activitatea de administrare de societăți ori regii autonome; 1-5 persoane cu experiență în administrarea sau managementul unor regii autonome sau societăți, inclusiv societăți din sectorul privat, persoane care nu pot fi funcționari publici sau alte categorii de personal din cadrul autorității publice tutelare sau al altor instituții publice. Pentru a putea fi membru într-un consiliu de administrație al unei regii autonome, o persoană trebuie să îndeplinească, cumulativ, următoarele condiții: să aibă capacitate deplină de exercițiu, să fie o persoană onorabilă, să limiteze cumulul calității de administrator, să aibă studii superioare în domeniul economic sau juridic, să aibă experiență în administrare și management⁸.

Prin actul de înființare sau după ulterior înființare, prin decizie a autorității publice tutelare, consiliul de administrație poate stabili delegarea atribuțiilor de conducere executivă, unuia sau mai multor directori.

În ceea ce privește regiile autonome, delegarea atribuțiilor de conducere ale acestora dinspre Consiliul de Administrație către unul sau mai mulți directori nu este obligatorie. Ordonanța prevede că prin actul de înființare sau, ulterior înființării, prin decizie a autorității publice tutelare se poate stabili că atribuțiile de conducere executivă a regiei autonome sunt delegate de Consiliul de Administrație unuia sau mai multor directori⁹. Directorii pot fi numiți din afara consiliului de administrație¹⁰

⁸. Viorel Găină, *Drept comercial român*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 632.

⁹ Radu N. Catană, Adrian C. Popa, *Principiile de guvernare și structura administrației întreprinderilor de stat în urma O.U.G. nr. 109/2011 privind guvernarea corporativă a întreprinderilor publice*, în *Revista Jurisprudentia* nr. 3/2012.

¹⁰ Este considerat ca fiind independent, un administrator care îndeplinește următoarele cerințe: a) nu este director al societății sau al unei societăți controlate de către aceasta și nici nu a îndeplinit o astfel de funcție în ultimii 5 ani; b) nu a fost salariat al societății sau al unei societăți controlate de către aceasta în ultimii 5 ani; c) nu primește și nici nu a primit de la societate ori de la o societate controlată de aceasta o remunerație suplimentară sau alte avantaje, altele decât cele corespunzătoare calității sale de administrator neexecutiv; d) nu este acționar semnificativ al societății (5% din capitalul social); e) nu are și nici nu a avut în ultimul an relații de afaceri cu societatea ori cu o societate controlată de aceasta, fie personal, fie ca asociat, acționar, administrator, director sau salariat al unei societăți care are astfel de relații cu societatea, dacă, prin caracterul lor substanțial, acestea sunt de natură a-i afecta obiectivitatea; f) nu este și nici nu a fost în ultimii 3 ani auditor financiar ori asociat salariat al actualului auditor financiar al societății sau al unei societăți controlate de aceasta; g) nu este director într-o altă societate în care un director al societății este administrator neexecutiv; h) nu a fost administrator neexecutiv al societății mai mult de 3 mandate; i) nu are relații de familie cu o persoană aflată în una dintre situațiile prevăzute la lit. a) și d).

sau dintre administratori, care devin astfel administratori executivi¹¹.

În toate cazurile, numirea directorilor se face cu respectarea procedurii de selecție. În termen de maxim 30 de zile de la numire, prin act administrativ al autorității publice tutelare, consiliul de administrație desemnează directorii, în baza unei evaluări sau selecții prealabile efectuate de o comisie organizată la nivelul regiilor autonome, formată din specialiști în recrutarea resurselor umane iar în cazul regiilor autonome cu un număr de peste 500 de angajați, selecția directorilor se efectuează în mod obligatoriu de un expert independent¹², persoană fizică sau juridică specializată în recrutarea resurselor umane, ale cărui servicii sunt contractate de regia autonomă, la propunerea consiliului de administrație, fiind inițiată în termen de maximum 30 de zile de la data numirii administratorilor, în condițiile legii. Durata procesului de selecție a directorilor de către expertul independent nu poate depăși 60 de zile. În acest caz, termenul de numire a directorilor este de maximum 120 de zile de la numirea consiliului de administrație.

¹¹ Administratorii neexecutivi sunt persoanele care nu au fost numite directori, prin delegarea puterilor de către consiliul de administrație.

¹² De lege ferenda, selecția ar trebui făcută, obligatoriu, de un expert independent în toate situațiile, nu doar în cazul regiilor autonome cu un număr de peste 500 de angajați.

SERVICIILE PUBLICE LOCALE ȘI PROVOCĂRILE SOCIETALE

Drd. Mihai-Ciprian BOBOCICĂ
Universitatea din Craiova
Școala Doctorală a Facultății de Drept

Abstract

The role of the article is to bring to the fore the process of change regarding the public administration system in Romania and which was driven by the adoption of the new Constitution which regulates the existence of democratic institutions. A functional and efficient administrative system that best meets the social needs of local, regional or national communities in constant motion and evolution must be the main objective of local public administration reform.

Under these conditions, local public services that meet the growing needs of more demanding communities, who want to benefit from better services both qualitatively and quantitatively, need better management with an increased focus on efficiency services provided by improving quality and reducing costs.

Keywords: *public services, local communities, reform*

1. Introducere

Administrația publică în general, este cea care răspunde nevoilor societății prin modul structural de organizare și funcționare al acesteia și, de aceea a fost definită ca fiind „totalitatea activităților desfășurate, în regim de putere publică, de organizare a executării și executare în concret a legii și de prestare de servicii publice, în scopul satisfacerii interesului public”.

Pentru asigurarea desfășurării în mod concret a acestui ansamblu de activități sunt necesare și suporturile fizice specifice, adică autoritățile publice, instituțiile publice, dar și serviciile publice.

Am inclus în categoria suporturilor necesare desfășurării activităților administrative și serviciile publice, deși Codul administrativ susține doar o definiție din punct de vedere formal a acestora, pentru că serviciul public reprezintă structura de bază a

¹ Art. 5 lit. b) din O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ, cu modificările și completările ulterioare.

administrației publice care pătrunde până la nivelul cel mai de jos al comunității locale.

Sensul dat de Codul Administrativ noțiunii de serviciu public este acela de „*activitate sau ansamblu de activități organizate de o autoritate a administrației publice ori de o instituție publică sau autorizată/autorizate ori delegată de aceasta, în scopul satisfacerii unei nevoi cu caracter general sau a unui interes public, în mod regulat și continuu*”.

Cu toate că în conținutul definițiilor date de Codul administrativ, structurile suport ale administrației publice sunt catalogate în autorități ale administrației publice centrale sau locale, instituții publice și mai nou sunt incluse și primăriile, norma juridică ar fi trebuit să se inspire mai mult din doctrină și să privească serviciile publice și din punct de vedere organic ca făcând parte din categoria structurilor suport necesare desfășurării ansamblului de activități realizate de administrația publică locală pentru a răspunde nevoilor și intereselor comunităților locale.

Structurile administrației publice pot răspunde eficient nevoilor societale numai dacă sunt aplicate în mod consecvent normele juridice adoptate în virtutea unor valori juridice și principii de funcționare ale serviciilor publice cum ar fi descentralizarea, deconcentrarea și autonomia locală.

Dintre acestea, procesul de descentralizare este sistemul care stabilește în cadrul comunităților locale structuri organizatorice și funcționale în concordanță cu interesele locale, iar autonomia locală este principiul care le conferă acestor structuri, capacitatea efectivă de a soluționa și gestiona treburile publice în numele și în interesul comunităților locale.

Procesul de descentralizare, așa cum este definit și de Codul administrativ³, este cel care asigură realizarea transferului de competențe, dar și de resurse financiare necesare realizării acestor competențe, de la nivel central, la nivelul comunităților locale.

Descentralizarea este privită ca fiind o „*caracteristică a statului subsidiar ce permite realizarea în bune condiții a justiției sociale, dezvoltă solidaritatea, asigură apropierea deciziei de locul unde aceasta își produce efectele, iar cetățeanul, care va fi informat în prealabil, va fi direct implicat în elaborarea deciziei și deci în participarea efectivă la rezolvarea problemelor de interes public*”.

Principiul descentralizării serviciilor publice reprezintă unul dintre principiile care obligă «guvernarea locală» să fie implicată în elaborarea și dezvoltarea unor

² Art. 5 lit. kk) din O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ, cu modificările și completările ulterioare.

³ Art. 5 lit. x) din O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul Administrativ, cu modificările și completările ulterioare: „*descentralizarea – transferul de competențe administrative și financiare de la nivelul administrației publice centrale la nivelul administrației publice din unitățile administrativ-teritoriale, împreună cu resursele financiare necesare exercitării acestora.*”

⁴ Ioan Alexandru, Mihaela Cărăuș, Sorin Bucur, *Drept administrativ*, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 148.

planuri pe termen mediu și lung care să asigure dezvoltarea comunităților locale sau a «guvernaților locali». Tot în sarcina autorităților publice locale trebuie să fie și stabilirea unor priorități care nu numai că sunt cerute de comunitățile pe care le deservesc, ci acestea trebuie să vizeze interesul public general al grupului.

Recunoașterea interesului local se află la baza procesului de descentralizare „care presupune existența unor organe locale desemnate sau alese de comunitatea locală cu competențe proprii în gestionarea și administrarea afacerilor colectivității în care sunt alese ceea ce implică și o anumită autonomie locală”.

Dinamica crescută a migrației demografice, protecția datelor cu caracter personal, îmbunătățirea condițiilor de acces la serviciile publice, constituirea unor ghișee unice care să poată soluționa probleme administrative multiple, adaptabilitatea serviciilor publice, spre exemplu prin informatizarea proceselor administrative sunt numai câteva dintre provocările societale pe care administrația publică trebuie să le aibă în vedere și pe care trebuie să le rezolve nu numai prin procesul de reformă administrativă, ci și prin îmbunătățirea abilităților pe care le dezvoltă persoanelor care asigură furnizarea tuturor tipurilor de servicii publice – funcționarii publici.

Prin reformarea sistemului administrativ din România, autoritățile administrației publice trebuie să vizeze în mod obligatoriu stabilirea unei serii de priorități și să aibă în vedere obiective clare, sustenabile și realizabile astfel încât, în final, reformarea să devină un demers profesionist și eficient, ale cărui rezultate finale să se îndrepte spre soluționarea provocărilor izvorâte din interesul public general al comunităților locale.

Reforma administrației publice realizată în temeiul principiului descentralizării și al autonomiei locale reprezintă fundamentul pe baza căruia administrația publică răspunde provocărilor societale, prin intermediul serviciilor publice prestate în interiorul comunităților locale.

Aceasta pentru că, noțiunea de serviciu public⁶ în țara noastră „s-a fundamentat în perioada interbelică plecând de la nevoile sociale pe care le satisfăcea statul, serviciul public fiind mijlocul prin care administrația își exercita activitatea.”

II. Aspecte generale privind serviciul public

Pornind de la acest moment de timp, în opinia susținută de Paul Negulescu, serviciul public, trebuie înțeles ca fiind „un organism administrativ, creat de stat, județ, oraș sau comună, cu o competență determinată, cu mijloace financiare procurate din patrimoniul general al administrației publice care l-a creat, pus la dispoziția publicului pentru a satisface în mod regulat și continuu o nevoie cu

⁵ Nicoleta Miulescu, *Servicii publice locale*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 24.

⁶ Vasilica Negruț, *Drept administrativ. Serviciul public. Proprietatea publică* – Curs universitar, Ed. C.H. Beck, București, 2020, p. 1.

caracter general căreia inițiativa particulară nu ar putea să-i dea decât o satisfacție incompletă și intermitentă”.

Astfel, statul își îndeplinește toate funcțiile sale, prin intermediul unei organizații statale, care devine mai complexă odată cu creșterea nevoilor societății, organizație care este alcătuită dintr-un complex de servicii publice.

Prin includerea noțiunii de serviciu public în legea fundamentală, dobândește valențe constituționale și astfel, acestei noțiuni i se definește un statut special în administrația publică locală, prin intermediul unor reglementări exprese⁸ care consacră autoritățile publice locale care dețin competențe de prestare sau de monitorizare a serviciilor publice locale.

Așa cum se susține și în doctrina franceză, *„serviciul public este în primul rând o entitate socială: el cuprinde diversele activități și structuri plasate sub dependența autorităților publice; care se încadrează în «sfera publică», serviciile publice prezintă un set de particularități care interzic orice asimilare companiilor private. Dar serviciul public este și un concept juridic: presupune aplicarea unor norme juridice specifice care derogă de la dreptul comun; «regimul serviciului public» condensează și rezumă ceea ce face dreptul administrativ atât de special. În fine, și mai profund, serviciul public este un operator ideologic: sculptează mitul unui stat generos, binevoitor, preocupat unic de bunăstarea tuturor; serviciul public este «principiul axiologic» care se presupune că guvernează managementul public, scopul la care guvernării și funcționarii publici sunt obligați să se refere, standardul de care depinde legitimitatea acțiunii lor⁹”.*

Pentru același doctrinar francez, termenul de serviciu public *„evocă în același timp aceste trei tipuri de semnificații: instituțional, juridic, ideologic, care se amestecă și se hrănesc în mod constant reciproc: la fel cum realitatea funcționării concrete a serviciilor publice tinde să fie ascunsă prin ecranul mitului, forța sa motrice produce o serie de efecte sociale tangibile; în ceea ce privește regimul juridic, ajută la consolidarea mitului și la cristalizarea realității. Serviciul public este așadar o noțiune complexă, în care realul și mitul se amestecă într-un mod indiscernabil, inseparabil și indisolubil, unite prin cimentul dreptului¹⁰”.*

Noțiunea de serviciu public este privită ca *„piesa centrală, adevărata cheie de boltă a construcției statului: aceasta este cea care permite ca spațiul statului să se închidă pe sine, prin trasarea unei linii ferme de demarcație între public și privat, dar*

⁷ Paul Negulescu, *Tratat de drept administrativ*, volumul I, Tipografia Române Unite, București, 1925, p. 123.

⁸ Art. 122 alin. (1) din Constituția României, republicată: *„Consiliul județean este autoritatea administrației publice pentru coordonarea activității consiliilor comunale și orașenești, în vederea realizării serviciilor publice de interes județean”.*

⁹ Jacques Chevallier, *Le service public*. Presses Universitaires de France, 2010, pp. 3-8.

¹⁰ Jacques Chevallier, *Ibidem*.

de asemenea, să integreze diferitele elemente ale teoriei statului, prin amalgamarea lor, printr-o alchimie ciudată, într-un tot conceptual unitar și coerent¹¹”.

Codul administrativ formulează o definiție în sens restrâns a serviciului public de „*activitate sau ansamblu de activități organizate de o autoritate a administrației publice ori de o instituție publică sau autorizată/autorizate ori delegată de aceasta, în scopul satisfacerii unei nevoi cu caracter general sau a unui interes public, în mod regulat și continuu*”.

O definiție în sens restrâns a serviciului public este susținută și de Legea contenciosului administrativ, care îi dă sensul de activitate „*organizată sau, după caz, autorizată de o autoritate publică, în scopul satisfacerii unui interes legitim public*¹²”.

Cele două definiții în sens formal ale noțiunii de serviciu public, se conturează în jurul a două constante întâlnite în administrația publică, a cărei definiție normativă am expus-o la începutul articolului, care sunt autoritățile publice și interesul public.

Autoritățile publice sunt de două feluri, cele statale cu competențe extinse la nivel național, regional sau local și cele ale administrației publice locale sau așa cum i-am numit «gubernanții locali» cei care, sunt cei mai în măsură să răspundă provocărilor societale, prin intermediul serviciilor publice prestate în interiorul comunităților locale.

Cele două noțiuni, autorități publice și autorități ale administrației publice locale care reprezintă una dintre constantele care conturează noțiunea de serviciu public sunt definite într-o manieră modernă și detaliată de Codul administrativ¹³, iar cealaltă constantă care conturează noțiunea de serviciu public și este vorba aici despre interesul public, este definită de Legea contenciosului administrativ¹⁴ și vizează satisfacerea nevoilor comunitare.

¹¹ Jacques Chevallier, *Ibidem*.

¹² Art. 2 alin. (1) lit. m) din Legea nr. 554/2004 Legea contenciosului administrativ, cu modificările și completările ulterioare.

¹³ Art. 5 lit. k), l), m) și n) din O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ, cu modificările și completările ulterioare:

k) „*autoritatea publică - organ de stat sau al unității administrativ-teritoriale care acționează în regim de putere publică pentru satisfacerea unui interes public*”;

l) „*autoritatea administrației publice - autoritate publică care acționează pentru organizarea executării sau executarea în concret a legii sau pentru prestarea serviciilor publice*”;

m) „*autoritățile deliberative la nivelul unităților administrativ-teritoriale - consiliile locale ale comunelor, ale orașelor și ale municipiilor; Consiliul General al Municipiului București, consiliile locale ale subdiviziunilor administrativ-teritoriale ale municipiilor și consiliile județene*”;

n) „*autoritățile executive la nivelul unităților administrativ-teritoriale - primarii comunelor, ai orașelor, ai municipiilor, ai subdiviziunilor administrativ-teritoriale ale municipiilor, primarul general al municipiului București și președintele consiliului județean*”.

¹⁴ Art. 2 alin. (1) lit. r) din Legea nr. 554/2004 Legea contenciosului administrativ, cu modificările și completările ulterioare: „*interes legitim public - interesul care vizează ordinea de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, satisfacerea nevoilor comunitare, realizarea competenței autorităților publice*”.

Legea privind finanțele publice locale nr. 273/2006, este una dintre normele juridice care extinde sensul noțiunii de serviciu public la instituție publică locală care reprezintă în sensul acestei norme „denumirea generică, incluzând comunele, orașele, municipiile, sectoarele municipiului București, județele, municipiul București, instituțiile și serviciile publice din subordinea acestora, cu personalitate juridică, indiferent de modul de finanțare a activității acestora¹⁵”.

Deci, noțiunea de serviciu public trebuie privită și analizată din dublă perspectivă și anume, atât în sens formal, cât și în sens material.

Din aceste motive, noțiunea de serviciu public „este greu de înțeles și definit: folosită în domenii conceptuale foarte diverse, este saturată de sensuri multiple care se suprapun, se intersectează, se referă unele la altele și între care alunecarea este constantă¹⁶”.

Pornind de la toate aceste elemente, în doctrină¹⁷ serviciul public a fost definit ca fiind „acea organizație de stat sau a colectivității locale, înființată de autoritățile competente cu scopul de a asigura satisfacerea unor cerințe ale membrilor societății, în regim de drept administrativ sau civil, în procesul de executare a legii”.

Un alt autor¹⁸ definea serviciul public ca fiind „activitatea desfășurată sau autorizată de un organ administrativ prin care se realizează nevoi sociale de interes public”.

Serviciul public este o componentă fundamentală a administrației publice, „cu atât mai mult cu cât conceptul de serviciu public prin modalitățile de organizare, dar și prin conținutul său, reprezintă chintesența administrației publice¹⁹”, așa cum se susține și în doctrina de specialitate.

Componenta materială a serviciului public, constă în activitatea prin care este satisfăcut interesul public general, în mod continuu și neîntrerupt, iar componenta organică este constituită din ansamblul de agenți și de mijloace afectate de către o autoritate publică sau de către un furnizor privat autorizat pentru realizarea unei nevoi de interes public.

Cele două componente ale serviciului publice sunt imposibil de a fi dissociate una de cealaltă, fiind că activitățile nu pot fi prestate fără a exista organismele prestatoare de servicii publice.

Deci, sensul funcțional al serviciului public vizează o activitate de interes general care este desfășurată de organismele administrației publice pentru satisfacerea unui interes general în mod continuu, iar sensul organic este definit ca fiind un ansamblu

¹⁵ Art. 2 alin. (1) pct. 39 din Legea privind finanțele publice locale nr. 273/2006, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁶ Jacques Chevallier, *Ibidem*.

¹⁷ Ioan Alexandru, Mihaela Cărăuș, Sorin Bucur, *Idem*, p. 170.

¹⁸ Verginia Vedinaș, *Drept administrativ*, ed. a XII-a revăzută și actualizată, Ed. Universul Juridic, București 2020, p. 560.

¹⁹ Ioan Alexandru, Mihaela Cărăuș, Sorin Bucur, *idem*, p. 168.

de structuri sau un ansamblu de agenți ai administrației publice prin care sunt realizate activitățile de interes general.

Pornind de la autoritățile administrației publice care sunt organe de stat sau ale administrației locale, continuând cu instituțiile publice cu sau fără personalitate juridică și cu primăriile care reprezintă structuri funcționale, serviciile publice trebuie încadrate perfect în categoria structurilor funcționale ale administrației publice care acționează pentru soluționarea problemelor de interes general ale comunităților locale.

Pentru a ne afla în prezența unui serviciu public, este necesar ca acesta să fie stabilit printr-o normă juridică și să îndeplinească cumulativ următoarele condiții: să satisfacă cerințele publice ale membrilor societății; activitatea să fie desfășurată în executarea legii, deci sub autoritatea unui organ al statului; să îndeplinească prerogative de putere publică; finanțarea să fie asigurată prin subvenții de la bugetul de stat sau prin intermediul veniturilor proprii.

III. Trăsăturile serviciului public

Recunoașterea caracterului de serviciu public al unei activități sau al unui ansamblu de activități se face în mod obligatoriu printr-o normă juridică de tip normativ.

Norma juridică de reglementare a unui serviciu public trebuie să conțină o serie de elemente, după cum urmează și care sunt prezentate doar la nivel enunțiativ și nu limitativ: tipul de activitate sau ansamblul de activități care constituie serviciul public, care sunt obiectivele serviciului public, tipul de serviciu, structura funcțională în responsabilitatea căreia se află prestarea serviciului public, modul de gestionare a serviciului public, sursele de finanțare, care sunt modalitățile de evaluare, control sau de monitorizare a prestării serviciului public, sancțiuni aplicate, standarde de cost și de calitate și, mai pot fi adăugate orice alte elemente specifice în funcție de particularitățile fiecărui serviciu public.

Deci pentru a ne afla în prezența unui serviciu public, trebuie îndeplinite cumulativ mai multe condiții:

- satisfacerea cerințelor generale ale membrilor comunității locale;
- înființarea serviciului public să se realizeze în baza unei norme juridice;
- activitatea să fie prestată în executarea legii;
- să aibă asigurate resurse financiare necesare funcționării.

Din analiza definițiilor asociate serviciului public, pot fi reținute următoarele trăsături specifice, care trebuie să fie catalogate totodată ca fiind și principii de organizare și funcționare ale serviciului public:

- continuitatea serviciului public;

Această trăsătură rezultă din permanența statului și din cerința comunităților locale de asigurare a nevoilor generale publice fără întrerupere. Astfel prin înființarea

unui serviciu public „*autoritățile publice recunosc existența unei anumite nevoi și acceptă să asigure pentru viitor satisfacerea ei, pe considerentul că aceasta prezintă un caracter imperios pentru viața națională și locală*²⁰”.

-scopul serviciului public este reprezentat de satisfacerea unei nevoi publice de interes general;

Scopul serviciului public și implicit activitatea care reprezintă serviciul public, trebuie să fie transpusă în concret prin intermediul unei norme juridice, ceea ce înseamnă că „*nu orice nevoie exprimată la un moment dat în societate poate fi catalogată drept o nevoie de interes public*²¹”.

- prestarea serviciului public să fie realizată de organisme publice sau de către agenți privați autorizați sau monitorizați de un organism public;

Oricare ar fi forma de organizare și funcționare a serviciilor publice, implicit există un organism public care fie prestează serviciul public în vederea realizării nevoii generale, fie exercită un drept de monitorizare asupra agentului privat, pe care l-a autorizat pentru prestarea serviciului public.

- egalitatea beneficiarilor în fața serviciilor publice;

Aceasta înseamnă că principiul constituțional general valabil de egalitate în fața legii și a autorităților publice a cetățenilor, este transpus și în acest domeniu al serviciilor publice, generând în final o egalitate concretă. Principiul activează pentru toți cetățenii, cu precădere însă, celor care se adresează și sunt într-o relație administrativă cu serviciul public.

- eficiența și eficacitatea serviciilor publice; Această trăsătură a serviciilor publice impune ca odată cu creșterea nevoilor societale coroborată cu restrângerea cheltuielilor bugetare, să fie maximizate rezultatele activității prestate în raport cu resursele utilizate. Eficiența ar putea fi măsurată, în cazul serviciilor publice, prin gradul de deservire a comunităților locale, cetățenii deserviți fiind considerați clienți către care trebuie să se îndrepte toate acțiunile serviciilor publice prestate.

- adaptabilitatea serviciilor publice.

De fapt, adaptabilitatea serviciilor publice este o trăsătură care nu rezultă în mod expres din definiția clasică a serviciului public ci, mai degrabă este o trăsătură care rezultă din evoluția societății și a comunităților locale pe care le deservesc.

Și serviciile publice sunt supuse progresului, „*adică prestațiile către beneficiari trebuie să crească neîncetat atât calitativ, cât și cantitativ*²²”.

Această trăsătură, pe care de fapt Codul administrativ²³ o cataloghează ca fiind un principiu al serviciilor publice, necesită o dezvoltare fără precedent, astfel încât

²⁰ Ioan Alexandru, Mihaela Cărăuș, Sorin Bucur, *Idem*, p. 173.

²¹ Verginia Vedinaș, *Idem*, p. 561.

²² Ioan Alexandru, Mihaela Cărăuș, Sorin Bucur, *Idem*, p. 175.

²³ Art. 580 alin. (5) din O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul Administrativ, cu modificările și completările ulterioare: „*Principiul adaptabilității serviciului public reprezintă faptul că, în vederea îndeplinirii obiectivelor sale, administrația publică are obligația de a răspunde nevoilor societății*”.

serviciile publice să poată răspunde provocărilor societale generate de nevoile tot mai crescânde ale calității și cantității serviciilor publice cerute de comunitățile locale.

IV. Concluzii

Pentru a satisface nevoile foarte variate ale comunităților locale, administrația publică este cea care trebuie să aprecieze suficient și criticabil inițiativa particulară a totalității persoanelor fizice cu domiciliul dintr-o unitate administrativ-teritorială sau pe scurt, dintr-o colectivitate locală.

Cum se susține și în doctrină²⁴, *„lista nevoilor a căror satisfacere trebuie asigurată prin intervenția administrației publice sau direct de aceasta este fixată în funcție de curentele ideologice, situația economică și socială, posibilitățile financiare și tehnice ale locului și momentului”*.

Ca atare, *„competența de înființare (organizare a structurilor responsabile pentru serviciile care răspund în principal nevoilor specifice colectivității locale aparține autorităților administrației publice locale”²⁵*.

În concluzie pentru a face față provocărilor societale autoritățile administrației publice locale trebuie să desfășoare câteva activități prealabile înființării, organizării și funcționării serviciilor publice.

Mai întâi este necesară identificarea nevoilor comunităților locale deservite; identificarea rezultatelor pe care le așteaptă comunitatea locală de la prestarea serviciului public; o previzionare pe termen lung a evoluției comunității locale; impunerea unei participări active a comunității locale în procesul de decizie privind înființare serviciului public și nu în ultimul rând să prezinte o adaptabilitate sporită la evoluția tehnologică.

²⁴ Ioan Alexandru, Mihaela Cărăuș, Sorin Bucur, *idem*, p. 171.

²⁵ Vasilica Negruț, *idem*, p. 14.

STUDIU PRIVIND AUTONOMIA DREPTULUI COMERCIAL ÎN LUMINA NOULUI COD CIVIL

Drd. Bianca STROE

Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept

Abstract

With the entry into force on 1 October 2011 of Law No 287/2009 on the Civil Code, the issue of the autonomy of commercial law has reappeared, a long-standing topic in the legal literature. An analysis of the opinions expressed recently in various studies and public conferences leads to the observation that the dominant note is a form of scepticism regarding the new configuration of the commercial law, which is still considered a subject in its own right.

Keywords: *commercial law, civil law, professionals, enterprise, obligations*

I. Introducere

Prin prisma specificului raporturilor comerciale, s-a concretizat necesitatea unor reglementări ale acestor raporturi și subsecvent, apariția unei subramuri a dreptului privat, având denumirea de „drept comercial”. Crearea dreptului comercial sub forma unei subramuri a dreptului privat este determinată de codificarea raporturilor comerciale, însă, încă din prima jumătate a secolului al XX-lea, a devenit de actualitate discuția privind autonomia dreptului comercial. Subiectul a devenit astringent mai ales în urma abrogării Codurilor comerciale de către unele state, printre care și Țările scandinave, Olanda, Italia, Elveția, și implicit a adoptării de Coduri civile care au încorporat și o parte din raporturile specifice activității comerciale¹.

În continuare vom exemplifica succint cele mai relevante argumente atât în detrimentul, cât și în favoarea autonomiei dreptului comercial.

II. Argumentele invocate în favoarea unității dreptului privat

Au fost aduse mai multe argumentele în scopul susținerii unității dreptului privat²:

¹ V. Nemeș, *op. cit.*, p. 4.

² A se consulta St. D. Cărpenaru, *op. cit.*, p. 16.

a) Scindarea dreptului privat în atât în drept civil, cât și în drept comercial, a generat dificultăți de sensul interpretării, întrucât existau anumite instituții juridice, cum ar fi contractul de vânzare, care se aflau sub guvernarea a două categorii de norme juridice: unele integrate în cadrul Codului civil, iar altele încorporate în Codul comercial. Această diviziune îngreuna activitatea instanțelor judecătorești în sensul stabilirii naturii juridice, respectiv dacă aceasta era civilă ori comercială cu privire la litigiul dedus judecății;

b) O reglementare unitară consolidează protecția necomercianților, deoarece are aplicabilitate în privința tuturor participanților la raportul comercial;

c) Deoarece enumerarea faptelor de comerț este cu titlu enunțiativ, există pericolul aplicării legii comerciale și în segmentul activității desfășurate de necomercianți și, subsecvent, de a impune acestora obligațiile specifice comercianților;

d) Ramura dreptului comercial nu beneficiază de principii generale proprii, motiv pentru care, în situațiile în care se impune calificarea unor instituții, se face trimitere la regulile aplicabile dreptului civil, respectiv la explicațiile acestora, cum ar fi: contract *sui generis*, excepție de la dreptul comun. Mai mult decât atât, în materia dreptului comercial se operează cu noțiuni juridice identice cu cele din dreptul civil, cum ar fi: obligație, prescripție, contract, persoană juridică;

e) În contextul recunoașterii uzurilor (obiceiurilor) ca fiind izvoare de drept în materie comercială, se asistă la o delegare a atribuțiilor legislative comercianților, întrucât uzurile iau naștere cu precădere din practica comercianților;

f) În unele state cum ar fi, Olanda, Italia, Elveția, țările scandinave, s-a creat o „comercializare a dreptului civil”, motiv pentru care nu mai există o reglementare autonomă a dreptului comercial³.

III. Argumentele prezentate în favoarea autonomiei dreptului comercial

La fel ca în cazul susținerii unității dreptului privat, există și în favoarea autonomiei dreptului comercial o multitudine de argumente⁴:

a) Necesitatea aplicării legii comerciale cu privire la unele raporturi juridice dintre comercianți și necomercianți derivă din nevoia unei reglementări unitare a raportului juridic comercial. Un aspect important de avut în vedere este acela că este supus dispozițiilor legii comerciale numai raportul juridic, nu și persoana care îl săvârșește, adică necomerciantul;

b) Dificultățile generate de scindarea dreptului privat în drept civil, respectiv drept comercial nu constituie un factor hotărâtor, întrucât astfel de dificultăți se manifestă și în cadrul altor ramuri ale dreptului, cum ar fi dreptul familiei, dreptul muncii sau dreptul transporturilor;

³ A se vedea V. Nemeș, *op. cit.*, p. 5, *apud* Gheorghe Piperea, *Drept comercial*, vol. 1, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 10.

⁴ St. D. Cărpenaru, 2009, *op. cit.*, p. 17.

c) Problemele care intervin privind determinarea sferei de aplicabilitate a dreptului comercial, cât și de calificare juridică a operațiunilor comerciale, pot fi eliminate prin intermediul enumerării limitative a faptelor de comerț;

d) În cadrul dreptului comercial, de principiu, uzurile sunt reglementate cu caracter excepțional, acestea având un rol preponderent interpretativ, și anume de a facilita interpretarea voinței părților contractante. Totuși, uzurile sunt utilizate și de dreptul civil, nu numai de dreptul comercial. Codul civil prevede tocmai în cadrul primului articol că reprezintă izvoare ale dreptului civil „legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului”⁵. În situațiile care nu beneficiază de acoperire legală, capătă aplicabilitate uzanțele, iar în absența acestora, dispozițiile legale referitoare la situații similare, iar în lipsa unor asemenea dispoziții, principiile generale ale dreptului;

e) Raporturile juridice comerciale și civile nu prezintă omogenitate în privința scopului și a naturii, după cum afirmă adepții unității dreptului privat. Încă nu s-a atins un grad de uniformizare a activității comercianților și necomercianților, în așa fel încât activitățile lor să facă obiectul aceleiași reglementări juridice⁶. Cu titlu exemplificativ pot fi precizate operațiunile de vânzare-cumpărare; în vreme ce comerciantul achiziționează cu intenția de a revinde ulterior având scopul de a obține profit, consumatorul cumpără cu unicul scop de a-și satisface nevoile proprii sau ale familiei sale.

Lipsă de concordanță la nivel de natură și scop se poate identifica și între o întreprindere ce este organizată de un liber profesionist, comparativ cu o întreprindere organizată de către un comerciant. Spre exemplu, avocatul, medicul, executorul judecătoresc sau notarul public își organizează activitatea în așa fel încât se prezintă ca o veritabilă întreprindere în accepțiunea art. 3 C. civ.⁷, iar cei care întreprind astfel

⁵ Art. 1, Cod civil: Izvoarele dreptului civil:

(1) Sunt izvoare ale dreptului civil legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului.

(2) În cazurile neprevăzute de lege se aplică uzanțele, iar în lipsa acestora, dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare, iar când nu există asemenea dispoziții, principiile generale ale dreptului.

(3) În materiile reglementate prin lege, uzanțele se aplică numai în măsura în care legea trimite în mod expres la acestea.

(4) Numai uzanțele conforme ordinii publice și bunelor moravuri sunt recunoscute ca izvoare de drept.

(5) Partea interesată trebuie să facă dovada existenței și a conținutului uzanțelor. Uzanțele publicate în culegeri elaborate de către entitățile sau organismele autorizate în domeniu se prezumă că există, până la proba contrară.

(6) În sensul prezentului cod, prin uzanțe se înțelege obiceiul (cutuma) și uzurile profesionale.

⁶ St. D. Cârpenaru, *op. cit.*, p. 17.

⁷ Art. 3. Aplicarea generală a Codului civil:

(1) Dispozițiile prezentului cod se aplică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil.

(2) Sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere.

de activități sunt de asemenea percepuți ca fiind profesioniști în viziunea aceluiași articol, cu precizarea că activitatea și, implicit scopul unor astfel de întreprinderi, se diferențiază în mod substanțial de cele aferente întreprinderilor comerciale.

Activitățile care sunt specifice întreprinderilor liberale nu prezintă caracter economic, așa cum este cazul în privința întreprinderilor comerciale.

De asemenea, specificul activităților întreprinderilor liberale nu presupun un scop lucrativ sau speculativ.

Prin intermediul desfășurării activității în cadrul unei întreprinderi liberale nu se urmărește obiectivul de a se obține profit, așa cum este cazul în privința întreprinderilor comerciale, ci se au în vedere activități ce prezintă un profund caracter social, iar în subsecvent beneficiarul plătește o remunerație⁸.

Așadar, diferența principală rezidă în faptul că, deși activitatea întreprinderii liberale nu are caracter dezinteresat (cu titlu gratuit), ci există o obligație de plată a unei remunerații pentru serviciul prestat, totuși activitatea respectivă nu are caracter lucrativ, având în vedere că nu se urmărește obținerea de profit.

Întreprinzătorului întreprinderii liberale nu îi revine obligația de a fi înregistrat în registrul comerțului. Acesta nu își organizează întreprinderea în aceeași parametri ca și comerciantul, adică în vederea obținerii de profit, ci pentru a-și pune la dispoziția publicului larg, abilitățile și cunoștințele dobândite în domeniul în care își are specializarea.

Întreprinderea liberală este indisolubil legată de profesia întreprinzătorului, în vreme ce întreprinderea comercială nu implică o astfel de specializare a celor care o organizează. De exemplu, persoanele care decid să se asocieze în vederea constituirii unei societăți comerciale ce are ca obiect de activitate domeniul construcțiilor, nu trebuie neapărat să fie de profesie ingineri sau constructori, pe când notarii, avocații sau medicii nu își pot desfășura activitatea în cadrul unei întreprinderi liberale dacă nu dețin o calitate specifică activității pe care urmează să o presteze.

IV. Concluzii

Specificitatea dreptului comercial nu poate fi pusă la îndoială, iar dovada vitalității acestuia o constituie tocmai experiența din statele care au realizat din punct de vedere formal, unificarea dreptului privat⁹.

De altfel, dreptul comercial ca ramură de drept și ca obiect de studiu în universități, continuă a exista și în țările ce au adoptat un cod unic, precum Italia, în

(3) Constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu un scop lucrativ.

⁸ V. Nemeș, *op. cit.*, p. 6.

⁹ I.L. Georgescu, *op. cit.*, p. 73.

ciuda adoptării Codului civil din 1942¹⁰. Totodată, mare parte din instituțiile juridice ce țin de știința dreptului comercial vor continua să fie reglementate de legislația specială.

Deși în noua reglementare s-a renunțat la fundamentele originale ale dreptului comercial, pilonii de rezistență ai acestei structuri, și anume faptele de comerț și comerciantul, așa cum s-a reținut și în doctrină¹¹, rămân definitorii elementele ce conferă specificitate dreptului comercial, respectiv: rolul dominant al persoanei comercianților, celeritatea operațiunilor comerciale, instituția aparenței, respectiv importanța și securitatea creditului.

Dreptul comercial prezintă un caracter mult mai pragmatic, în comparație cu dreptul civil, acest aspect transpare din lipsa de preocupare pentru conturarea unei teorii generale¹², prevalând interesul pentru oferirea comercianților a unor tehnici concise, rapide, eficiente și, în același timp, sigure.

¹⁰ Mai mult decât atât, legiuitorul nu se poate dezice de cuvântul „comercial”; cu titlu exemplificativ, art. 945 alin. (2) în care se face referire la „bunurile cu valoare comercială”.

¹¹ Y. Guyon, *Droits des affaires*, Ed. Economica, Paris, 1998, p. 4-5.

¹² Y. Guyon, *op. cit.*, p. 4-5.

PUTEREA DE DECIZIE A MINORULUI ÎN CONSIDERAREA DISPOZIȚIILOR ARTICOLULUI 490 COD CIVIL

*Lect. univ. dr. Codruța GUZEI-MANGU
Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara*

Abstract

This paper aims to analyse the provisions of the Civil Code on the power of decision of the minor conferred to him by the normative provisions of Art. 490 para. (1) of the Civil Code, which regulate the exercise and fulfilment of parental rights and duties by a minor of 14 years of age. In this respect, we will try to identify the concrete consequences of this decision-making power of the minor in relation to matters regarding the tortious civil liability, the legal duty of child support, the legal regime concerning medical decisions requiring informed consent and legal guardianship.

Keywords: *minors, parental authority, right to privacy, civil liability, parental duty of supervision, legal duty of child support, informed consent, legal guardianship*

1. Considerații generale

Prezenta lucrare abordează tema puterii de decizie a minorului ca urmare exercitării autorității părintești asupra copilului său, respectiv modul în care în care sunt exercitate și îndeplinite drepturile și îndatoririle părintești și consecințele concrete pe care exercițiul și executarea acestora le determină.

Premisa necesară în vederea exercitării autorității părintești este stabilirea legăturii de filiație dintre părinte și copilul său.

Potrivit art. 408 C. civ., filiația față de mama rezultă din faptul nașterii. De asemenea, această legătură de filiație poate fi stabilită și prin recunoaștere sau prin hotărâre judecătorească. Filiația față de tată se stabilește, în funcție dacă vorbim despre un copil născut în cadrul unei căsătorii sau în afara acesteia, prin efectul prezumției de paternitate în prima situație și prin recunoaștere sau prin hotărâre judecătorească, după caz, în cea de-a doua situație

Potrivit art. 417 C. civ., „Minorul necăsătorit îl poate recunoaște singur pe copilul său, dacă are discernământ la momentul recunoașterii”. Astfel, în temeiul acestui text normativ, legislatorul prevede că minorul are dreptul de a face o recunoaștere a copilului său, stabilind astfel o legătură de filiație cu acesta. Actul juridic de

recunoaștere va fi realizat singur de către minor, înțelegând că acestuia nu îi vor fi aplicate regulile de la reprezentarea legală a minorului sau cele de la asistarea minorului prin intermediul unui consimțământ de încuviințare din partea ocrotitorului legal, în funcție de vârsta pe care minorul o are la momentul în care loc recunoașterea de filiație din partea sa. În conținutul articolului legislatorul nu face referire la capacitatea de exercițiu necesară pentru a face actul de recunoaștere de filiație, singura condiție pe care o impune fiind cea care potrivit căreia, la momentul recunoașterii, minorul să aibă discernământ. Este vorba despre minorul necăsătorit, așa cum rezultă din titlul marginal al articolului și din conținutul acestuia.

Condiția discernământului prevăzută de către legislator apreciem că ar trebui să o raportăm capacitatea minorului de a înțelege¹, de o manieră critică și predictivă, consecințele actului juridic de recunoaștere de filiație, ținând seama de vârsta la care este făcută recunoașterea și gradul de maturitate a minorului și stadiul de dezvoltare a discernământului acestuia.

Credem că rațiunea modului în care este reglementat acest articol se găsește în respectarea principiului interesului superior al copilului², de această dată privit atât din perspectiva părintelui minor care face recunoașterea, cât și din cea a copilului față de care se face recunoașterea, și, de asemenea, în respectarea dreptului la viață privată a copilului³. Astfel, este în interesul superior al copilului și în sensul respectării dreptului la viață privată a copilului ca acesta să își cunoască identitatea sa biologică și să aibă o legătură de filiație stabilită conform legii și care să corespundă legăturii de filiație biologice.

În continuare, ca o consecință firească a stabilirii legăturii de filiație între un părinte minor și copilul său, se prezintă reglementarea materiei autorității părintești când părintele este un minor.

Cu privire la acest aspect, sunt redactate prevederile art. 490 C. civ., care stipulează la alin. (1) că „Părintele minor care a împlinit vârsta de 14 ani are numai drepturile și îndatoririle părintești cu privire la persoana copilului”, iar la alin. (2) că

¹ Cu referire la diferențele între vârsta psihologică și vârsta determinată de lege necesară pentru dobândirea capacității depline de exercițiu, a se vedea M.M. Pivniceru, C. Luca, *Interesul superior al copilului. Expertiza psihologică în caz de separarea/divorțul părinților*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 2.

² Pentru o privire detaliată asupra principiului interesului superior al copilului, a se vedea O. Ghiță, S. Cercel, *Interesul superior al copilului*, 2020, disponibil la <https://www.universuljuridic.ro/inte-resul-superior-al-copilului/>.

³ În sensul că stabilirea identității biologice a copilului este un aspect esențial al identității personale și că este cuprins în sfera dreptului la viață privată, prevăzut de art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, s-a pronunțat Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauze precum: cauza Mikulic împotriva Croației, CEDO, 2002, cauza Jaggi împotriva Elveției, CEDO, 2003, cauza Phinikaridou împotriva Ciprului, CEDO, 2007, cauza Kruskovici împotriva Croației, CEDO, 2011, cauza Schneider împotriva Germaniei, CEDO, 2011, cauza Lambert și alții împotriva Franței, CEDO, 2015.

„Drepturile și îndatoririle cu privire la bunurile copilului revin tutorelui sau, după caz, altei persoane, în condițiile legii”.

În doctrină⁴, dispozițiile art. 490 alin. (1) C. civ. sunt văzute ca fiind o aplicare *in concreto* a art. 48 din Constituție, „creșterea, educația și instruirea copilului” (s.n.) fiind principalele drepturi și îndatoriri ale părinților cu privire la persoana copilului.

Conținutul articolului 490 C. civ. constituie premisa necesară, cea a capacității de folosință⁵ cu privire la drepturile și îndatoririle părintești ale minorului de 14 ani, pentru ca, mai apoi, în baza acesteia, părintele minor să poată exercita și îndeplini toate drepturile și obligațiile pe care Codul civil și reglementările speciale în materie le prevăd în sarcina și în beneficiul părinților față de persoana copilului.

Astfel, art. 490 C. civ., prin raportare la art. 483 C. civ., se prezintă ca o precizare a celui din urmă, arătând drepturile și îndatoririle părintești vor fi exercitate și îndeplinite de către părinții minori cu respectarea anumitor limitări. Astfel, o primă limită este cea potrivit căreia părintele minor va exercita drepturile și atribuțiile specifice autorității părintești numai dacă acesta a împlinit vârsta de 14 ani⁶, iar o a doua limită privește sfera drepturilor și îndatoririlor părintești care vor fi exercitate de către părintele minor, în sensul că acesta va exercita drepturile și obligațiile părintești numai cu privire la persoana copilului, urmând ca latura patrimonială, respectiv bunurile copilului să fie administrate de către un tutore sau de către o altă persoană, în condițiile legii.

Astfel, în cazul în care părintele minor nu are împlinită vârsta de 14 ani, autoritatea părintească nu va fi exercitată de către acesta, nici cu privire la persoana copilului și nici cu privire la bunurile acestuia.⁷ Observăm, așadar, că deși în temeiul art. 417 C. civ. recunoașterea de filiație poate fi făcută și de un minor care are vârsta sub 14 ani, dacă are discernământ la momentul recunoașterii, totuși, legiuitorul a stabilit că autoritatea părintească, cu privire la persoana copilului, nu îi va reveni acestuia decât la momentul în care va împlini vârsta de 14 ani. Astfel, legiuitorul

⁴ T. Bodoască, A. Drăghici, Opinii privind drepturile și îndatoririle părintești ale părintelui minor conform art. 490 Cod civil, 2017, disponibil la <https://www.universuljuridic.ro/opinii-privind-drepturile-si-ndatoririle-parintesti-ale-parintelui-minor-conform-art-490-c-civ/>.

⁵ *Ibidem* – Autorii apreciază că formularea articolului 490 C. civ. „este specifică capacității de folosință” (s.n.). În legătură cu acest aspect, în doctrină - C.-C. Hageanu, *Dreptul familiei și actele de stare civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 288 – a fost formulată și opinia potrivit căreia art. 490 C. civ. redă „o capacitate de exercițiu specială” (s.n.).

⁶ Restrângerea drepturilor părintelui minor, în sensul că acesta va putea să exercite autoritatea părintească asupra copilului său doar dacă a împlinit vârsta de 14 ani și numai cu privire la persoana copilului este apreciată în doctrină ca fiind una întemeiată de principiul interesului superior al copilului – B. Moloman, L.-C. Ureche, *Autoritatea părintească*, 2016, disponibil la <https://www.universuljuridic.ro/autoritatea-parinteasca/2/>.

⁷ A.R. Motica, *Dreptul civil al familiei. Raporturile nepatrimoniale, Curs teoretic și practic*, ed. a III-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2021, p. 311, T. Bodoască, A. Drăghici, I. Puie, I. Maftai, *Dreptul familiei*, ed. a II-a conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 560.

prevede posibilitatea realizării recunoașterii de filiație înainte de vârsta de 14 ani, pentru că este în interesul superior al copilului ca acesta să își poată cunoaște identitatea biologică, dar, tot cu scopul de a fi respectat interesul superior al minorului, legislatorul dispune că autoritatea părintească, în considerarea vârstei fragede a părintelui minor, nu va fi exercitată de către acesta, față de copil fiind necesar a se lua o măsură de ocrotire până la data la care părintele său împlinește vârsta de 14 ani, moment în care, apreciem că, în virtutea art. 490 alin. (1) C. civ., drepturile și îndatoririle părintești cu privire la persoana copilului vor fi reveni și vor fi preluate, de drept, de către părintele minor, iar, în consecință, măsura de ocrotire⁸ a copilului dispusă anterior va înceta să își mai producă efecte cu privire la această parte din conținutul autorității părintești, anume cea privitoare la persoana copilului.

În ipoteza în care părintele minor dobândește capacitate deplină în mod anticipat, prin încheierea unei căsătorii sau prin emancipare, autoritatea părintească va fi exercitată de către acesta, cu privire la ambele laturi ale acesteia, anume atât cu privire la persoana copilului, cât și cu privire la patrimoniul acestuia⁹.

În situația în care părintele minor are împlinită vârsta de 14 ani, dar a fost pus sub interdicție judecătorească în temeiul art. 164 alin. (1) C. civ., înainte ca acest text de lege să fie declarat neconstituțional, și este lipsit de capacitate de exercițiu, autoritatea părintească nu va fi exercitată de către acesta cu privire la niciuna dintre dimensiunile acesteia, respectiv cea personală și cea patrimonială a copilului. În această ipoteză, dacă părintele minor pus sub interdicție judecătorească este părinte unic, filiația față de celălalt părinte nefiind stabilită, acesta nefiind cunoscut, în temeiul art. 110 C. civ., care reglementează cazurile de deschidere a tutelei, se impune numirea unui tutore de către instanța de tutelă pentru a fi exercitată ocrotirea minorului, cu privire la persoana copilului și bunurile acestuia. În ipoteza în care filiația este stabilită față de celălalt părinte, în temeiul art. 507 C. civ., autoritatea părintească va fi exercitată de către celălalt părinte, ținându-se cont, pentru aplicarea regimului juridic corespunzător, de faptul că celălalt părinte este o persoană cu capacitate de exercițiu restrânsă sau cu capacitate de exercițiu deplină.

Revenind la părinții minori care au împlinit vârsta de 14 ani, textul art. 490 C. civ. vizează categoria minorilor cu capacitate de exercițiu restrânsă, cu vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani¹⁰.

În ceea ce privește modul în care minorul de 14 ani va exercita în concret autoritatea părintească cu privire la persoana copilului, pentru raționamentele ce urmează a fi expuse, apreciem că art. 490 alin. (1) C. civ. ar trebui interpretat în

⁸ Cu privire la măsura de ocrotire care va fi dispusă, în lipsa unei reglementări a unui caz de deschidere a tutelei în cadrul art. 110 C. civ. pentru ipoteza analizată, în doctrină se menționează că măsura plasamentului în familia extinsă sau substitutivă ar fi soluția ce se impune. În acest sens, a se vedea B. Moloman, L.-C. Ureche, *op. cit.*

⁹ A.R. Motica, *op. cit.*, p. 311. Vom reveni asupra subiect în finalul lucrării.

¹⁰ *Ibidem.*

sensul că părintele minor va exercita personal și singur toate drepturile și îndatoririle cuprinse de autoritatea părintească cu privire la persoana copilului.

Având în vedere dispozițiile normative din materia tutelei și a autorității părintești, rezultă că în ipoteza în care există părinți, autoritatea părintească va fi exercitată de către aceștia, în mod egal și împreună, sau, în funcție de situație și în condițiile expres prevăzute de lege, de către un singur părinte. Astfel, în prezența părinților, autoritatea părintească va fi exercitată exclusiv de către părinți, fără ca o altă persoană să poată să intervină în procesul decizional, tutela instituindu-se în cazurile în care copilul este lipsit de ocrotire părintească, așa cum rezultă din conținutul art. 110 C. civ. Pentru ca alături de părinți, în exercitarea autorității părintești și a ocrotirii minorului, să intervină o altă persoană care va avea putere decizie în ceea ce îl privește pe copil este nevoie de o prevedere expresă în acest sens, așa cum este cea de la art. 490 alin. (2) C. civ., care prevede că drepturile și îndatoririle cu privire la bunurile copilului revin tutorelui sau unei alte persoane, în condițiile legii. Tocmai faptul că pentru gestionarea bunurilor copilului, legiuitorul prevede în mod expres că aceasta va fi realizată de către o altă persoană decât părintele copilului, ne îndreptățește să credem că în ceea ce privește drepturile și îndatoririle cu privire la persoana copilului, acestea vor fi exercitate singur de către părintele sau de către părinții minori cu capacitate de exercițiu restrânsă, odată ce au împlinit vârsta de 14 ani. Credem că dispozițiile art. 490 alin. (1) C. civ. determină o restrângere cu privire la dreptul de exercita autoritatea părintească cu privire la persoana copilului numai în sensul că aceasta va putea fi exercitată doar dacă părintele minor are vârsta de 14 ani și are capacitate exercițiu restrânsă, nu și în sensul că acesta nu va avea posibilitatea să o exercite personal și singur, ci numai cu încuviințarea propriului ocrotitor legal. Așadar, prin cele două alineate ale art. 490 C. civ., este creată o scindare a autorității părintești având în vedere persoanele care o vor exercita. Astfel, drepturile și obligațiile cu privire la persoana copilului vor fi exercitate de către părintele minor al acestuia, singur și personal, iar drepturile și îndatoririle cu privire la bunurile copilului vor fi exercitate de către tutore sau de către o altă persoană, în condițiile legii, fără ca părintele minor să fie implicat alături de tutore în luarea deciziilor cu privire la administrarea bunurilor copilului.

Având în minte această interpretare, am încercat să ne imaginăm cum va arăta în concret exercitarea și îndeplinirea drepturilor și îndatoririlor părintești cu privire la persoana copilului, când acestea sunt realizate de către un părinte, la rândul său minor și aflat sub ocrotire părintească. Deși, din maniera de reglementare a art. 490 C. civ., la o primă vedere, ar putea părea că gestionarea drepturilor și îndatoririlor părintești cu privire la bunurile copilului ar prezenta o importanță mai însemnată și o dificultate sporită, rațiune pentru care legiuitorul a decis ca aceasta să fie exercitată de către un tutore sau de către o altă persoană, în condițiile legii, iar nu de către părintele minor, apreciem că exercitarea și îndeplinirea drepturilor și îndatoririlor părintești cu privire la persoana copilului nu este lipsită de provocări și de dificultăți, poate chiar mai mari decât cele pe care le-ar presupune administrarea bunurilor

minorului. Ținând seama de importanța materiei reglementate, anume ocrotirea copilului, exercitarea autorității părintești de către părintele minor asupra persoanei copilului său poate să dea naștere la o serie de situații complexe și complicate, deopotrivă. Supunem discuției câteva dintre aceste ipoteze.

2. Ipoteza privitoare la obligația legală de întreținere

Un prim aspect ce ne-a atras atenția este cel cu privire la obligația legală de întreținere pe care părintele minor o datorează copilului, ca una dintre îndatoririle esențiale care fac parte din conținutul autorității părintești cu privire la persoana copilului. Astfel, în temeiul art. 499 alin. (1) C. civ., părinții sunt obligați, în solidar, să acorde întreținere copilului lor minor, prin asigurarea celor necesare traiului de zi cu zi, a educației, a învățaturii și a pregătirii sale profesionale.

În mod firesc, părinții, fiind ținuți la obligația de întreținere a copiilor lor, această obligație va fi suportată de către părintele minor din veniturile și din bunurile sale.

În temeiul art. 42 C. civ., minorul are posibilitatea ca, în prezența încuviințării părinților sau a tutorelui, și, de asemenea, cu respectarea dispozițiilor legii speciale, în funcție de caz, să încheie acte juridice privind munca, îndeletnicirile artistice, sportive sau în legătură cu profesia. Același text de lege ne spune că drepturile și obligațiile rezultate din astfel de acte vor fi exercitate și executate singur de către minor și, de asemenea, acesta va putea dispune singur de veniturile obținute. Astfel, în cazul în care părintele minor a încheiat un act juridic caracterizat de textul de lege antementionat și în condițiile prevăzute de acesta, are posibilitatea să decidă singur, fără încuviințarea ocrotitorului legal, cum să întrebuițeze veniturile obținute dintr-un astfel de act și să le folosească tocmai în scopul de a-și îndeplini, prin intermediul acestora, obligația de întreținere față de copilului său.

În măsura în care aceste venituri nu sunt îndeștălătoare sau părintele minor nu obține astfel de venituri, acesta, pentru a procura mijloacele necesare pentru a executa obligația legală de întreținere față de copilul său, va trebui să apeleze la alte venituri și la alte bunuri din patrimoniul său.

Actele de dispoziție sau de administrare cu privire la bunurile sale, dacă nu îndeplinesc condițiile actelor juridice prevăzute de art. 41 alin (3) C. civ., pe care minorul le poate realiza singur, părintele minor, în temeiul art. 41 alin. (2) C. civ., le poate încheia în mod valabil numai cu încuviințarea ocrotitorului legal și, unde este cazul, cu autorizarea instanței de tutelă. În aceste condiții, se pune problema cum va încheia părintele minor actele de dispoziție și de administrare pe care va trebui să le realizeze pentru a executa obligația de întreținere față de copilul său prin valorificarea bunurilor din patrimoniul său în acest sens. Două posibile soluții s-ar putea contura. Potrivit primeia, părintele minor va încheia actele de dispoziție și de administrare, făcute în scopul de a procura resursele necesare pentru a executa de obligația de întreținere a copilului său, personal și singur, fără încuviințarea ocrotitorului său legal. Potrivit celei de-a doua, părintele minor va încheia personal

aceste acte de dispoziție și de administrare, dar cu încuviințarea ocrotitorului său legal și, în funcție de caz, cu autorizarea instanței de tutelă.

Apreciem că cea de-a doua soluție ar fi cea potrivită, luând în considerare rațiunile ce urmează a fi expuse.

Astfel, în acest caz, părintele minor va încheia personal actul juridic, în prezența încuviințării ocrotitorului legal și, în funcție de situație, cu autorizarea instanței de tutelă, dar aceste încuviințări, respectiv autorizări, nu sunt unele de natura unui control de oportunitate cu privire la decizia părintelui minor de a încheia actul juridic în scopul procurării mijloacelor necesare pentru a executa o obligație legală, anume cea de a da întreținere copilului său, ci ocrotitorul legal și, după caz, instanța de tutelă, prin încuviințarea și autorizarea pe care le dau, veghează asupra încheierii actului în condiții de legalitate și pentru ca acesta să nu fie prejudiciabil prin raportare la patrimoniul părintelui minor.

De asemenea, dacă am alege prima variantă, anume cea în care părintele minor va încheia actele juridice de dispoziție și de administrare singur, fără încuviințare, suntem de părere că s-ar genera un regim juridic paralel și în antiteză cu cel prevăzut de art. 41 alin. (2) C. civ., unul în care, de această dată, părintele minor cu privire la bunurile din patrimoniul său va putea să decidă singur. În acest sens, credem că prevederile art. 490 alin. (1) C. civ. nu sunt redactate în ideea instituirii unui regim derogator de la regulile de încheiere valabilă a actelor juridice de către un minor cu capacitate de exercițiu restrânsă, cuprinse de art. 41 alin. (2) C. civ., câtă vreme, independent de scopul pentru care sunt încheiate actele juridice, vorbim despre același minor, cu capacitate de exercițiu restrânsă, cu un discernământ în curs de formare și în legătură cu care legislatorul a prevăzut necesitatea de a fi ocrotit prin intermediul formalității încuviințării date de către ocrotitorul legal și, dacă se impune, prin autorizarea instanței de tutelă, în cazurile în care se încheie acte juridice cu privire la drepturile din patrimoniul minorului. Faptul că, pentru gestionarea drepturilor și obligațiilor patrimoniale, legiuitorul apreciază că părintele minor nu are, deocamdată, capacitatea necesară să ia singur decizii reiese chiar din reglementarea art. 490 alin. (2), potrivit căruia drepturile și îndatoririle cu privire la bunurile copilului său vor reveni unei alte persoane decât cea părintelui minor, respectiv unui tutore sau unei alte persoane, în condițiile legii.

Apreciem că această soluție, anume cea conform căreia, în scopul obținerii mijloacelor necesare pentru a executa obligația legală de întreținere față de copilul său, părintele minor va încheia acte juridice de dispoziție și de administrare cu privire la drepturile din patrimoniul său, personal, dar în prezența încuviințării ocrotitorului legal și, dacă este cazul, a autorizării instanței de tutelă, este cea mai potrivită și de natură să ocrotească și să respecte atât interesele părintelui minor, cât și ale copilului său. Procedând în acest mod, părintele minor, se va bucura de acte juridice încheiate în condițiile de legalitate și, totodată, ca o consecință directă, de o executare conformă și eficace a obligației de întreținere pe care o datorează copilului său.

3. Ipoteza privitoare la răspunderea civilă delictuală

O a doua problemă care credem că merită a fi abordată este cea care apare în legătură cu instituția răspunderii civile delictuale obiective, anume răspunderea părinților pentru prejudiciul cauzat prin fapta minorului, în temeiul art. 1.372 C. civ.

Fundamentul acestei forme de răspundere se găsește în obligația părinților de a supraveghea copilul lor, îndatorire stipulată în mod expres în art. 493 C. civ. și care rezultă, în mod implicit, din întreg ansamblul drepturilor și îndatoririlor părintești. Răspunderea părinților este o răspundere obiectivă, întemeiată pe ideea de garanție, care are ca justificare riscul de autoritate pe care îl presupune și care determină obligația de supraveghere, care trebuie exercitată asupra minorilor¹¹.

Pentru a fi antrenată această răspundere trebuie să fie îndeplinite, în mod cumulativ, trei dintre condițiile generale ale răspunderii, respectiv prejudiciul cauzat unei terțe persoane, fapta ilicită a minorului și raportul de cauzalitate dintre fapta ilicită și prejudiciu. Vinovăția celui care a săvârșit fapta ilicită cauzatoare de prejudiciu nu este o condiție necesară¹².

Odată dovedite condițiile răspunderii civile prevăzute pentru această formă obiectivă de răspundere, părinții minorului, în speță părintele sau părinții minori, vor fi chemați să răspundă pentru fapta ilicită săvârșită de copilul lor și vor fi ținuți la repararea integrală a prejudiciului suferit de către terț. Părinții vor răspunde cu bunurile din propriul patrimoniu pentru a acoperi prejudiciul cauzat terțului. Așadar, părintele minor va suporta consecințele derivate din exercitarea autorității părintești cu privire la persoana copilului, cu privire specială asupra obligațiilor sale de supraveghere, creștere și educare, iar aceste consecințe se vor răsfrânge în mod direct asupra propriului patrimoniu, pe care legea prevede că nu și-l poate gestiona singur, având nevoie de încuviințarea ocrotitorului legal și, în funcție de caz, de autorizarea instanței de tutelă. Răspunderea părinților, chiar minori fiind, având în vedere că îndeplinesc un rol de garanție față de victima prejudiciului cauzat de copil, va trebui să fie angajată.

În considerarea faptului că părintele chemat să răspundă este un minor, cu privire la gestionarea drepturilor patrimoniale, în considerarea aceluiași argumente prezentate în legătură cu problema obligației de întreținere, apreciem că, în legătură cu executarea obligației de reparare a prejudiciului, născută dintr-un fapt juridic de care legea, prin intermediul instituției juridice a răspunderii civile delictuale leagă consecințe juridice, ocrotitorul legal al părintelui minor va putea să intervină cu privire la demersurile realizate pentru executarea efectivă a obligației. În acest sens, pentru situația în care, în scopul unei executări voluntare a obligației este necesară valorificarea unor bunuri ale minorului prin acte de administrare sau de dispoziție,

¹¹ L. Pop, în L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *Drept civil. Obligațiile*, ed. a II-a, revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 383.

¹² *Idem*, p. 384.

apreciem că acestea vor putea fi încheiate în mod valabil numai cu încuviințarea ocrotitorului legal și, după caz, a autorizării instanței de tutelă. În prezența acestora, actul juridic va putea fi încheiat în condiții de legalitate, care să asigure eficacitatea acestuia și obținerea mijloacelor necesare în vederea executării obligației de reparare integrală a prejudiciului față de victima acestuia. În cazul în care executarea obligației nu va fi una voluntară, ci una silită, ocrotitorul legal, în calitate de reprezentant legal al părintelui minor va putea interveni pentru apărarea intereselor acestuia, în sensul de a-i fi respectate drepturile și garanțiile procesuale prevăzute în materia procedurii de executare silită a obligațiilor.

Apoi, tot în legătură cu faptul că persoana chemată să răspundă este un minor, este foarte posibil ca această funcție de garanție să nu își atingă pe deplin scopul, în cazul în care, în virtutea minorității sale, activul patrimonial al părintelui minor nu este foarte însemnat. În această ipoteză, cel puțin până la momentul în care părintele minor va putea să se angajeze în raporturi juridice care să îi genereze venituri proprii, cum ar fi un contract individual de muncă, creanța victimei va fi dificil de îndeplinit, creditorul fiind nevoit să manifeste diligență pentru a urmări evoluția situației patrimoniale a debitorului său și a face acte succesive de executare prin care să își vadă realizată creanța.

4. Ipoteza privitoare la necesitatea unui consimțământ informat cu privire la actele medicale cu potențial de risc

O a treia chestiune pe care o supunem discuției este cea cu privire la deciziile pe care părintele minor, în exercitarea autorității părintești cu privire la persoana copilului, va fi nevoit să le ia cu privire la sănătatea, integritatea fizică și psihică și chiar la viața copilului în cazul în care acesta se află în nevoie de diagnostic, tratament sau metode de prevenție cu potențial de risc, care, potrivit legii speciale în materie¹³, presupun exprimarea unui consimțământ informat.

Potrivit art. 661 din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, republicată, vârsta legală necesară pentru exprimarea valabilă a unui consimțământ informat este de 18 ani. În temeiul aceluiași text de lege, minorii își pot exprima consimțământul în absența părinților sau a reprezentantului legal în două situații expres reglementate. Prima dintre acestea presupune existența unei situații de urgență, în care părinții sau reprezentantul legal nu pot fi contactați, sub condiția ca minorul să aibă discernământul necesar pentru a înțelege starea medicală în care se află, iar cea de-a doua face referire la situații medicale legate de diagnosticul și tratamentul problemelor sexuale și reproductive, în cazul în care minorul cu vârsta 16 ani solicită expres să își exprime consimțământul în absența părinților sau a reprezentantului legal.

¹³ Legea nr. 95/2006 republicată, publicată în M. Of. nr. 652 din 28 august 2015.

Din maniera de redactare a acestui text normativ, anume prin utilizarea pronumelui reflexiv, reiese că acesta vizează ipoteza raportului dintre părintele adult sau reprezentantului legal și copilul minor, rezultând faptul că situațiile în care minorul își poate exprima un consimțământ informat în absența părinților sau a reprezentantului legal, după caz, se referă la un consimțământ pe care minorul și-l dă pentru sine, iar nu pentru o altă persoană. În consecință, deducem că acest text de lege nu vizează ipoteza în care părintele este minor și acesta trebuie să ia o decizie de natură medicală pentru copilul său, iar această decizie implică un consimțământ informat. În acest caz, dacă situația presupusă determinată de art. 490 alin. (1) C. civ., cea în care, deopotrivă, și părintele și copilul acestuia sunt minori, nu este reglementată de legea specială, rămâne să aplicăm dreptul comun, anume cel rezultat din aplicarea și interpretarea art. 490 alin. (1) C. civ. raportat la reglementările conținutului autorității părintești cu privire la persoana copilului.

Astfel, potrivit art. 487 C. civ., părinții, în exercitarea drepturilor și îndatoririlor privind persoana copilului, trebuie să se îngrijească de sănătatea și de dezvoltarea fizică și psihică a copilului. În temeiul art. 490 alin. (1) C. civ., părintele minor cu vârsta de cel puțin 14 ani este cel căruia îi vor reveni aceste drepturi și îndatoriri, iar pentru realizarea lor legiuitorul stabilește că, odată cu împlinirea vârstei de 14 ani, părintele minor are capacitatea necesară să decidă autonom. La acest moment, părintele minor dobândește această capacitate specială cu privire la drepturile și îndatoririle părintești cu privire la persoana copilului, independent de stadiul capacității sale de exercițiu și fără ca, din punct de vedere juridic, să mai fie făcută vreo diferență între exercitarea autorității cu privire la persoana copilului de către un părinte adult, cu capacitate de exercițiu deplină, și un părinte minor, cu capacitate de exercițiu restrânsă.

Faptul concepției și cel al nașterii denotă o maturitate psihică din partea minorului în cauză, o maturitate care, prin raportare la interesul superior al copilului, trebuie să implice și să presupună și responsabilitatea părintelui minor de a veghea cu privire la persoana copilului său, acesta, în temeiul art. 35 alin. (1) din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, republicată¹⁴, având dreptul să crească alături de părinții săi.

Dispozițiile art. 490 alin. (1) C. civ. nu reglementează o facultate a părintelui minor, în sensul că acesta ar avea opțiunea de a alege dacă dorește sau nu să se bucure de conținutul acestui text normativ, ci aceste dispoziții vor fi aplicate de drept părintelui minor cu vârsta minimă de 14 ani, atribuind acestuia responsabilitatea autorității părintești, fiindu-i aplicabile, în consecință, toate dispozițiile ce guvernează conținutul autorității părintești cu privire la persoana copilului, atât în ceea ce privește drepturile, cât și în ceea ce privește obligațiile, care, ținând seama de specificul de autorității părintești se suprapun, în sensul că ceea ce este un drept este, în același timp o obligație pentru părinte. Prin raportare la cuprinsul acestei norme

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 159 din 05 martie 2014.

juridice, părintele minor nu mai este văzut ca un simplu minor, ci, în acest context, principala sa caracteristică este cea de părinte care trebuie să depună toate diligențele necesare pentru a asigura îngrijirea, creșterea și educația copilului său.

Așadar, părintele minor, îngrijindu-se de sănătatea și integritatea fizică și psihică a copilului său este posibil să se afle în împrejurări care să implice necesitatea exprimării unui consimțământ informat referitor la efectuarea unor proceduri de natură medicală, cu potențial de risc, cu privire la copilul său. În considerarea celor anterior redate, apreciem că părintele minor, căruia legea, prin art. 490 alin. (1) C. civ. îi atribuie, deopotrivă, și drepturile și obligațiile cu privire la persoana copilului său, în prezența discernământului necesar să înțeleagă situația medicală în care se află copilul său, va decide singur în ceea ce privește consimțământul informat cu privire la procedura medicală ce trebuie efectuată.

De asemenea, este esențial să ținem seama de faptul că într-o astfel de ipoteză, un rol esențial în evaluarea situației îl are medicul, în calitate de profesionist. Acesta, în temeiul art. 660 alin. (2) din Legea nr. 95/2006, republicată, trebuie să îndeplinească obligația de informare prezentând situația medicală la un nivel științific rezonabil, de-o manieră în care să permită persoanei față de care se face informarea să înțeleagă și să-și însușească informațiile transmise. Medicul va trebui să realizeze informarea în conformitate cu alin. (3) al art. 660 din Legea nr. 95/2006, explicând detalii cu privire la diagnostic, natura și scopul tratamentului, riscurile și urmările tratamentului, soluții privitoare la tratamente alternative, riscurile și urmările lor, evoluția bolii în lipsa aplicării tratamentului.

În situația în care medicul, deși depune toate diligențele și stăruințele pentru a prezenta într-un mod accesibil necesitatea procedurii medicale și informațiile în legătură cu aceasta, observă că părintele minor nu are discernământul și maturitatea necesare pentru a înțelege importanța problemei și consecințele deciziei pe care trebuie să o ia prin exprimarea consimțământului informat, în virtutea interesului superior al copilului, suntem de părere că are posibilitatea de a se adresa instanței de tutelă pentru ca aceasta să pronunțe o hotărâre cu privire la efectuarea actului medical.

Totodată, având în vedere complexitatea situației, importanța și implicațiile deciziei pe care părintele minor trebuie să o ia, respectiv cu privire la sănătatea, integritatea fizică și psihică a copilului său, apreciem că prevederile art. 35 alin. (3) din Legea nr. 272/2004 sunt de o reală utilitate într-o astfel de împrejurare. Potrivit acestora, în demersul îngrijirii, creșterii și educării minorului, părinții au dreptul să primească informațiile și asistența de specialitate necesare, creându-se, astfel, cadrul legal necesar care să îi ofere posibilitate părintelui în nevoie să solicite asistență și consiliere de specialitate în scopul luării celei mai potrivite decizii, în sensul respectării interesului superior al copilului. Cu privire la mijloacele concrete prin care pot fi accesate, solicitate și primite asistența și consilierea de specialitate, vom reveni în finalul lucrării, în secțiunea dedicată concluziilor.

5. Ipoteza privitoare la instituția juridică a tutelei și cea a consiliului de familie

Un ultim aspect pe care ne-am propus să îl abordăm în prezenta lucrare este cel cu privire la implicațiile art. 490 alin. (1) Cod civil asupra instituției juridice a tutelei și a consiliului de familie.

Premisa discuției este cea derivată din scindarea autorității părintești creată de dispozițiile art. 490 C. civ., anume drepturile și îndatoririle asupra persoanei copilului vor fi exercitate și îndeplinite de către părintele acestuia, odată cu împlinirea vârstei de 14 ani, în timp ce drepturile și îndatoririle cu privire la bunurile copilului vor reveni tutorelui sau, după caz, unei alte persoane, în condițiile legii.

În ceea ce privește conținutul tutelei, din reglementarea cuprinsă în Codul civil asupra acestuia reiese că tutorele are îndatorirea de a se îngriji cu privire la persoana minorului și cu privire la bunurile acestuia. Din acest punct de vedere, situația prevăzută de alin. (2) al art. 490 C. civ. se prezintă ca o excepție de la atribuțiile clasice ale tutorelui în virtutea sarcinii tutelei, fiind limitate acestea numai cu privire la bunurile minorului, cele cu privire la persoana minorului revenind părintelui acestuia în virtutea alin. (1) al aceluiași text normativ. În acest caz tutela se deschide în temeiul unei dispoziții speciale cuprinse de Codul civil prin raportare la cazurile cuprinse în norma juridică de la art. 110 C. civ., care reglementează cu privire la cazurile în care se va deschide tutela. În acest caz, tutelei îi este prevăzută o reglementare specială nu numai cu privire la deschiderea acesteia, ci și cu privire la conținutul acesteia, tutorele fiind numit de către instanța de tutelă în această funcție pentru a se îngriji de interesele minorului, dar numai cu privire la latura patrimonială a autorității părintești, respectiv numai cu privire la bunurile acestuia. În ceea ce privește regimul juridic aplicabil tutelei în această ipoteză, în lipsă de dispoziții speciale în ceea ce o privește, rămân a-i fi aplicate dispozițiile generale cu privire la exercitarea tutelei cu privire la bunurile minorului, regăsite la art. 140-150 C. civ., și de asemenea, cele de la art. 151 și urm. C. civ., în măsura în care privesc modul în care tutorele îndeplinește funcția sa în legătură cu gestionarea bunurilor minorului. În acest sens, în exercitarea atribuțiilor sale, tutorele va trebui să respecte prescripțiile normative cuprinse în aceste texte de lege.

Pornind de la această ultimă mențiune, aducem în discuție implicațiile referitoare la consiliul de familie prin raportare la ipoteza instituită de art. 490 C. civ. Potrivit art. 124 C. civ., consiliul de familie se poate constitui pentru a veghea asupra manierei în care tutorele își îndeplinește sarcina tutelei cu privire la drepturile și îndatoririle referitoare la persoana și bunurile minorului. În cazul în care ocrotirea minorului se realizează prin părinți, prin darea în plasament sau, în funcție de situație, prin alte mijloace de protecție specială a minorului prevăzute de lege, alineatul al doilea al aceluiași text de lege prevede că nu va fi constituit consiliu de familie. Astfel, în ipoteza art. 490 C. civ., în care drepturile și îndatoririle cu privire la copil sunt exercitate și de către părinte și de către tutore, apare întrebarea dacă pentru această

ipoteză se va constitui sau nu consiliu de familie pentru a supraveghea modul în care tutorele își îndeplinește atribuțiile cu privire la bunurile minorului? Astfel, potrivit regulilor ce guvernează modul în care tutorele se ocupă de gestionarea bunurilor minorului, cu privire specială asupra regimului juridic asupra actelor de dispoziție, în temeiul art. 144 alin. (2) C. civ. și al art. 146 alin. (2) C. civ., tutorele nu are posibilitatea să încheie, în mod valabil, actele de dispoziție prevăzute în acest articole, fără a avea avizul consiliului de familie și autorizarea instanței de tutelă. Sancțiunea care intervine în cazul în care actul este încheiat fără respectarea acestor condiții, este în temeiul art. 144 alin. (3) C. civ. și al. art. 146 alin. (4) C. civ., nulitatea relativă. De asemenea, prin raportare la prevederile alin. (2) al art. 124 C. civ., în ipoteza descrisă de art. 490 C. civ., dat fiind că în ceea ce privește latura patrimonială a autorității părintești, aceasta nu este exercitată de către părinți, ci de către un tutore, constituirea unui consiliu de familie nu contravine acestor dispoziții legale. În acest context, apreciem că, sub rezerva prevederilor art. 124 și ale art. 125 C. civ., care nu stabilesc la modul imperativ necesitatea constituirii consiliului de familie, odată cu numirea tutorelui, poate fi constituit și un consiliu de familie, iar, în consecință, în prezența acestuia, tutorele va trebui să obțină avizul său pentru a încheia în mod valabil, cu privire la bunurile minorului, actele juridice civile pentru care legea prevede, pentru încheierea valabilă a acestora, condiția avizului consiliului de familie.

6. În loc de concluzii

În finalul lucrării vom încerca să identificăm câteva soluții de natură să determine ca autoritatea părintească, în ipoteza reglementată de art. 490 C. civ., să fie exercitată într-un mod optim și eficient și, mai cu seamă, în sensul respectării și ocrotirii interesului superior al minorului.

O primă soluție, care, mai degrabă, se concretizează într-un mijloc de suport în exercitarea atribuțiilor părintești, pe care o avem în vedere este posibilitatea părintelui minor de a solicita, în temeiul art. 35 alin. (3) din Legea nr. 272/2004, informații și asistență de specialitate în legătură cu exercitarea și îndeplinirea drepturilor și îndatoririlor părintești cu privire la persoana copilului.

În concret, Centrele de Consiliere și Sprijin pentru Părinți și Copii (denumite în continuare CCS), ca servicii integrate în sistemul județean sau local de servicii de protecție a drepturilor copilului, sunt cele la care părintele minor va putea apela pentru a obține îndrumare și asistență de specialitate în demersul îndeplinirii sarcinilor părintești.

În conformitate cu prevederile Ghidului Metodologic cu privire la implementarea standardelor minime obligatorii privind Centrul de Consiliere și Sprijin pentru Părinți și Copii¹⁵ (denumit în continuare Ghid), misiunea CCS este de a oferi sprijin și asistență părinților și potențialilor părinți pentru a gestiona dificultățile psihosociale

¹⁵ Ghid Metodologic din 6 iulie 2006, publicat în M. Of. nr. 664 din 2 august 2006.

care afectează raporturile de familie, pentru ca aceștia să dobândească abilitățile și deprinderile parentale necesare exercitării autorității părintești, în scopul prevenirii separării copilului de familia sa și al sprijinirii și ocrotirii acestuia în cazurile în care apar probleme în legătură cu dezvoltarea sa.

În conformitate cu conținutului punctelor 1.3 și 1.5 ale Capitolului 1 din Ghid, activitatea CCS are la bază obiective și principii, precum creșterea numărului de părinți care conștientizează nevoile copilului de a se dezvolta într-un mediu familial stabil din punct de vedere emoțional, creșterea numărului de părinți care realizează factorii ce pun în pericol sănătatea, securitatea, dezvoltarea morală, educația și integrarea socială a copilului, îmbunătățirea abilităților părinților în ceea ce privește exercitarea și îndeplinirea drepturilor și îndatoririlor părintești, responsabilizarea părinților cu privire la exercitarea drepturilor și îndeplinirea obligațiilor părintești. Mai multe dintre activitățile întreprinse de către CCS vizează tocmai problemele și nevoile ce ar putea apărea în demersul exercitării autorității părintești asupra persoanei copilului de către un părinte minor. Astfel, potrivit punctului 4.2 al Capitolului 4 din Ghid, activitățile de sprijin realizate de către CCS se concretizează în desfășurarea de programe de educație parentală și formarea de grupuri de sprijin. Prin intermediul acestora se urmărește dezvoltarea abilităților parentale, a celor de îngrijire și de creștere corespunzătoare a copiilor, a capacității părinților de a gestiona într-un mod optim provocările determinate de creșterea și educarea copiilor. Conform, Capitolului 6 din Ghid, obiectivele și activitățile CCS sunt aduse la îndeplinire prin intermediul unui personal cu pregătire de specialitate, de natură să acopere specificul posturilor din structura CCS. Echipa fiecărui CCS este formată din cel puțin un coordonator, cu studii superioare socio-umane și cu o experiență în servicii pentru protecția copilului de minim 2 ani, un psiholog și un asistent social.

În considerarea obiectivelor, a activităților și a programelor desfășurate de către CCS, apreciem că aceste centre de consiliere și asistență în vederea exercitării autorității părintești se prezintă ca fiind o soluție extrem de utilă pusă la îndemâna părinților minori confrunțați cu dificultățile determinate de îndeplinirea sarcinilor părintești și, de asemenea, în temeiul art. 39 alin. (2) din Legea nr. 272/2004, accesarea serviciului CCS sau al altor structuri similare este o etapă prealabilă ce trebuie să fie parcursă înainte de a fi dispusă o măsură de protecție a copilului ce implică separarea acestuia de părinții săi, serviciile de consiliere și de asistență oferite de către CCS având ca scop principal tocmai evitarea separării copilului de părinții săi.

O altă soluție pe care o putem identifica pentru ca drepturile și îndatoririle părintești să fie exercitate și îndeplinite în acord cu interesul superior al copilului este, dacă acest interes o impune, luarea unei măsuri de ocrotire cu privire la minor. Astfel, în măsura în care părintele sau părinții minori, datorită lipsei de experiență și de maturitate psihică, sunt confrunțați cu greutăți însemnate în exercitarea autorității părintești față de persoana copilului, de natură să determine o exercitare necorespunzătoare și defectuoasă a îndatoririlor părintești, fiind astfel periclitat interesul superior al copilului, față de acesta poate fi dispusă măsura plasamentului, ca mijloc

de protecție specială cu caracter temporar. În acest caz, măsura de protecție specială prin plasament va putea fi dispusă în temeiul dispozițiilor art. 60 lit. b) din Legea nr. 272/2004, față de copilul care, în vederea protejării intereselor sale, nu poate fi lăsat în grija părinților din motive neimputabile acestora. Este important de menționat, pentru ipoteza în discuție că, potrivit art. 64 alin. (1) din Legea nr. 272/2004, de regulă, în cazul în care măsura plasamentului se instituie față de un copil care nu a împlinit vârsta de 2 ani, acesta poate fi dispus numai la familia extinsă sau substitutivă, plasamentul acestuia într-un serviciu de tip rezidențial nefiind permis de lege. Măsura plasamentului prevăzută pentru ipoteza de la lit. b) a art. 60 din Legea nr. 272/2004 poate fi hotărâtă cu acordul părintelui sau al părinților, după caz, situație în care plasamentul se stabilește de către comisia pentru protecția copilului, sau fără consimțământul acestora, când, la cererea direcției generale de asistență socială și protecția copilului, măsura plasamentului va fi stabilită de către instanța judecătorească¹⁶.

O măsură de protecție specială a copilului, în speță cea a plasamentului, va putea fi stabilită față de copil și în baza învoielii părinților în acest sens, în temeiul art. 36 alin. (6) din Legea nr. 272/2004 coroborat cu art. 506 C. civ. Conform acestor dispoziții normative, în prezența încuviințării instanței de tutelă, părinții se pot înțelege cu privire la luarea unei măsuri de protecție a copilului, dacă este respectat interesul superior al acestuia. În ipoteza prevăzută de art. 490 alin. (1) C. civ., pentru părinții minori posibilitatea luării unei măsuri de protecție specială față de copil prin învoiala acestora, încuviințată de instanța judecătorească, poate fi soluție optimă, în cazul care aceștia, întâmpină dificultăți majore în exercitarea autorității părintești cu privire la persoana copilului și nu își pot îndeplini îndatoririle cu respectarea și ocrotirea interesului superior al minorului.

Este de precizat că, ținând cont de caracterul temporar al măsurii de protecție specială prin intermediul plasamentului, în temeiul art. 72 alin. (2) din Legea nr. 272/2004, în cazul în care circumstanțele care au stat la baza stabilirii plasamentului s-au modificat, direcția generală de asistență socială și protecția copilului este obligată să sesizeze de îndată comisia pentru protecția copilului sau, după caz, instanța judecătorească, pentru a decide modificarea sau, în funcție de situație, încetarea măsurii. Dreptul de face această sesizare, în baza alin. 3 al art. 72 din Legea nr. 72/2004 aparține și părinților, care pot să se folosească de acest drept în situația în care, odată cu înaintarea în vârstă, au dobândit maturitatea și experiența necesare pentru ca, pentru viitor, să exercite în mod optim autoritatea părintească cu privire la copil, respectând interesului superior al acestuia¹⁷.

¹⁶ Art. 65 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din Legea nr. 72/2004 coroborat cu art. 229 alin. (3)¹ LPA a Codului civil.

¹⁷ Ca urmare a încetării măsurii de protecție specială, în conformitate cu art. 74 din Legea nr. 72/2004, serviciului public de asistență socială, persoanelor cu atribuții de asistență socială din aparatul de specialitate al primarului, precum și direcției generale de asistență socială și protecția copilului, după caz, le revine obligația, ca pentru o perioadă de minim 6 luni de la încetarea măsurii,

De asemenea, din prevederile normative cuprinse de art. 36 alin. (6) din Legea nr. 272/2004 coroborate cu cele ale art. 506 C. civ. se desprinde o altă soluție de care părintele minor s-ar putea folosi, în cazul în care acesta apreciază că nu este în măsură să exercite autoritatea părintească cu privire la persoana copilului în acord cu interesul superior al copilului. Astfel, în ipoteza în care unul dintre părinții copilului este minor, iar celălalt este major, prin învoiala lor, încuviințată de instanța de judecată și cu respectarea interesului superior al copilului, pot stabili modul în care va fi exercitată autoritatea părintească, în sensul că părintelui major să i se acorde o putere decizională mai însemnată, de natură să suplinească lipsa de experiență, de abilități și de deprinderi necesare în îndeplinirea sarcinilor părintești din partea părintelui minor.

În cele din urmă, un ultim aspect pe care considerăm că se impune să îl abordăm în legătură cu posibilele soluții cu privire la ipoteza reglementată de art. 490 alin. (1) C. civ. este cel referitor dobândirea anticipată a capacității depline de exercițiu.

Astfel, Codul civil reglementează două cazuri în care capacitatea deplină de exercițiu se poate dobândi înainte ca persoana fizică să ajungă la vârsta de 18 ani, avându-se în vedere faptul că maturizarea individului poate interveni mai înainte de atingerea vârstei majoratului¹⁸, față de care legea instituie regula că este momentul la care se va dobândi capacitatea deplină de exercițiu.

Primul caz se desprinde din cuprinsul art. 39 alin. (1) C. civ. coroborat cu cel al art. 272 alin. (2) C. civ. Potrivit acestora, minorul, care are vârsta de cel puțin 16 ani poate încheia o căsătorie valabilă și dobândește, ca urmare a încheierii căsătoriei, capacitatea deplină de exercițiu.

Cel de-al doilea caz este reglementat de art. 40 C. civ., care dispune că, pentru motive temeinice, instanța de tutelă are posibilitatea de a recunoaște minorului care a împlinit vârsta de 16 ani capacitatea deplină de exercițiu. În acest demers, vor fi ascultați părinții sau tutorele minorului și, acolo unde este cazul, se va solicita și avizul consiliului de familie.

S-a apreciat în literatura de specialitate și în jurisprudență că nașterea unui copil poate să constituie un motiv temeinic atât pentru ipoteza încheierii unei căsătorii¹⁹ de la vârsta de 16 ani, cât și pentru cea a emancipării, de la aceeași vârstă²⁰.

să urmărească evoluția dezvoltării copilului, precum și maniera în care părinții își exercită drepturile și își îndeplinesc îndatoririle cu privire la copil.

¹⁸ G.-A. Ilie în M. Nicolae (coord.), V. Bîcu, G.-A. Ilie, R. Rizoiu, *Drept civil. Persoanele*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 199.

¹⁹ I.P. Filipescu, A. I. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ed. a VIII-a, revăzută și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 30, A. Bacaci, V. Dumitrache, C. C. Hageanu, *Dreptul familiei*, Ed. All Beck, București, 2009, p. 18-19, T. Bodoașcă, *Dreptul familiei*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 74, S. Cercel, *Capacitatea deplină de exercițiu anticipată a persoanei fizice în reglementarea Codului civil*, în *Dreptul* nr. 12/2021, p. 6, – disponibil la <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=998150>, Judecătoria Câmpina, hotărâre 132 din 05.10.2018 – disponibilă la <https://www.jurisprudenta.com/jurisprudenta/speta-13ved6fw/>, Jud. Beclean, sentința civ. nr. 1200 din 2 octombrie 2012 – disponibilă

În aceste ipoteze, capacitatea deplină de exercițiu va fi acordată, în prezența motivelor temeinice și a celorlalte condiții prevăzute de lege, pe baza maturității psihice a minorului, instanța de tutelă care autorizează căsătoria și recunoaște minorului capacitatea deplină de exercițiu, apreciind că acesta are abilitățile necesare pentru a gestiona singur propriile interese. Așadar, în virtutea faptului că discernământul, înțeles ca aptitudinea de a judeca și a aprecia adecvat asupra necesității și oportunității încheierii unui act juridic²¹, este premisa inerentă a capacității depline de exercițiu, instanța nu va da autorizare sau nu va recunoaște capacitatea deplină a minorului numai în baza prezenței motivelor temeinice, dacă nu poate verifica faptul că minorul are un discernământ suficient de bine conturat, asemeni unui adult, în temeiul căruia minorul se poate să fie capabil din punct de vedere psihic să vegheze singur cu privire la interesele sale²².

În consecință, în ceea ce privește legătura dobândirii anticipate a capacității depline de exercițiu cu ipoteza cuprinsă de art. 490 alin. (1) C. civ., pentru considerentele ce urmează a fi expuse, ne raliem opiniei literaturii de specialitate care apreciază că, odată cu dobândirea anticipată a capacității depline de exercițiu, părintele minor va putea să exercite personal autoritatea părintească, atât cu privire la latura personală a acesteia, cât și cu privire la cea patrimonială²³.

Prin dobândirea capacității depline de exercițiu, conform art. 484 C. civ., minorul iese sub autoritatea părintească și, în consecință, pe viitor va încheia personal și singur actele juridice civile, dat fiind faptul că odată cu încetarea autorității părintești va dispărea și temeiul juridic în virtutea căruia părinții sau tutorii asistau minorul printr-un consimțământ de încuviințare dat în legătură cu încheierea actelor juridice de către minor.

De asemenea, se afirmă în literatura de specialitate²⁴ că, în temeiul capacității de exercițiu depline, persoana este îndreptățită să încheie acte juridice în numele și pe seama altei persoane, fie în calitate de reprezentant legal al acesteia, cum se întâmplă în cazul părintelui sau al tutorelui, fie în calitate de reprezentant convențional.

În ipoteza în care instanța judecătorească va autoriza căsătoria unui minor care are împlinită vârsta minimă de 16 ani pentru alte motive temeinice decât cel cu

la https://www.hamangiu.ro/upload/cuprins_extras/dreptul-familiei-practic-judiciar-conform-noului-cod-civil-jurispruden-cedo_extras.pdf, Judecătoria Turda, sentința 1709 din 07.06.2013 – disponibilă la <https://www.jurisprudenta.com/jurisprudenta/speta-c9ltmcm/>.

²⁰ T. Bodoașcă, *op. cit.*; S. Cercel, *op. cit.*, p.3 și jurisprudența citată de autor la notele de subsol nr. 8-12.

²¹ I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 132.

²² În acest sens, a se vedea G.-A. Ilie în M. Nicolae (coordonator), V. Bîcu, G.-A. Ilie, R. Rizoiu, *op. cit.*, p. 200.

²³ A. R. Motica, *op. cit.*, p. 311.

²⁴ I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 137.

privire la faptul survenienței unui copil²⁵, urmare a încheierii în mod valabil a căsătoriei, soții, deși minori, vor putea să se bucure de toate drepturile și vor fi ținuti de toate îndatoririle ce izvorăsc din actul juridic al căsătoriei. Potrivit art. 259 alin. (2), viitorii soți au dreptul de se căsători în scopul de întemeia o familie. Prin procrearea unui copil în cadrul căsătoriei, soții nu fac altceva decât să ducă la îndeplinire, și prin acest mod, scopul căsătoriei. Drept urmare, aceștia, în calitate de părinți, vor exercita autoritatea părintească atât cu privire la persoana copilului, cât și cu privire la bunurile sale. Atribuirea drepturilor și a obligațiilor cu privire la bunurile copilului unei alte persoane decât cea a părinților, respectiv unui tutore, apreciem că devine incompatibilă cu scopul pentru care a fost încheiată căsătoria și cu expectanțele părinților în considerarea acestuia. Pentru aceleași rațiuni, părinților care devin soți ulterior momentului nașterii copilului, dar înainte de a împlini vârsta de 18 ani, invocând ca motiv temeinic tocmai existența copilului, se impune să aibă dreptul de a exercita autoritatea părintească în întregul acesteia, deci nu numai cu privire la latura personală acesteia, ci și cu privire la cea patrimonială.

Astfel, în considerarea celor anterior înfățișate, opinăm în sensul că independența la încheierea actelor juridice civile pe care o implică și o conferă capacitatea de exercițiu deplină, chiar că este dobândită anticipat, se impune a se manifesta și a-și produce efecte și în materia exercitării autorității părintești, în sensul că, deși părintele nu a ajuns încă la vârsta majoratului, va putea să exercite toate drepturile și îndatoririle ce fac parte din conținutul autorității părintești, respectiv atât cele cu privire la persoana copilului, cât și cele cu privire la bunurile acestuia. Drept urmare, tutela instituită pentru gestionarea intereselor minorului în legătură cu bunurile sale va înceta să își mai producă efecte juridice.

În final, apreciem că este esențial în legătură cu tema propusă spre discuție să facem mențiune despre faptul că autoritatea părintească trebuie să fie exercitată cu respectarea și ocrotirea interesului superior al minorului, iar, în cazul în care, datorită exercitării necorespunzătoare a acesteia, acest interes ar fi periclitat, autoritățile cu atribuții în promovarea și ocrotirea drepturilor copilului și instanța de tutelă vor interveni și vor dispune măsurile necesare pentru ca îngrijirea, creșterea, educarea, dezvoltarea minorului și gestionarea bunurilor sale să se realizeze în mod corespunzător și în acord cu interesul superior al copilului.

²⁵ În acest sens, a se vedea Tribunalul Neamț, dec. civ. nr. 385/2015 – disponibilă la <https://www.legal-land.ro/autorizarea-incheierii-casatoriei-de-catre-un-minor-motive-temeinice/>, Judecătoria Măcin, sent. civ. nr. 383 din 12.06.2012 – disponibilă la <http://infodosar.ro/speta.php?id=31741>.

SANCTIUNEA NULITĂȚII ÎN APLICAREA DISPOZIȚIILOR ART. 215 DIN CODUL CIVIL ROMÂN

*Asist. univ. dr. Răzvan SCAFEȘ
Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova; avocat, Baroul Dolj*

Abstract

The provisions of the Civil Code and those of the special legislation enshrine the obligation of the members of the administrative bodies to fulfill their obligations deriving from the mandate offered, with the prudence and diligence of a good owner. This obligation becomes a principle of how to carry out management operations, which will take into account only the interest of the legal person. However, the legislator also takes into account the situation in which a person, a member of the administrative bodies, would disregard the interest of the legal person in favor of the personal interest he had in a certain operation. In addition to the personal sanction applied to the administrator, we consider that the reason for the sanction that will apply to the act concluded with the non-observance of the legal provisions that impose the mentioned obligations must also be analyzed. We will find in this situation a case of relative nullity of the legal act concluded by the member of the management bodies acting on behalf of the company but in consideration of a contrary self-interest.

Keywords: *administrator, conflicting interests, legal person, representation, relative nullity.*

1. Situația juridică premisă conform art. 215 C. civ.

Articolul 215 din Codul civil român reprezintă transpunerea în legislația națională de drept comun a principiilor care se desprind din dispozițiile art. 120 (7) din Legea canadiană a societăților, care prevede că orice contract sau operațiune juridică încheiată de administrator trebuie să fie echitabilă pentru societate, în caz contrar, acționarii societății fiind îndreptățiți să ceară anularea actului respectiv și restituirea profitului realizat de către administrator.

Din formularea textului observăm că pentru ca actele juridice în care este parte persoana juridică și în care un membru al organelor de administrare sau o

persoană apropiată acestuia (soț, rudă apropiată, afin) are un interes să fie anulabile, trebuie întrunite următoarele condiții cumulative, respectiv:

- actul juridic să fi fost încheiat cu intenția de a fraudă interesele persoanei juridice;
- actul juridic să fi fost încheiat de un membru al organelor de administrare al persoanei juridice care să fi urmărit prin încheierea acelui act un interes propriu fie al său, fie al soțului, ascendenților sau descendenților lui, rudelor în linie colaterală sau afinilor săi, până la gradul al patrulea inclusiv;
- terțul cocontractant trebuie să fi cunoscut sau să fi avut obligația de cunoaștere faptul că membrul persoanei juridice care a încheiat actul juridic este interesat și că actul juridic fraudează interesele persoanei juridice.

În privința primei condiții, apreciem, conform opiniei altor autori, că „nu este vorba de o simplă contrarietate de interese, așa cum ar indica denumirea marginală a art. 215, ci de un conflict de interese care se ridică la nivelul de gravitate al fraudei la adresa intereselor persoanei juridice”. Așadar, observăm că și în literatura de specialitate se face în prezent distincția între conflict și contrarietate de interese.

De asemenea, în ceea ce privește această condiție, se observă că legiuitorul nu automat prezumă fraudă interesele societății, chiar dacă persoana în cauză îndeplinește cea de-a doua condiție, aceea de a fi un membru al organelor de administrare interesat în încheierea actului juridic respectiv. În opinia noastră, legiuitorul are în vedere fraudarea efectivă a intereselor persoanei juridice, respectiv ca acțiunea să aibă un rezultat prejudiciabil pentru patrimoniul sau activitatea acesteia. Cu alte cuvinte, în cazul în care actul juridic, deși încheiat de o persoană interesată în sensul art. 215 alin. 1, nu produce efecte negative pentru persoana juridică și nu se probează că acesta este realizat în scopul fraudării intereselor acestora, sancțiunea ce intervine nu va fi nulitatea ci, eventual, o acțiune în răspundere pentru daunele produse, conform alin. 2 al aceluiași articol.

A doua condiție are în vedere o calificare a subiectului activ al conflictului de interese. Astfel, legiuitorul are în vedere doar ipoteza în care actul juridic încheiat în fraudă societății are ca semnatar nu doar un membru al organelor de administrare ale persoanei juridice, ci un membru interesat, în sensul că urmărește satisfacerea unui interes propriu al său sau al uneia dintre persoanele prevăzute expres în textul articolului. Condiția impusă de legiuitor nu este întrunită în ipoteza în care actul juridic este încheiat fie de un reprezentant al societății ce nu este membru al organelor de administrare ale acesteia, fie, chiar

¹ F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil – comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 163.

dacă este un astfel de membru, nu are un interes în încheierea actului judici, iar, în acest caz, actul juridic în cauză nu este anulabil.

Din cea de-a treia condiție impusă de legiuitor, se observă că sancțiunea nulității intervine doar în cazul în care terțul este participant la fraudă, prin aceea că aceasta fie cunoaște nemijlocit, fie avea obligația legală de a cunoaște faptul că acel act juridic se încheie în fraudă a intereselor persoanei juridice, de către o persoană interesată în respectiva operațiune. Așadar, legiuitorul alege protecția intereselor terțului de bună-credință, în cazul căruia nu se aplică sancțiunea nulității, ceea ce înseamnă că fraudă a interesului societății de către membrul organului de administrare interesat va rămâne nesancționată în mod expres. Terțul semnatar al actului trebuie astfel să fie complice la fraudă, prin cunoașterea elementelor de natură a-i forma convingerea că acționează personal cu rea-credință în detrimentul intereselor unei persoane juridice. Cu alte cuvinte, terțul va alege să faciliteze fraudă membrului organului de administrare, iar doar în acest caz va putea fi cerută nulitatea actului.

Deși legiuitorul stabilește prin această nouă reglementare limitele stricte ale sancțiunii pentru cazurile de contrarietate de interese, respectiv nulitatea actelor, este evident că astfel de acte juridice avute în vedere ca premisă de textul de lege reprezintă o materializare a încălcării obligației de loialitate pe care organul de administrare o are față de persoana juridică, ca urmare a încrederii acordate de aceasta pentru a o reprezenta în raporturile juridice. În acest sens, s-a afirmat în doctrină opinia conform căreia, sancțiunea care ar trebui să intervină ar trebui să fie nulitatea absolută pentru lipsă de cauză sau cauză ilicită², având în vedere că la încheierea actului juridic nu s-a avut în vedere manifestarea de voință a persoanei juridice în interesul acesteia, scopul mediat nefiind producerea de avantaje societății, ci reprezentantului acesteia, care nu are o calitate în raportul juridic, însă își arogă în mod ilicit drepturi.

Astfel, membrul organelor de administrare nu încheie în nume propriu actele juridice în funcționarea persoanei juridice, ci pe seama persoanei juridice, în calitate de mandatar. Scopul încheierii acestor acte juridice va fi deci urmărirea interesului persoanei juridice. Cum prin situația avută în vedere de art. 215, acest scop nu există sau este ilicit, deoarece la încheierea actului juridic s-a urmărit alt interes, cel individual al mandatarului fără calitate în actul juridic încheiat, sancțiunea ce intervine va fi nulitatea absolută.

Dispozițiile de drept național se referă deci atât la situația luării hotărârii organelor de administrare în ipoteza în care unul dintre membri acestora se află într-o situație de contrarietate de interese, cât și la actul juridic încheiat, în numele persoanei juridice, de către un membru al organelor de administrare aflat într-o astfel de situație.

² F.A. Baias, *op. cit.*, p. 164.

Din analiza textului de lege desprindem ideea că legiuitorul, referindu-se la cele două situații amintite, stabilește sancțiunea nulității³ în ceea ce privește actul juridic încheiat de membrul organelor de administrare, în numele persoanei juridice, atunci când s-a realizat o fraudă în dauna acesteia ca efect al existenței unui interes personal⁴ de natura celui arătat anterior și, în mod separat, sancțiunea răspunderii pentru daunele cauzate persoanei juridice, aplicabilă aceluși membru al organelor de administrare care, cunoscând că se află într-o situație de contrarietate de interese, nu aduce aceste aspecte la cunoștința persoanei juridice și ia parte la deliberările privitoare la aceasta.

2. Sancțiunea nulității aplicabilă potrivit art. 215 C. civ.

În analiza sancțiunii nulității în materia persoanei juridice, apreciem că prezintă importanță situația nulității actelor juridice încheiate în fraudă acesteia de către persoanele la care se referă art. 215 C. civ.

În ceea ce privește situația **actului juridic încheiat în fraudă societății de către un membru al organelor de administrare, dacă acesta din urmă, soțul, ascendenții sau descendenții lui, rudele în linie colaterală sau afinii săi, până la gradul al patrulea inclusiv, aveau vreun interes să se încheie acel act și dacă partea cealaltă a cunoscut sau trebuia să cunoască acest lucru (contrarietatea de interese prevăzută de art. 215 C. civ.), doctrina nu stabilește în mod clar o sancțiune unică, făcându-se vorbire despre nulitate relativă sau nulitate absolută în funcție de situația concretă în discuție**⁵. Astfel se arată că deși Codul civil arată că sancțiunea este nulitatea relativă, în cazul în care se aplică teoria cauzei actului juridic, actul va fi nul absolut.

Spre exemplu, susținerea teoriei nulității absolute a actului juridic încheiat în aceste circumstanțe se întemeiază pe situației cauzei ilicite, în considerarea faptului că încheierea unui act juridic de către persoana juridică prin reprezentantul său aflat într-o situație de contrarietate de interese este contrară legii, fiind nesocotite interesele persoanei juridice.

În continuare, cu privire la aceste aspecte, arătăm că în raport de elementele cauzei actului juridic civil, scopul mediat este motivul determinant al încheierii actului juridic și se apreciază în funcție de interesele părților actului juridic civil. Obligația fără cauză sau fondată pe o cauză falsă, ilicită sau imorală este nulă, iar cauza este nelicită când este prohibită de legi, când este contrară bunelor moravuri și ordinii publice. O astfel de situație este cea a contrarietății

³ Textul de lege face referire expresă la „anulabilitatea actului”.

⁴ Interes personal fie al membrului organelor de administrare care a încheiat actul în numele persoanei juridice, fie al soțului, ascendenților, descendenților sau rudelor sale în linie colaterală sau afinilor acestuia, până la gradul al patrulea inclusiv.

⁵ F.A. Baiaș, *op. cit.*, p. 169.

de interese, atunci când **actul juridic este încheiat în numele persoanei juridice tocmai de persoana care urmăreşte satisfacerea unui interes propriu, lucrând în fraudă intereselor persoanei juridice. Ar rezulta, potrivit acestui raţionament, că motivul determinant la semnarea actului juridic nu este unul real, cauza acestuia fiind falsă, din perspectiva persoanei juridice, ceea ce ar atrage sancţiunea nulităţii relative a actului juridic**⁶.

Mai mult, având în vedere elementele deja prezentate, apreciem că situaţia analizată în această secţiune ridică o **problemă referitoare la capacitatea juridică de exerciţiu a persoanei juridice**. Astfel, persoana juridică îşi exercită drepturile şi îşi îndeplineşte obligaţiile prin **organele sale de administrare**, de la data constituirii lor, potrivit dispoziţiilor art. 209 alin. (1) C. civ. Voinţa persoanei juridice⁷ este deci exprimată prin organele sale de administrare, ceea ce înseamnă că indiferent de izvorul real al acesteia, care este dat de voinţa concordantă a asociaţilor sau fondatorilor dată în cadrul organelor deliberative şi de decizie, **purtătorii voinţei vor fi membrii organelor de administrare**, care o vor manifesta în actele juridice încheiate în numele persoanei juridice. **Atunci când însă această voinţă este alterată de interesul propriu al membrului organelor de administrare chemat să încheie actul juridic în numele persoanei juridice, înseamnă că inclusiv capacitatea de exerciţiu a persoanei juridice este afectată.** În aceste condiţii, suntem în ipoteza unei **incapacităţi speciale de exerciţiu, textul art. 215 C. civ. impunând indirect şi o interdicţie de semnare a unor acte juridice în circumstanţele descrise, sancţiunea fiind, de asemenea, anulabilitatea actului**.

În acest context, actele juridice făcute de organele de administrare ale persoanei juridice, limitele care le-au fost conferite, sunt actele persoanei juridice înseşi⁸ însă *per a contrario*, în măsura în care exprimarea voinţei s-a făcut cu încălcarea limitărilor legale şi convenţionale cu privire la puterea membrilor organelor de administrare, astfel că nu exprimă voinţa reală a persoanei juridice.

Apreciem astfel că sancţiunea care intervine în toate cazurile este **nulitatea relativă, caracterul relativ al nulităţii fiind dat de interesul ocrotit, respectiv interesul particular al persoanei juridice, care este nesocotit în defavoarea interesului personal al reprezentantului acesteia, care acţionează astfel în afara sferei mandatului oferit. De asemenea, actul juridic încheiat în aceste condiţii**

⁶ Soluţie care se desprinde din reglementarea art. 1.238 alin. 1 C. civ., atunci când sunt îndeplinite condiţiile erorii esenţiale; a se vedea G. Boroi, C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, ed. a 2-a revizuită şi adăugită, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2021, p. 173.

⁷ Care este o voinţă juridică, deoarece aceasta este dată fie de intenţia calificată prin scopul de a genera, prin acte juridice, drepturi şi obligaţii, fie intenţia prezumată de a deveni parte de răspundere pentru prejudiciile cauzate de fapta proprie sau eventualul risc de activitate; a se vedea F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 160.

⁸ Regulă instituită potrivit dispoziţiilor art. 218 alin. (1) C. civ.

poate fi confirmat de către societate prin executarea sa de către societate și neexercitarea dreptului la acțiunea în nulitate în măsura în care apreciază că acesta nu creează totuși prejudicii societății.

Această soluție a fost reținută și anterior în jurisprudență, în ceea ce privește încheierea unui act juridic de către mandatar în fraudarea intereselor mandantului. Astfel, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că *„încheierea de către mandatar a unui antecontract de vânzare-cumpărare, în dublă calitate, de împuternicit al vânzătoarei și reprezentant al cumpărătoarei, nesocotind regulile de protecție a mandantului, în sensul că a stabilit în sarcina mandantului vânzător obligații împovărătoare de plată a unor daune interese de trei ori mai mari decât prețul vânzării, relevă incontestabil existența unui conflict de interese, astfel că antecontractul de vânzare-cumpărare încheiat în aceste condiții nu poate fi opus mandantului, fiind aplicabilă sancțiunea nulității relative a acestuia. Înalta Curte a statuat că această sancțiune se impune ca urmare a încălcării de către mandatar a obligațiilor sale esențiale de loialitate și de bună-credință față de mandant”*⁹. Această optică a Înaltei Curți se aplică pentru identitate de rațiuni și în situația actelor juridice încheiate în fraudă persoanei juridice conform art. 215 C. civ., odată ce are în vedere tocmai încălcarea obligațiilor esențiale ale mandatului administrator derivate din contractul de mandat.

3. Se poate reține sancțiunea nulității actelor emise de persoana juridică prin aplicarea alin. 2 al art. 215 C. civ.?

Astfel cum arătam anterior, art. 215 alin. (2) C. civ. impune sancțiunea personală a răspunderii pentru daunele produse persoanei juridice aplicabilă aceluși membru al organelor de administrare care, aflat într-o situație de contrarietate de interese, nu înștiințează persoana juridică și nu se abține de la deliberări, atunci când votul său este determinant pentru luarea deciziei prejudiciabile.

Legiuitorul nu stabilește însă și o sancțiune care să lovească **actul emis de organele de administrare în urma deliberărilor și votului cu prezența și implicarea unui membru aflat în situație de contrarietate de interese.**

Se impune însă a stabili o distincție între actele emise de organele de conducere în exercitarea atribuțiilor acestora și actele emise de persoana juridică prin intermediul organelor sale deliberative și de decizie.

În acest sens, dispozițiile art. 216 alin. (1) C. civ. recunosc obținerea pe cale judiciară a constatării nulității hotărârilor emise de organele persoanelor

⁹ ICCJ, dec. nr. 2026 din 24 mai 2011, pronunțată în recurs de Secția comercială, disponibilă pe <http://www.juridice.ro/280217/iccj-mandat-cu-dubla-reprezentare-incalcarea-obligatiei-de-loialitate-fata-de-mandant.html>.

juridice, fără a face vreo distincție între acestea. Mai mult, dispozițiile legale se referă în mod expres la participarea la deliberări a „membrilor organelor de conducere” și a „membrilor organelor de administrare”, fiind fără echivoc faptul că textul de lege conferă posibilitatea atacării pentru motive de nulitate a tuturor actelor emise de persoana juridică, indiferent dacă este vorba de actele organelor de administrare sau actele organelor deliberative sau de decizie.

Cu toate acestea, trebuie remarcat faptul că dispozițiile art. 216 sunt aplicabile exclusiv în măsura în care prin legi speciale nu se dispune altfel¹⁰, condiții în care se recunoaște că există categorii de persoane juridice unde distincția între actele emise de aceasta prezintă importanță inclusiv referitor la posibila sancțiune aplicabilă. Spre exemplu, în cazul societăților, deciziile consiliului de administrație nu pot fi atacate în justiție de către acționari, soluție care se întemeiază pe dispozițiile art. III lit. b) din Legea nr. 31/1990, care prevăd că adunarea generală are dreptul și obligația „să aleagă și să revoce membrii Consiliului de Administrație”, considerându-se astfel că de vreme ce administratorii sunt numiți de adunarea generală, aceasta este îndreptățită să controleze actele administratorilor. Într-o astfel de situație, o acțiune în nulitatea actelor emise de organele de administrare ale unei societăți, chiar întemeiată pe dispozițiile art. 216 C. civ., este inadmisibilă¹¹.

Cu toate acestea, rămâne totuși ipoteza unui act emis de organele deliberative sau de decizie ale persoanei juridice, ca urmare a participării la vot a unui membru al organelor de administrare¹² aflat într-o situație de contrarietate de interese sau a votului exercitat de asociați asupra cărora respectiva persoană exercită influență. Încă din doctrina interbelică, atunci când s-a observat că unele hotărâri ale adunărilor generale ale acționarilor societăților comerciale sunt în vădită contradicție cu interesele sociale deoarece au fost impuse de administratorii care controlau, direct sau indirect, prin influența exercitată, votul în cadrul adunărilor, sancțiunea este nulitatea acestor hotărâri, aplicându-se, prin analogie teoria deturnării de putere din dreptul administrativ¹³.

De asemenea, în reglementarea actuală, în ceea ce privește hotărârile organelor deliberative și de decizie ale persoanei juridice care au fost luate în ipoteza existenței unei situații de contrarietate de interese din partea unui membru al organelor de administrare, apreciem că se poate reține sancțiunea

¹⁰ Conform art. 216 alin. (7) C. civ.

¹¹ C.Ap. București, dec. nr. 991 din 29.10.2014, disponibilă la <https://legeaz.net/spete-civil-2/constatare-nulitate-absoluta-hotarare-consiliul-991-2014>.

¹² Fiind deci vorba despre o dublă calitate a acestuia, care este în același timp și asociat sau fondator al persoanei juridice.

¹³ A se vedea, F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 168, care citează G. Gălășescu-Pyk, *Aplicarea excesului de putere în materie de societăți anonime*, în RDC 1934, p. 588, citat în Codul comercial comentat, Ministerul Justiției 1946, reeditat de Ed. Tribuna, Craiova, 1995, nota 6 de sub art. 230 C. com.

nulității¹⁴, atunci când acesta exercită influență directă sau indirectă asupra votului. Astfel, spre exemplu, se afirmă de către doctrină că unul din cazurile de nulitate relativă a hotărârii adunării generale a asociațiilor unei societăți este „atunci când hotărârea este contrară intereselor societății”¹⁵. În cazul în care votul determinant a fost dat de un asociat aflat într-o stare de contrarietate de interese¹⁶, rezultatul obținut prin hotărâre este evident în favoarea acestuia sau a persoanei în numele căreia acționează, interesul fiind personal și în același timp îl prejudiciază pe cel social. Pentru a face o astfel de analiză, este necesar ca judecătorul investit cu o asemenea acțiune să poată exercita și un control de oportunitate al hotărârii, iar nu doar un control de legalitate, așa cum s-a limitat până acum jurisprudența¹⁷. Prin controlul de oportunitate se analizează activitatea societății, condițiile economice ale acesteia și influența hotărârii respective, ceea ce ar putea cu ușurință încălcarea interesului social. Deși se consideră că printr-un astfel de control instanța ar interveni în funcționarea societății în locul organelor sale, ceea ce ar fi inadmisibil¹⁸, prin stabilirea ca motiv de nulitate relativă a hotărârilor luate contrar intereselor societății se deschide practic drumul către recunoașterea posibilității efectuării unui control de oportunitate.

De altfel, soluția permiterii controlului de oportunitate în acest caz este dată chiar de verificarea îndeplinirii condițiilor de legalitate ale hotărârii adunării generale a asociațiilor. Odată ce votul decisiv în formarea majorității a fost dat de un asociat care și-a încălcat una din obligațiile legale, înseamnă că acesta nu ar fi valid și se impune a fi înlăturat, ceea ce conduce la rezultatul luării unei hotărâri fără majoritatea cerută de lege.

¹⁴ Sancțiunea adecvată apreciem că este nulitatea relativă, având în vedere că interesul încălcat este cel al persoanei juridice;

¹⁵ L. Săuleanu, *Socități comerciale. Studii*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 235.

¹⁶ Fie pentru că este el însuși membru al organelor de administrare, fie pentru că unul dintre membrii organelor de administrare aflat în contrarietate de interese cu societatea exercită influență determinantă asupra sa.

¹⁷ CSJ, s. com., dec. nr. 6200/2001, în *Curierul Judiciar* nr. 9/2002, p. 55; ICCJ, s. com. dec. nr. 4476/2005, în *Pandectele Române* nr. 1/2006, p. 50.

¹⁸ S. David, S. D. Cârpenaru, C. Predoiu, G. Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentarii pe articole*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 398.

Librăria ta de carte de specialitate juridică, economică și business

Din 2008 suntem
alegerea lor...

TU?



Cursuri universitare • Tratamente • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

www.ujmag.ro



Bd. Iuliu Maniu nr. 7, clădirea Cotroceni Business Center corp C,
sector 6, București (lângă AFI MALL)

021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro