

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. 1/2020

Coordonator număr: RSJ 1/2020

Asist. univ. dr. Răzvan Scafeș



Vol. 36 (1/2020)

Editat de **Universul Juridic S.R.L.**
Copyright © 2020 **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. SEVASTIAN CERCEL – 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 Duțu | – Directorul Institutului de cercetări juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române |
-

COLEGIUL DE REDACȚIE:

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

CUPRINS

Arvuna, mijloc de garantare a executării obligațiilor ori preț al denunțării contractului <i>Manuela ISTRĂTOAIE</i>	11
Vârsta matrimonială – condiție de fond la încheierea căsătoriei <i>Ciprian Raul Romițan</i>	18
Deschiderea și efectele procedurii judiciare de insolvență prin lichidarea activelor debitorului persoană fizică <i>Viorel GĂINĂ</i>	27
Analiză teoretică și jurisprudențială a modalităților de individualizare judiciară aplicării și a executării pedepsei <i>Mădălina-Cristina DĂNIȘOR</i>	46
Conformitatea actului administrativ normativ cu actul normativ cu forță juridică superioară <i>Adina PONEA</i>	57
Perspectiva normativă a determinării conflictului de interese în materie societară <i>Răzvan SCAFES</i>	65
Titularul de fond de comerț în raport de evoluția definiției fondului de comerț <i>Lavinia Elena STUPARU</i>	74
Aspecte de practică notarială în materia vânzării de bunuri imobile <i>Anca-Costina GHERGHE</i>	89
Normele europene de competență procesuală în materie civilă. Aplicabilitate, semnificații și rezonanța cu normele interne similare sau echivalente (II) <i>Anamaria GROZA</i>	104
Concepte de drept contemporan (II): cultură juridică, transplant juridic, multilingvism, traducere juridică <i>Adela Teodorescu CALOTĂ</i>	125
Instanțele judecătorești și starea de urgență – o lecție americană <i>Lidia DAMIAN</i>	139

Accesul liber la justiție în procesul penal al părții responsabile civilmente <i>Mihaela Cătălina SCĂFEȘ (OPRAN)</i>	151
Modalitățile de exercitare a supravegherii urmăririi penale <i>Mari-Claudia IVAN, Gheorghe IVAN</i>	160
Drepturile victimelor infracțiunilor din perspectiva realizării expertizelor judiciare în materie penală <i>Delia MAGHERESCU</i>	170
Antrenarea răspunderii solidare și procedura insolvenței. Compatibilitate sau caracter exclusiv <i>Adina PONEA</i>	191
Certificatul de moștenitor-act de jurisdicție bazat pe convenția părților <i>Anca GHERGHE, Mihai DOGARU</i>	199
Principiul valabilității în deciziile Curții Constituționale <i>Laura BOZOVA</i>	214

CONTENTS

The earnest, a way of guaranteeing the execution of contract or price of contract termination <i>Manuela ISTRĂTOAIE</i>	11
Marriage age – essential condition for marriage <i>Ciprian Raul Romițan</i>	18
Opening and effects of the insolvency proceedings of insolvency by liquidation of the assets of the individual debtor <i>Viorel GĂINĂ</i>	27
Theoretical and jurisprudential analysis of the suspended prison sentences and the probation <i>Mădălina-Cristina DĂNIȘOR</i>	46
Theoretical and Jurisprudential Analysis of the Suspended Prison Sentences and the Probation <i>Adina PONEA</i>	57
The normative perspective of determining the conflict of interests in company matters <i>Răzvan SCAFEȘ</i>	65
Goodwill holder in relation to the evolution of the goodwill's definition <i>Lavinia Elena STUPARU</i>	74
Notarial practice in the matter of sale of real estate <i>Anca-Costina GHERGHE</i>	89
European rules on jurisdiction in civil matters. Applicability, meaning and resonance with similar or equivalent internal rules (II) <i>Anamaria GROZA</i>	104
Concepts of contemporary law (II): legal culture, legal transplant, multilingualism, legal translation <i>Adela Teodorescu CALOTĂ</i>	125
Courts and the state of emergency - an american lesson <i>Lidia DAMIAN</i>	139

Free access to justice in the criminal proceedings of the civilly responsible party	
<i>Mihaela Cătălina SCAFEȘ (OPRAN)</i>	151
Methods of exercising the surveillance of criminal prosecution	
<i>Mari-Claudia IVAN, Gheorghe IVAN</i>	160
The crime victims' rights from the perspective of judicial examinations in criminal matters	
<i>Delia MAGHERESCU</i>	170
Triggering joint liability and the insolvency proceedings. Compatibility or exclusive procedure	
<i>Adina PONEA</i>	191
Certificate of heir-act of jurisdiction based on the agreement of the parties	
<i>Anca GHERGHE, Mihai DOGARU</i>	199
Principle of validity in decisions of the Constitutional Court	
<i>Laura BOZOVA</i>	214

REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE: **30 de ani de existență, 10 ani împreună cu Universul Juridic**

Numărul 1 din 2020 este un număr special, aniversar, motiv potrivit să rememorăm parcursul tipografic și editorial, să descoperim identitatea acestei reviste juridice.

Drumul Revistei de Științe Juridice începe în 1991 când profesorul Ion Dogaru, fondatorul Facultății de Drept din Craiova, a avut și ideea editării unei reviste deschisă tuturor juriștilor, atât practicienilor dreptului, cât și cadrelor didactice. Nu a fost un început ușor, primii ani au coincis cu greutățile inerente perioadei de după 1989, cât și cu perioada de formare a colectivului facultății.

De-a lungul timpului, în interiorul copertelor sale, RSJ a găzduit articole de doctrină, studii, comentarii de jurisprudență, lucrări ale diverselor conferințe și recenzii, bucurându-se de apreciere din partea practicienilor dreptului, cât și a mediului universitar.

RSJ a fost și a rămas un proiect al Facultății de Drept din Craiova, conducerea executivă fiind asigurată de cadrele didactice, iar decanii Facultății directori ai publicației, începând cu academician Ion Dogaru, apoi Dan Claudiu Dănișor, iar în cele din urmă Sevastian Cerceș.

Formatul Revistei nu a fost tot timpul același, diferită de la o perioadă la alta fiind și echipa care a asigurat editarea și tipărirea. A văzut lumina tiparului în anul 1991 în Tipografia Universității din Craiova, ca mai apoi începând cu 1995 și până în anul 2000 realizarea să fie asigurată de Fundația Europeană Titulescu – Filiala Craiova și Editura Europa din Craiova, motiv pentru care primul articol din revistă era un fragment din opera juridică a lui Nicolae Titulescu, patron spiritual al revistei și al Facultății. Mai apoi, timp de zece ani, pornind de la nr. 18/2000 editarea s-a făcut prin intermediul Editurii Themis din Craiova, iar tiparul a fost executat, fie în regie proprie, fie de către Editura Sitech din Craiova.

RSJ a fost susținută de către Centrul de Cercetări Juridice Fundamentale, a cărui activitate științifică se desfășoară sub egida Academiei Române. În arhiva electronică a Consiliului Național al Cercetării Științifice din Învățământul Superior, reorganizat din martie 2011 în Consiliul Național al Cercetării Științifice, revista este menționată începând cu anul 2005, într-o prima perioadă, 2005-2007, la „categoria C”, iar din anul 2008 la „categoria B”. Revista a fost de-a lungul timpului indexată în mai multe baze de date internaționale de prestigiu, Index Copernicus, EBSCO, și beneficiază de o secțiune dedicată pe pagina web a Facultății de Drept din Craiova, cu acces la toate articolele publicate și la alte informații de interes.

Încurajată de parteneriatul început în anul 2010 cu Editura Universul Juridic, RSJ în 2011, echipa RSJ a propus un nou proiect, cu o apariție bianuală, fiecare

număr al revistei fiind dedicat unui singur subiect, reunind studii, articole, comentarii de jurisprudență centrate pe o singura temă sau rezervat unui eveniment juridic.

Dincolo de datele statistice care punctează o anumită dimensiune a evoluției revistei, ceea ce ne-a preocupat a fost calitatea și impactul materialelor publicate în paginile sale. RSJ a beneficiat de un colegiu științific din care au făcut parte personalități marcante ale lumii juridice, precum și de sprijinul unui colegiu de redacție din care, de asemenea, au făcut și fac parte nume sonore ale lumii dreptului. Menționăm printre alții pe profesorii Nicolae Popa, Flavius Baias, Ioan Leș, Gabriel Boroi, Paul Vasilescu, Mircea Duțu care au făcut parte din consiliul științific al conferinței alături de profesori și cercetători renumiți de la universități partenere din țară, printre care profesorii Tudorel Toader, Lucian Bercea, Florin Streteanu, Călina Jugastru, cât și din străinătate, amintindu-i pe cei mai apropiați pe Patrick Charlot și Ian Laidie (Universitatea Bourgogne, Dijon, Franța), Mihael Martinek (Universitatea Saarland, Saarbruken, Germania), Nicolas Queloz (Universitatea din Fribourg, Elveția).

Multe numere au fost rezervate comunicărilor științifice, conferințelor organizate de către Facultatea de Drept din Craiova, amintind în acest sens Conferința Națională „Codul civil român între tradiție și reformă la 140 de ani de aplicare (noiembrie 2005), al XI-lea Colocviu al romaniștilor din Europa Centro-Orientală și din Asia, desfășurat la Craiova în noiembrie 2007, dar mai ales în ultimii ani lucrărilor Conferinței Bienale organizate la Craiova, „Sistemul juridic între stabilitate și reformă”, care își menține actualitatea și oferă un cadru generos și adecvat pentru aria cercetărilor și ideilor promovate.

Revista intră într-o nouă etapă a existenței sale, urmând a fi condusă de noul decan al Facultății de Drept din Craiova, prof. univ. dr. Gabriel Edmond Olteanu.

Prof. univ. dr. Lucian Bernd Săuleanu
Editor Executiv 2011-2020

ARVUNA, MIJLOC DE GARANTARE A EXECUTĂRII OBLIGAȚIILOR ORI PREȚ AL DENUNȚĂRII CONTRACTULUI

*Conf. univ. dr. Manuela ISTRĂTOAIE
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept*

Abstract

The earnest is regulated in the Civil Code together with the penal clause, within the execution by equivalent of the contract. The earnest, an expression of contractual freedom, is an agreement ancillary to the main one, by which the parties either use earnest to confirm or, as the case may be, to guarantee the execution of the contract, or to agree to terminate the contract in exchange for a price. The express will of the parties to qualify the contractual stipulation by which a party pays a sum of money or delivers a quantity of fungible goods even on the date of concluding the contract, as an earnest clause attracts the application of legal provisions regarding earnest. In the absence of the conventional classification of the clause as earnest, a contractual provision with a similar content is a penalty clause or a right of unilateral denunciation agreed for a fee.

Keywords: *earnest, confirmatory, penalty, nonperformance, denial.*

1. Noțiune și reglementare

Arvuna este o convenție accesorie convenției principale, o clauză cuprinsă în contractul părților prin care acestea convin să confirme executarea contractului sau dimpotrivă să poată denunța unilateral contractul în schimbul unui preț. Clauza de arvună nu poate exista fără un contract întrucât privește chiar executarea lui, de aici caracterul său accesoriu. Arvuna este reglementată în art. 1544-1546 C. civ., alături de clauza penală în cadrul secțiunii privind executarea prin echivalent a contractului. Textele de lege mai sus enunțate fac referire la două feluri de arvună: arvuna confirmatorie și arvuna penalizatoare. Prin arvună, părțile convin ca suma de bani plătită sau cantitatea de bunuri fungibile dată la momentul încheierii contractului să reprezinte fie o confirmare a executării contractului, fie prețul manifestării unilaterale de denunțare a contractului.

Nu orice plată sau executare parțială a prestației efectuată la momentul încheierii contractului, poate fi calificată drept arvună, pentru a atrage aplicarea textelor legale

din această materie. Calificarea plății făcute la data acordului de voințe ca arvună și aplicarea deci a textelor legale care o reglementează se va face numai dacă prin convenția lor, părțile califică expres această plată ca având natura unei clauze de arvună, fie confirmatorie, fie penalizatoare. În lipsa unei convenții exprese a părților care să prevadă că plata sumei de bani sau predarea bunurilor fungibile se face cu titlu de arvună, dispozițiile legale ce reglementează regimul juridic al clauzei de arvună nu sunt aplicabile.

Din interpretarea normelor legale în materie rezultă că pentru a fi în prezența unei clauze de arvună se cer îndeplinite cumulativ mai multe condiții:

- obiectul arvunei trebuie să conștie într-o sumă de bani sau bunuri fungibile;
- arvuna produce efecte numai dacă suma de bani este plătită sau cantitatea de bunuri fungibile este remisă la momentul realizării acordului de voințe, de unde caracterul real¹ al acestei convenții accesorii;
- arvuna produce efecte numai dacă părțile convin în mod expres calificarea clauzei ce privește remiterea sume de bani sau a bunurilor fungibile, ca și clauză de arvună, în caz contrar dispozițiile speciale de la art. 1543-1545 C. civ. nefiind aplicabile;
- clauza de arvună produce efecte numai în cazul unei neexecutări fără justificare a contractului (arvuna confirmatorie) ori în cazul în care partea își exercită dreptul de denunțare unilaterală a contractului (arvuna penalizatoare).

Arvuna, fie confirmatorie, fie penalizatoare, nu se confundă cu avansul sau acontul, care este un început de executare a contractului, supus restituirii în caz de neperfectare a contractului².

2. Arvuna confirmatorie

Noțiune

În cazul arvunei confirmatorii, contractul părților stipulează că suma de bani plătită sau cantitatea de bunuri fungibile dată la încheierea contractului cu titlu de arvună, se pierde în caz de neexecutare fără justificare a contractului sau, după caz, se restituie îndoit.

Arvuna confirmatorie își produce așadar efectele numai în cazul *unei neexecutări fără justificare* a obligației stipulate sub clauză de arvună. Rolul arvunei confirmatorii este de a confirma executarea contractului, obligând indirect debitorul la executare, pentru a nu suporta efectul sancționator al acestei clauze.

¹ L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 252.

² T.S., s. civ., dec. nr. 528/1969 în RRD nr. 8/1969, p. 184; dec.nr. 432/1966, în C.D. 1966, p. 98; dec. nr. 2604/1989, în C. Turianu, *Contracte speciale. Practică juridică adnotată*, Ed. Fun-dației „România de Mâine”, București, 1999, p. 58.

Efecte

O clauză de arvună confirmatorie stipulată în contractul părților va produce următoarele efecte asupra contractului principal:

a) *Când contractul principal se execută benevol de către părți.* În situația în care părțile execută întocmai, integral și la timp obligațiile contractuale asumate, arvuna este considerată o executare parțială a prestației la care partea s-a obligat, imputându-se asupra acesteia. Spre exemplu, în cazul unei promisiuni bilaterale de vânzare în care promitentul-cumpărător a plătit cu titlu de arvună confirmatorie o sumă de ani la data încheierii promisiunii, arvuna devine o parte din prețul vânzării și se impută asupra acestuia, atunci când părțile execută întocmai promisiunea și perfectează contractul de vânzare. În ipoteza în care prestația părții care a dat arvuna nu constă în plata unei sume de ani sau predarea unor bunuri fungibile, arvuna, convenită ca o garanție a executării contractului, trebuie restituită, atunci când contractul se execută întocmai.

b) *Când contractul principal nu se execută fără justificare.* Când debitorul nu execută în mod nejustificat obligația principală, clauza de arvună confirmatorie conferă creditorului un mijloc suplimentar de executare prin echivalent a contractului, alături de remediile oferite de dreptul comun³. Astfel, dacă partea care a dat arvuna nu execută fără justificare, cealaltă parte poate declara în mod unilateral rezoluțiunea contractului, reținând arvuna. În cazul în care neexecutarea vine de la partea care a primit arvuna, creditorul său poate declara rezoluțiunea și solicita dublul arvunei primite. Dispozițiile legale în materia arvunei sunt supletive, astfel că prin contract părțile pot conveni ca, în caz de neexecutare, partea în culpă să restituie întreit, de patru ori suma primită ș.a.m.d.

Convenția accesorie de arvună confirmatorie nu înlătură însă dreptul potestativ al creditorului obligației neexecutate de a opta pentru unul din remediile oferite de art. 1516 C. civil⁴. Creditorul păstrează dreptul de a opta pentru executarea silită a contractului. În măsura în care executarea silită în natură nu este posibilă ori nu mai prezintă interes pentru creditor, acesta poate opta fie pentru activarea clauzei de arvună, fie pentru rezoluțiunea contractului și repararea prejudiciului potrivit dreptului comun.

Convenția de arvună conferă creditorului obligației neexecutate o cale facilă de a obține repararea prejudiciului cauzat prin neexecutare, fără să fie nevoit să dovedească existența și cuantumul prejudiciului. Conform prevederilor art. 1544 alin. (2) C. civ., creditorul care dorește să facă uz de clauza de arvună, va declara rezoluțiunea contractului și, după caz, va reține arvuna (dacă în culpă este partea care a dat arvuna) sau va restitui dublul ei (dacă în culpă este partea care a primit arvuna). Rezoluțiunea unilaterală urmează regulile prescrise de art. 1552 C. civ.:

³ Art. 1516 C. civ.

⁴ Potrivit art. 1544 alin. (3) C. civ., „creditorul obligației neexecutate poate însă opta pentru executare sau pentru rezoluțiunea contractului și repararea prejudiciului potrivit dreptului comun”.

rezoluțiunea are loc prin notificarea scrisă a debitorului atunci când părțile au convenit astfel, când debitorul se află de drept în întârziere ori când acesta nu a executat obligația în termenul acordat prin punerea în întârziere.

În cazul în care prejudiciul suferit prin neexecutarea contractului este mai mare decât quantumul arvunei, creditorul obligației neexecutate va avea interesul să obțină repararea prejudiciului efectiv suferit și nu să dea eficiență clauzei de arună, caz în care va opta pentru rezoluțiune și daune-interese potrivit dreptului comun. În acest din urmă caz, el trebuie să dovedească prejudiciul suferit⁵ pentru a obține o reparare integrală a acestuia potrivit normelor cuprinse în art. 1531-1536 C. civ. Menționăm că cel care un drept potestativ de opțiune între aceste remedii este numai creditorul.

c) *Când contractul principal nu se execută ca urmare a unei imposibilități fortuite de executare totale și definitive.* Potrivit art. 1557 C. civ., atunci când imposibilitatea de executare este totală și definitivă și privește o obligație contractuală importantă, contractul se desființează deplin drept și fără vreo notificare, chiar din momentul producerii evenimentului fortuit. Reglementată ca o clauză sancționatoare pentru partea culpabilă de neexecutare, clauza de arună nu produce efecte în cazul în care nu se poate reține culpa părții în neexecutarea contractului. Este ceea ce prescrie art. 1546 C. civ.: arvuna se restituie în cazul în care contractul încetează din cauze ce nu atrag răspunderea vreuneia dintre părți. Neaflându-ne în prezența unei neexecutări culpabile, arvuna își pierde rolul penalizator și devine o prestație executată sau după caz, o garanție, supusă restituirii în temeiul art. 1635 C. civ.

d) *Când contractul principal este desființat ca efect al nulității.* În temeiul aceluiași text prevăzute de art. 1546 și 1635 C. civ., arvuna se restituie, fiind considerată o executare parțială a prestației datorate sau după caz o garanție a executării contractului. Mai mult, caracterul accesoriu al arvunei, impune acestei convenții soarta contractului principal conform principiului *accessorium sequitur principalem*. În literatură, s-a afirmat că în cazul anulării contractului principal pe temeiul dolului, se poate admite ca partea vinovată de vicierea consimțământului prin dol, să suporte efectul sancționator al arvunei, pierzând sau, după caz, fiind obligată la restituirea dublului arvunei primite⁶. Nu împărtășim acest punct de vedere din mai multe considerente. Caracterul accesoriu al clauzei de arună față de contractul principal impune nulitatea clauzei odată cu nulitatea contractului. Mai mult, potrivit dispozițiilor speciale din materia arvunei, o astfel de stipulație are menirea de a confirma executarea unui contract valabil încheiat, funcția penalizatoare producându-se numai în cazul unei neexecutări fără justificare a contractului nu și atunci când se pune problema valabilității contractului și angajării răspunderii extracontractuale. Din punctul nostru de vedere, nici art. 1546 C. civ. nu sprijină această teorie

⁵ Art. 1537 C. civ.: „Dovada neexecutării obligației nu îl scutește pe creditor de proba prejudiciului, cu excepția cazului în care prin lege sau prin convenția părților se prevede altfel”.

⁶ L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Curs de..., op. cit.*, p. 254.

întrucât obligă la restituirea arvunei în cazul în care contractul încetează din cauze care nu atrag răspunderea vreuneia dintre părți. Chiar dacă textul de lege nu menționează în mod expres referirea la răspunderea contractuală, interpretarea dispozițiilor legale în materie conduce la concluzia că arvuna este o convenție de stabilire anticipată a întinderii răspunderii contractuale și nu delictuale. Apreciem că și în cazul anulării contractului principal pe temeiul dolului, ca și în celelalte cazuri de nulitate, arvuna se restituie, în temeiul art. 1544 alin. (2) și 1546 C. civ.

3. Arvuna confirmatorie și clauza penală

Clauza penală reprezintă o modalitate de executare prin echivalent a contractului, reglementată de art. 1538-1543 C. civ. Prin clauza penală părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul în care nu își execută în mod nejustificat obligația principală; neexecutarea dă dreptul creditorului să opteze fie pentru executarea silită în natură, fie pentru clauza penală ori, după caz, rezoluțiune/reziliere și clauza penală. Din analiza normelor legale privitoare la arvuna confirmatorie, se poate desprinde concluzia că, alături de clauza penală, reprezintă un mijloc convențional de stabilire anticipată a daunelor-interese la care o parte este îndreptățită în caz de neexecutare fără justificare a contractului. Atât clauza penală cât și clauza de arvună confirmatorie scutesc beneficiarul de proba existenței și a întinderii prejudiciului. Ceea ce trebuie să dovedească creditorul este neexecutarea contractului de către debitorul său⁷. Însă, spre deosebire de arvuna confirmatorie al cărei quantum nu poate fi redus de către instanța de judecată, normele imperative ale art. 1541 C. civ. permit, pe cale de excepție, judecătorului reducerea quantumului penalității atunci când obligația principală a fost executată în parte, iar creditorul a profitat de această executare precum și în cazul în care penalitatea este vădit excesivă față de prejudiciul ce putea fi prevăzut la încheierea contractului. O privire comparativă asupra arvunei confirmatorii și asupra clauzei penale ne îndreptățește să afirmăm că arvuna confirmatorie este o clauză penală specială, dispozițiile legale care o reglementează primind aplicare ori de câte ori părțile convin în mod expres calificarea clauzei contractuale drept arvună. Odată ce părțile au conferit stipulației contractuale privind plata unei sume de bani sau predarea unor fungibile natura unei clauze de arvună, fără a preciza felul arvunei (confirmatorie sau penalizatoare) apreciem că felul arvunei și efectele produse pot fi desprinse din conținutul clauzei contractuale. În schimb, în ipoteza în care la încheierea contractului părțile stipulează că, în caz de neexecutare culpabilă a contractului, creditorul este îndreptățit să păstreze plata parțială făcută de debitorul său, o astfel de clauză este o clauză penală și primesc aplicare dispozițiile referitoare la această penalitate⁸.

⁷ Art. 1548 C. civ.: „Culpa debitorului unei obligații contractuale se prezumă prin simplul fapt al neexecutării”.

⁸ Art. 1538 alin. (5) C. civ.

4. Arvuna penalizatoare

Noțiune

Dacă în contract este stipulat expres dreptul uneia dintre părți sau dreptul ambelor părți de a se dezice de contract, cel care denunță contractul pierde arvuna dată sau, după caz, restituie dublul celei primite⁹. Din reglementarea textului de lege, arvuna penalizatoare este prețul dreptului de denunțare unilaterală a contractului stipulat în favoarea uneia sau ambelor părți contractante.

Efecte

Spre deosebire de arvuna confirmatorie suportată de debitor în cazul neexecuțării fără justificare a contractului, arvuna penalizatoare își produce efectele sale specifice numai în cazul în care o parte se dezice de contract, manifestându-și voința într-o manieră potestativă de a renunța la executarea contractului. Întâlnim clauza de arvună penalizatoare numai în contractul ce stipulează dreptul uneia sau ambelor părți de denunțare unilaterală întrucât este prețul exercițiului acestui drept.

a) *Când contractul părților se execută benevol*, fără ca beneficiarul clauzei să denunțe contractul, arvuna penalizatoare este imputată asupra prestației datorate, reprezentând o executare parțială a acesteia sau se restituie atunci când prestația ce trebuie executată de partea care a dat arvuna are un alt obiect decât sume de bani sau bunuri fungibile.

b) *Când una dintre părți își exercită dreptul de a denunța unilateral contractul*, pierde arvuna ori, după caz, restituie dublul ei. Dezicerea reprezintă denunțarea unilaterală a contractului conferită uneia sau ambelor părți contractante. Dreptul de denunțare unilaterală a contractului este un drept potestativ, eficacitatea contractului depinzând exclusiv de voința părții căreia i se conferă acest drept. Contractul ce conferă dreptul de denunțare unilaterală uneia sau ambelor părți nu este un contract simplu, ci afectat de o condiție potestativă rezolutorie¹⁰ astfel că, odată exercitată dezicerea în condițiile contractuale, ceea ce echivalează cu îndeplinirea condiției rezolutorii, aceasta conduce la desființarea cu efect retroactiv a contractului și repunerea părților în situația anterioară prin restituirea prestațiilor efectuate, dacă din voința părților, natura contractului ori dispozițiile legale nu rezultă contrariul¹¹. Desființarea contractului are loc ca efect al exprimării voinței unilaterale a beneficiarului de a pune capăt contractului, fără ca cealaltă parte să se poată opune. Este de la sine înțeles că în cazul manifestării voinței de a denunța

⁹ Art. 1545 C. civ.

¹⁰ A se vedea și D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale, vol. 1 Vânzarea și schimbul*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 240.

¹¹ Art. 1407 C. civ.

contractul, nu se mai pune problema unei executări silite a acestuia ori a rezoluțiunii¹². Dar dreptul potestativ de denunțare unilaterală a contractului poate fi stipulat într-o convenție independent de clauza de arvună. El va urma, în lipsa unei convenții contrare, normele art. 1276-1277 C. civ., putând fi convenit în favoarea uneia sau ambelor părți, cu titlu gratuit ori cu titlu oneros. Ceea ce deosebește clauza de arvună penalizatoare de dreptul de denunțare unilaterală a contractului convenit cu titlu oneros în temeiul art. 1276 C. civ., este plata anticipată a prețului denunțării, chiar la momentul încheierii contractului, dar și voința expresă a părților de a face din această plată o clauză de arvună, trimitând la reglementarea din materia textelor referitoare la arvună¹³.

c) *Când contractul părților se desființează* ca efect al *nulității* contractului, clauza de arvună, în virtutea caracterului său accesoriu, va fi și ea nulă, iar prestația executată ca arvună se restituie. Când contractul părților se desființează ca efect al *imposibilității fortuite de executare* totale și definitive, dreptul de denunțare unilaterală nu s-a exercitat și nu se mai pune problema plății prețului dezicerii, astfel că suma de bani plătită sau cantitatea de bunuri predată cu titlu de arvună penalizatoare la încheierea contractului reprezintă o executare parțială a prestației datorate ori după caz, o garanție a plății prețului dezicerii și este supusă restituirii în temeiul art. 1635 C. civ.

Scurte concluzii

În materie contractuală, legiuitorul oferă părților libertatea de a alege între mai multe mijloace care să confirme sau, după caz, să garanteze executarea contractului ori să permită părților să se dezică de contract în limitele bunei-credințe și ale libertății lor contractuale. Arvuna este rezultatul acordului de voințe al părților și, odată stipulată în contract, îndeplinește mai multe funcții. Arvuna confirmatorie are o funcție compensatorie întrucât părțile convin anticipat cuantumului prejudiciului cauzat prin neexecutarea contractului cât și o funcție penalizatoare față de partea care va pierde arvuna ori o va restitui îndoit în cazul în care nu își execută fără justificare obligațiile contractuale. În cazul arvunei penalizatoare, regăsim aceeași funcție penalizatoare îndeplinită când partea se dezică de contract, dar mai ales dreptul de dezicere în lipsa căruia clauza nu poate exista.

¹² CSJ, s. civ., dec. nr. 2199/1992, în *Deciziile CSJ pe anii 1990-1992*, p. 51-53; C.A. Timișoara, dec. nr. 812/2009 (<http://portal.just.ro>): Dacă părțile au prevăzut în antecontract o clauză de dezicere (de răzgândire) în favoarea uneia sau a ambelor părți, consimțământul poate fi revocat unilateral și instanța nu mai poate pronunța o hotărâre care să țină loc de contract.

¹³ A se vedea și D. Chirică, *Denunțarea unilaterală a promisiunii sinalagmatice de vânzare-cumpărare în temeiul unei clauze de dezicere sau al unei clauze rezolutorii*, în *Dreptul nr. 3/2001*, p. 27.

VÂRSTA MATRIMONIALĂ – CONDIȚIE DE FOND LA ÎNCHEIEREA CĂSĂTORIEI

Lector univ. dr. **Ciprian Raul ROMIȚAN***
Universitatea „Româno-Americană”,
Facultatea de Drept

Abstract

From the legal age, men and women, without any restrictions on race, nationality or religion, have the right to marry and start a family. In the same vein, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms stipulates that from the age established by law, men and women have the right to marry and start a family in accordance with national law governing the exercise of this right.

Both domestic and international law require only a minimum age of the future spouses to conclude the marriage, without providing for a maximum age. The reason for establishing the condition of reaching the minimum age of 18 refers to the physical aptitude necessary for marriage, and also in order to acquire the maturity necessary to understand the importance of the legal act of marriage, to express consent to marriage consciously and freely.

Keywords: *marriage, minor, matrimonial age, fictitious marriage, good reasons, medical opinion, parental consent, guardian consent, guardianship court authorization*

1. Considerații generale. Noțiunea și scopul căsătoriei

Din analiza reglementărilor art. 16 alin. (1) din Declarația Universală a Drepturilor Omului¹, precum și a art. 12 din Convenția pentru protecția drepturilor

* Lector univ. dr. Universitatea „Româno-Americană”, Facultatea de Drept; avocat partener SCA „Roș și asociații”; E-mail: ciprian.romitan@rvsa.ro.

¹ Potrivit art. 16 din Declarația Universală a Drepturilor Omului, „1. Cu începere de la împlinirea vârstei legale, bărbatul și femeia, fără nici o restricție în ce privește rasa, naționalitatea sau religia, au dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie. Ei au drepturi egale la contractarea căsătoriei, în decursul căsătoriei și la desfacerea ei. 2. Căsătoria nu poate fi încheiată decât cu consimțământul liber și deplin al viitorilor soți. 3. Familia constituie elementul natural și fundamental al societății și are dreptul la ocrotire din partea societății și a statului”.

omului și a libertăților fundamentale², „căsătoria” reprezintă un *drept fundamental* al bărbatului și al femeii, ajunși la *vârsta legală*, de a-și întemeia o familie prin alegerea liberă a viitorului soț. În același timp, trebuie să subliniem că libertatea bărbatului și a femeii de a se căsători, presupune și dreptul acestora de a înceta această legătură juridică, prin divorț, în condițiile legii. De asemenea, trebuie să amintim și art. 9 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene³ care reglementează *dreptul la căsătorie și dreptul de a întemeia o familie*.

În literatura de specialitate, *căsătoria* este definită a fi drept „starea prevăzută de lege și atrasă de actul juridic, încheiat între un bărbat și o femeie (viitori soți) în scopul întemeierii unei familii”⁴, „actul juridic încheiat cu respectarea ordinii publice și a bunelor moravuri, între un bărbat și o femeie, în scopul de a întemeia o familie”⁵ sau „uniunea liber consimțită dintre un bărbat și o femeie, încheiată cu respectarea condițiilor de fond și de formă prevăzute de lege, în scopul întemeierii unei familii”⁶.

O definiție interesantă a familiei a fost dată pe la începutul secolului al XX-lea de Mary Richmond, din cadrul unei asociații de caritate din Statele Unite, care spunea că „familia este alcătuită din toți cei care împart aceeași masă”⁷.

Definiția legală a căsătoriei ne este oferită de Codul civil care, în art. 259 alin. (1), o definește ca fiind „uniunea liber consimțită între un *bărbat* și o *femeie*, încheiată în condițiile legii”. După cum se observă, în România nu este reglementată căsătoria între persoane de același sex. De altfel, din lectura dispozițiilor art. 9 a Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, rezultă că această reglementare nici *nu interzice*, dar nici *nu obligă* statele membre ale Uniunii Europene să recunoască căsătoria dintre persoanele de același sex.

Din definițiile menționate rezultă că *scopul căsătoriei este întemeierea unei familii*. De altfel, în toate timpurile, scopul căsătoriei a fost acela de a întemeia o familie. Astfel, într-o excelentă lucrare a academicianului Simion Fl. Marian, apărută

² Art. 12 cu marginala „*Dreptul la căsătorie*”, din Convenția pentru protecția drepturilor omului și a libertăților fundamentale prevede că „Începând cu vârsta stabilită prin lege, bărbatul și femeia au dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie conform legislației naționale ce reglementează exercitarea acestui drept”.

³ Art. 9 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, prevede că „Dreptul la căsătorie și dreptul de a întemeia o familie sunt garantate în conformitate cu legile interne care reglementează exercitarea acestor drepturi”.

⁴ Dan Lupașcu, Cristiana Mihaela Crăciunescu, *Dreptul familiei*, ed. a III-a, emendată și actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 75.

⁵ Teodor Bodoașcă, *Dreptul familiei*, ed. a III-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 36.

⁶ Cristina-Codruța Hageanu, *Dreptul familiei și actele de stare civilă*, ed. a 2-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 24.

⁷ George Neamțu (coord.), *Tratat de asistență socială*, Ed. Polirom, Iași, 2003, p. 669.

în anul 1890⁸, *scopul căsătoriei la români*, după cum rezultă din versurile unor „balade și doine populare, precum și din unele povești”, era:

– „de a avea o consoartă pre ajutorare și petrecere, spre mângâiere și alinarea durerilor în caz de nefericire și suferință, mai pe scurt, spre împărtășirea binelui și a răului, a bucuriei și întristării în decursul întregii vieți;

– de-a avea urmași legitimi, cari să păstreze numele de familie, ca sângele și seminția lor să nu se stingă nici odată, apoi ca să aibă cine moșteni averea părintească, ca acesta să nu treacă în mâni străine, mai departe să aibă cine a se îngriji de dînșii, și a-i sprijini la bătrânețe, iar supămoarte să aibă cine a-i jeli și înmormânta creștinește, a-i pomeni și a le da de pomană, și a se ruga pentru iertarea păcatelor sale;

– ca să nu li se facă aruncare că numai de graba s-au născut și trăit în lumea acesta, după cum prea adese-ori se întâmpla că li se face celor ce rămân necăsătoriți”.

2. Condițiile de fond pentru încheierea căsătoriei

Urmare analizei mai multor opinii exprimate în literatura de specialitate⁹, condițiile de fond pentru încheierea căsătoriei pot fi grupate în:

– *condiții pozitive*, ce trebuie a fi îndeplinite cumulativ pentru a se putea încheia valabil o căsătorie, și anume: *diferența de sex, vârsta matrimonială și consimțământul la căsătorie*,

– *impedimente la căsătorie*, respectiv, *bigamia, rudenia, starea de tutelă, alienația și debilitatea mintală*, existența fie și măcar a unuia afectând valabilitatea căsătoriei.

⁸ Simion Fl. Marian, *Nunta la români, Studiu istorico-etnografic comparativ*, Edițiunea Academiei române, București, Tipografia „Carol Göbl”, 1890, p. 1. Scopul de a avea urmași, rezultă și din versurile unei poezii populare a poetului Vasile Alecsandri (1821-1890): „Fată de birău!/Fă pe dorul meu./Ba, bădiță, ba,/Nu te-oi asculta,/Că mi-i înșela/Și nu mi-i lua./Giur pe mîndrul soare,/Ce sfișit nu are,/Că eu vreu să-mi fii/Mamă la copii!” (Vasile Alecsandri, *Poesii populare ale Românilor*, București, 1866, p. 47, *apud* Simion Fl. Marian, *op. cit.*, p. 1).

⁹ A se vedea Emese Florian, *Dreptul familiei. Căsătoria. Regimuri matrimoniale. Filiația*, ed. 6, Ed. C.H. Beck, București, 2018, p. 31; Marieta Avram, *Drept civil. Familia*, ed. a 2-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2016, pp. 37-59; Dan Lupașcu, Cristiana Mihaela Crăciunescu, *op. cit.*, (2017), pp. 85-98; Teodor Bodoașcă, *op. cit.*, (2015), pp. 57-77; Bogdan Dumitru Moloman, Lazăr Ciprian Ureche, *Noul Cod civil. Cartea a II-a. Despre familie. Art. 258-534. Comentarii, explicații și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 85-120; Lucia Irinescu, *Curs de dreptul familiei*, Ed. Hamangiu, București, 2015, pp. 28-29; Bujorel Florea, Vlad Teodor Florea, *Dreptul familiei și actele de stare civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2019, pp. 35-45; Dumitru Lupulescu, Ana Maria Lupulescu, *Căsătoria și efectele sale*, Ed. Universul Juridic, București, 2019, pp. 46-65; Gabriela Cristina Frențiu, *Comentariile Codului civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pp. 42-58; Antigona Camelia Iordan, *Diferite forme ale cuplurilor necăsătorite. Încheierea căsătoriei (II)*, în „Pro-Lege”, nr. 2/2016, pp. 60-62.

Reglementarea și respectarea condițiilor de fond la încheierea căsătoriei, ne asigură că aceasta s-a făcut în scopul *întemeierii unei familii trainice*, de către un bărbat și o femeie care au aptitudinea fizică și morală de a întemeia o familie¹⁰.

În cele ce urmează, vom face o analiză teoretică și practică a condiției de fond referitoare la *vârsta matrimonială*, denumită și *capacitatea matrimonială*.

3. Vârsta matrimonială (capacitatea matrimonială)

3.1. Scurt istoric privind vârsta matrimonială

După cum se arată în literatura de specialitate mai veche¹¹, vârsta la care se putea contracta o căsătorie validă era reglementată încă de acum aproape trei milenii. Astfel, în Sparta, întemeietorul acesteia, Lycurg, interzicea căsătoria înainte de 37 ani, iar filozoful antic grec Platon, fondatorul Academiei din Atena, dorea ca femeia care, la vârsta de 20 de ani și bărbatul de 30 de ani, nu aveau copii, să fie acuzați de infamie.

Pe ale noastre meleaguri, în Țara Românească, *Pravila lui Matei Basarab* (glava 230) și în Moldova, *Codul Calimach* (art. 70), prevedeau că vârsta minimă pentru căsătorie era de 14 ani împliniți pentru băieți și 12 ani pentru fete. Mai târziu, primul nostru Cod civil adoptat pe timpul lui Cuza, în 1865, după Unirea Moldovei cu Țara Românească din 1859, stabilea în art. 127 că „nu este iertat bărbatului înainte de 18 ani, și femeii înainte de 15 ani, să se căsătorească” iar în art. 128 se prevedea că „numai Domnul (Regele) poate da dispense de vârstă pentru motive grave”. Motivele grave, de cele mai multe ori, se refereau la faptul că viitoarea soție era însărcinată și, astfel, căsătoria putea fi îngăduită, deoarece soția este capabilă de a procrea¹².

În Transilvania, *Legea despre căsătoriile catolicilor în Imperiul Austriac*, promulgată prin Patenta din 8 octombrie 1856, stipula că „dacă pruncii nu au 14 ani și fetele 12 ani, să nu se poată căsători (deși sunt dezvoltăți fizic), până nu au dispensă¹³. Mai târziu, peste aproape patru decenii, *Legea XXXI asupra căsătoriilor*

¹⁰ Marieta Avram, *op. cit.*, (2016), p. 37.

¹¹ Dimitrie Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român, Dreptul civil român în comparație cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, Tomul I, *Titlul preliminar, Persoanele și familia (I)*, ediție anastatică, exemplarul 003, Ed. Universul Juridic, București, 2017, pp. 546-549.

¹² Constantin Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Alexandru Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, volumul I, Colecția Restitutio, Ed. All Beck, București, 2002, p. 187.

¹³ Buletinul guvernului provincial pentru marele principat al Transilvaniei, Sibiu, 1856, p. 522, *apud* Sorina Paula Bolovan, Ioan Bolovan, *Considerații privind vârsta la căsătorie la românii transilvăneni în secolul al XIX-lea*, p. 114, disponibilă la adresa <http://dspace.bcuculuj.ro/bitstream/123456789/47826/4/Bolovan%2bloanConsideratii%2bprivind%2bvârsta%2bla%2bcasatorie-2002.pdf> (accesată la 12.01.2020).

din 1894 prevedea că „cei de etate nedezvoltată nu se pot căsători; bărbatul ajunge la etate dezvoltată la 18 ani, femeia la 16 ani”, însă Ministerul Justiției era abilitat împuternicit să „acorde dispensă de vârstă pentru căsătorie”¹⁴.

Din marea majoritate a dispenselor studiate de cercetătorii în materie¹⁵, rezultă că solicitarea de a li se acorda dispensă de vârstă era motivată prin starea precară a unuia dintre viitorii soți și dragostea puternică dintre aceștia. De exemplu, în cazul Mariei B. din Giulești, în vârstă de 15 ani și 5 luni, în solicitarea acordării dispensei de vârstă se menționează că „era iubire mare între tineri, deoarece de doi ani aveau relații amoroase; familia fetei se găsea într-o situație materială grea, având îngrijă mai mulți copii mici și pe bunicul bătrân și bolnav; părinții fetei erau, la rândul lor bătrâni și neputincioși”. De asemenea, în dosarul prin care C. Iulișca din Nicula, în vârstă de 14 ani și 6 luni, solicita o dispensă de vârstă, se afla o adeverință semnată de parohul satului și de 3 martori, prin care „viitorul socru acceptă ca fata ce se va mărita și soțul ei să aibă drepturi egale la moștenirea averii”.

3.2. Vârsta matrimonială în actuala reglementare

În ceea ce privește vârsta viitorilor soți, legislația în vigoare impune o singură condiție, aceea ca viitorii soți să fi împlinit minim 18 ani [art. 272 alin. (1) C. civ.]¹⁶. Din analiza dispozițiilor art. 272 alin. (1) C. civ. rezultă că legiuitorul a reglementat, ca regulă, exclusiv o vârstă minimă pentru a putea încheia valabil căsătoria, respectiv 18 ani, nefiind reglementată și o vârstă maximă până la care căsătoria se poate încheia. Așa fiind, o persoană se poate căsători și dacă are o vârstă înaintată. Totuși, legea nefăcând nicio referire la diferența de vârstă dintre viitorii soți, o diferență nefirească, după cum se apreciază și în literatura de specialitate¹⁷, poate constitui o dovadă a fictivității căsătoriei care a fost încheiată în alt scop decât acela al întemeierii unei familii.

Rațiunile care au dictat instituirea condiției *vârstei minime* de la care se poate încheia căsătoria, după cum au stabilit și instanțele de judecată¹⁸, sunt multiple. Astfel:

„În primul rând, din punct de vedere biologic, viitorii soți trebuie să aibă aptitudinea fizică necesară pentru a se căsători, adică să fi atins cel puțin vârsta

¹⁴ Ștefan Laday, *Codul civil general austriac*, Cluj, 1924, p. 199, *apud* Paula Bolovan, Ioan Bolovan, *op. cit.*, p. 116.

¹⁵ Sorina Paula Bolovan, Ioan Bolovan, *op. cit.*, p. 119.

¹⁶ Pentru detalii referitoare la vârsta matrimonială, a se vedea Alin-Gheorghe Gavrilescu, *Vârsta matrimonială în actuala statornicire a Codului civil român*, în *Dreptul* nr. 12/2013, pp. 34-51. De asemenea, pentru dezvoltări referitoare la căsătorie în alte state, unde se face referire și la vârsta matrimonială, a se vedea Bogdan Dumitru Moloman, *Căsătoria religioasă în dreptul român*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 70-109.

¹⁷ Emese Florian, *op. cit.*, (2018), p. 36.

¹⁸ Jud. Piatra Neamț, s. civ., sent. civ. nr. 3733 din 2 octombrie 2018, disponibilă online în www.rolii.ro (accesată la 28.09.2019).

pubertății, și cum pubertatea este o chestiune de fapt, legea fixează o vârstă minimă, superioară celei a pubertății reale;

În *al doilea rând*, din punct de vedere psihic și moral, viitorii soți trebuie să fi dobândit maturitatea necesară înțelegerii importanței actului juridic al căsătoriei și asumării în deplină cunoștință de cauză a îndatoririlor pe care le implică decizia lor;

În *al treilea rând*, din punct de vedere juridic, căsătoria este un act juridic, ca atare presupune existența discernământului, ca suport al consimțământului conștient și liber”.

Dar, în alin. (2) al art. 272 C. civ. este reglementată și o situație de excepție, derogatorie de la regula vârstei minime de 18 ani, în care, pentru *motive temeinice*, minorul care a împlinit vârsta de 16 ani se poate căsători în temeiul unui *aviz medical*, cu *încuviințarea părinților* săi sau, după caz, *a tutorelui* și cu *autorizarea instanței de tutelă* în a cărei circumscripție minorul își are domiciliul.

Așadar, pentru ca minorul (femeie sau bărbat) să se poată căsători, în temeiul acestei dispoziții legale derogatorii trebuie îndeplinite următoarele condiții:

– *minorul să fi împlinit vârsta de 16 ani*;

– *să existe motive temeinice*. Codul civil nu prevede ce se înțelege prin sintagma „ *motive temeinice*” și apreciem că nici nu putea oferi o definiție exhaustivă care să cuprindă toate cazurile posibil a se întâlni în viața de zi cu zi. Așadar, revine judecătorului sarcina de a aprecia, de la caz la caz, dacă motivul invocat în cererea de chemare în judecată, prin care se solicită dispensa de vârstă pentru a se încheia căsătoria, este temeinic sau nu. Achiesăm la opiniile exprimate în literatura de specialitate¹⁹, conform cărora, în cuprinsul sintagmei „ *motive temeinice*”, intră: *starea de graviditate, nașterea, boala gravă, starea de concubinaj*, și, putem adăuga, aici, și *logodna*.

În același sens au decis și instanțele de judecată, care, de exemplu, într-o speță²⁰ au arătat că „în doctrina și practica judiciară cu referire la sintagma „ *motive temeinice*” au fost evidențiate ca situații specifice care ar putea constitui motiv pentru acordarea unei astfel de autorizări starea de graviditate a femeii sau nașterea unui copil de către aceasta, boala gravă a unuia dintre viitorii soți sau starea anterioară de concubinaj a acestora”.

De asemenea, într-o altă speță²¹ în care instanța a avut de analizat dacă există *motive temeinice* pentru încheierea căsătoriei, s-a apreciat că „sentimentul intens de

¹⁹ Marieta Avram, *op. cit.*, (2016), p. 45; Dan Lupașcu, Cristiana Mihaela Crăciunescu, *op. cit.*, (2017), p. 86; Adina R. Motica, *Dreptul civil al familiei. Raporturile nepatrimoniale. Curs teoretic și practic*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 54, nota 3.

²⁰ Jud. Cornetu, sent. civ. nr. 776 din 28 februarie 2018, disponibilă online în www.rolii.ro (accesat la 15.05.2020). În același sens, a se vedea și Jud. Vișeu de Sus, sent. civ. nr. 148 din 12 februarie 2020, disponibilă online în www.rolii.ro (accesată la 15.05.2020).

²¹ Tribunalul pentru minori și familie Brașov, dec. civ. nr. 170 din 22 mai 2019, disponibilă online în www.rolii.ro (accesată la 28.09.2019).

dragoste ce s-a creat între minoră și partenerul acesteia, chiar dacă este sublim, nu constituie un „motiv temeinic”, în înțelesul Codului civil, pentru a scoate de sub tutela legii un minor, protejat printr-o capacitate de exercițiu restrânsă și a-i acorda capacitatea civilă deplină cuvenită unui persoane adulte, cu consecințele juridice ce decurg din aceasta – aptitudinea persoanei de a încheia singură acte juridice civile. Însă, ținând cont de faptul că, în apel, petenta a dovedit împrejurarea că minora este la acest moment însărcinată în 19 săptămâni și urmează a da naștere unui copil în perioada imediat următoare, Tribunalul apreciază, în acest nou context și a dorinței părților de a întemeia și ocroti o nouă familie încheiată, cu toate efectele juridice ce decurg din aceasta, că în cauză există motive temeinice în înțelesul legii (Codul civil) pentru a autoriza încheierea căsătoriei de către minoră”.

– *să existe un aviz medical* care să ateste gradul de maturizare fiziologică, psihică și intelectuală a persoanei care solicită dispensa de vârstă cât și, eventual, existența motivului temeinic pentru care se solicită dispensa de vârstă. Cu privire la *avizul medical*, instanțele de judecată²² au reținut că „acest aviz este esențial și prealabil atât încuviințării părintești, cât și autorizării instanței de tutelă. În ceea ce privește conținutul avizului medical, în lipsa unor precizări legale și profitând de concluziile exprimate pe marginea prevederilor asemănătoare cuprinse în Codul familiei (în prezent, abrogat – n.a.), acest document medical urmează să ateste un nivel de maturizare fizică, fiziologică, psihică și intelectuală de natură să permită minorului asumarea îndatoririlor specifice stării de căsătorie”. În același sens, într-o altă speță²³, s-a arătat că „pe baza mențiunilor din cuprinsul certificatului medico-legal, instanța constată că petenta este aptă să coabiteze, să ducă o sarcină, să nască și să îngrijească un copil, prezentând o dezvoltare fizică și psihică ce îi permite să se căsătorească, sens în care avizează favorabil obținerea dispensei de vârstă pentru căsătorie, iar concluziile anchetei sociale efectuate la domiciliul petentei sunt favorabile autorizării încheierii acestei căsătorii”.

De asemenea, într-o speță²⁴ ce a avut ca obiect o cerere pentru încuviințarea căsătoriei a doi minori, instanța a constatat că, în probațiune, petenții au depus următoarele înscrisuri: „adeverințe medicale, certificat medico-legal, copie C.I., copie certificat de naștere, C.I. a reprezentanților legali, declarația dată de reprezentanții legali la notarul public, anchetă socială, chitanță taxă timbru judiciar. Ambii petenți au împlinit vârsta de 16 ani, părinții ori reprezentantul legal al acestora și-au exprimat acordul în vederea încheierii căsătoriei conform înscrisurilor anterior menționate, iar prin certificatul medico-legal, pentru obținerea dispensei de vârstă

²² Jud. Dej, sent. civ. nr. 183 din 15 martie 2018, disponibilă online în www.rolii.ro (accesată la 28.09.2019).

²³ Jud. Vișeu de sus, sent. civ. nr. 148 din 12 februarie 2020, disponibilă online în www.rolii.ro (accesată la 15.05.2020).

²⁴ Jud. Sighetu Marmației, sent. civ. nr. 1770 din 15 iunie 2017, disponibilă online în www.rolii.ro (accesată la 28.09.2019).

pentru căsătorie, s-a avizat favorabil dispensa de vârstă în vederea încheierii căsătoriei. Văzând actele și lucrările dosarului și având în vedere că, potrivit certificatului medico-legal, petenta este însărcinată (săptămâna 12), instanța constată că există motive temeinice raportat la dispozițiile art. 272 alin. (1) C. civ. și, pe cale de consecință, urmează a fi admise cererile potrivit dispozitivului”.

O decizie asemănătoare de admitere a cererii petenților minori²⁵, în vârstă de 17 ani, a fost admisă întrucât, din „adeverințele medicale depuse la dosar, rezulta că ambii minori erau clinic sănătoși și apti pentru a încheia o căsătorie, iar la termenul de judecată, instanța a observat, prin propriile simțuri, că minora este însărcinată, sarcina fiind într-o stare avansată, intimata arătând că se află în luna a 8-a de sarcină”.

Într-o altă speță²⁶, „instanța a reținut că din actele depuse la dosar a rezultat că minora are vârsta de 16 ani, fiind născută la data de 26.12.1998 și este aptă din punct de vedere medical a se căsători. Din ancheta socială efectuată în cauză a rezultat că minora face parte dintr-o familie unită, că mai are un frate minor și că familia o susține în demersurile sale pentru căsătorie. Petenții, în calitatea lor de reprezentanții legali ai minorei, și-au dat acordul în fața instanței pentru căsătoria fiicei lor cu sus-numitul. (...). Având în vedere faptul că minora conviețuiește cu viitorul soț de peste un an, ceea ce constituie un motiv temeinic pentru încheierea căsătoriei și constatând îndeplinite și celelalte condiții prevăzute de lege sub aspectul vârstei minorei, al acordului părinților și al avizului medical, instanța urmează a admite cererea formulată și a autoriza căsătoria minorei”.

– *să existe încuviințarea părinților sau, după caz, a tutorelui, a persoanei ori autorității abilitată să exercite drepturile părintești.* În opinia unui autor²⁷, impunerea condiției încuviințării căsătoriei de către persoanele menționate în textul legal, „reprezintă o limitarea nejustificată a capacității de exercițiu a persoanei minore ce dorește să se căsătorească, atât timp cât aceasta va dobândi capacitate deplină de exercițiu, imediat după căsătorie, iar dreptul de a se căsători este unul strict personal”. Cu privire la această încuviințare, într-o speță²⁸, instanța a apreciat că „este deosebit de importantă, dată fiind capacitatea restrânsă de exercițiu, minorul se află sub protecția celor obligați să-i asigure ocrotire după cum rezultă din art. 106 alin. (1) C. civ., sub protecția părinților, a tutorelui (tutorilor), a persoanei la care minorul se află în plasament sau, în cazul măsurilor de protecție specială, a acelei autorități care a preluat sarcina ocrotirii. Autorizarea căsătoriei de către instanța de tutelă este menită să asigure verificarea seriozității și temeiniciei

²⁵ Jud. Zalău, sent. civ. nr. 273 din 25 februarie 2020, disponibilă online în www.rolii.ro (accesată la 26.04.2020).

²⁶ Jud. Buhuși, sent. civ. nr. 437 din 4 iunie 2015, disponibilă online în www.rolii.ro (accesată la 28.09.2019).

²⁷ Cristina Codruța Hageanu, *op. cit.*, p. 26.

²⁸ Jud. Buhuși, sent. civ. nr. 437 din 4 iunie 2015, *op. cit.*, *supra*.

motivelor invocate de minor, precum și a îndeplinirii celorlalte condiții speciale – avizul medical și, posibil, existența încuviințării ocrotitorului”.

În cazul în care unul dintre părinți refuză să încuviințeze căsătoria, instanța de tutelă hotărăște și asupra acestei divergențe, având în vedere interesul superior al copilului. În alte cuvinte, dacă părinții își exercită abuziv dreptul de a încuviința căsătoria copiilor lor minori, refuzând să încuviințeze căsătoria, persoana în cauză, respectiv, copilul minor, poate să solicite instanței de tutelă să hotărască, având în vedere interesul superior al copilului.

Totodată, legea reglementează și situația în care unul dintre părinți este decedat sau se află în imposibilitate de a-și manifesta voința. În acest caz, potrivit art. 272 alin. (3) C. civ., este suficientă încuviințarea celuilalt părinte. De asemenea, în alin. (4) al aceluiași articol, se stipulează că, în condițiile art. 398 C. civ.²⁹, este suficientă *încuviințarea părintelui care exercită autoritatea părintească*, iar dacă nu există nici părinți, nici tutore care să poată încuviința căsătoria, este *necesară încuviințarea persoanei sau a autorității care a fost abilitată să exercite drepturile părintești* [alin. (5)]. Această persoană poate să fie o rudă a minorului, asistentul maternal, o familie sau o instituție de ocrotire care a avut copilul în plasament³⁰.

De exemplu, într-o speță³¹ ce a avut ca obiect o cerere pentru încuviințarea căsătoriei unui minor, „având în vedere că tatăl reclamantei minore era încarcerat în penitenciarul Iași, în executarea unei pedepse privative de libertate de 11 ani închisoare, fiindu-i interzise drepturile părintești până la executarea sau considerarea ca executată a pedepsei principale”, instanța a acceptat ca doar mama acesteia să-și dea consimțământul pentru încheierea căsătoriei ficei sale minore.

În concluzie, din studiul nostru rezultă că, atât legislația internă, cât și cea internațională, impune doar o vârstă minimă a viitorilor soți pentru încheierea căsătoriei (18 ani și pentru *motive temeinice*, minorul care a împlinit vârsta de 16 ani), fără să prevadă și o vârstă maximă, ceea ce înseamnă, după cum am mai arătat, că se poate încheia și la o vârstă înaintată, bineînțeles, cu îndeplinirea și a celorlalte condiții de fond impuse de legislația în vigoare în materie.

²⁹ Conform art. 398 C. civ., „(1) Dacă există motive întemeiate, având în vedere interesul superior al copilului, instanța hotărăște ca autoritatea părintească să fie exercitată numai de către unul dintre părinți. (2) Celălalt părinte păstrează dreptul de a veghea asupra modului de creștere și educare a copilului, precum și dreptul de a consimți la adopția acestuia”.

³⁰ Lucia Irinescu, *op. cit.*, p. 37.

³¹ Jud. Rădăuți, sent. civ. nr. 2674 din 25 iunie 2018, disponibilă în www.rolii.ro (accesată la 28.09.2019).

DESCHIDEREA ȘI EFECTELE PROCEDURII JUDICIARE DE INSOLVENȚĂ PRIN LICHIDAREA ACTIVELOR DEBITORULUI PERSOANĂ FIZICĂ

*Prof. univ. dr. Viorel GĂINĂ
Universitatea din Craiova,
Facultatea de Drept*

Abstract

The over-indebtedness of the individuals consumers and their weakening may be generated by social circumstances beyond their control. By Law no. 151/2015 on insolvency of individuals, it was created a legal framework to protect the balance that must exist between creditors and debtors individuals consumers.

The legal insolvency proceedings by the liquidation of the individual debtor assets is a form of insolvency proceedings achievement and a legal remedy.

The opening of such a procedure may be made at the request of the debtor or, where applicable, of the creditors for the cases expressly provided by law (e.g: the debtor's financial situation is irrevocably compromised, the rejection of the request for the opening of the plan reimbursement procedure, the non-approval or non-reimbursement plan, failure to complete the reimbursement plan etc.).

The request for opening an insolvency proceeding by divestment shall be settled by the court in whose jurisdiction the debtor has had the home address, the residence or the usual residence for the last 6 months prior to the court hearing the case.

The opening of insolvency proceedings through the liquidation of assets produces certain effects (e.g: limitation of the debtor's right of disposal on his property, suspension of individual forced execution against the debtor's assets, suspension of the prescription of the right of creditors to demand forced execution against the debtor, suspension of the flow of interest, delay increases and any other accessories).

Keywords: *consumer; insolvency; individual; liquidation of assets; opening proceedings.*

I. Noțiunea, caracterele și scopul procedurii de insolvență prin lichidarea activelor debitorului persoană fizică

1. Noțiunea procedurii

Procedura insolvenței persoanelor fizice a fost reglementată prin Legea nr. 151/2015 pentru crearea unui cadru juridic de protecție a persoanelor fizice, debitori de bună credință, în situația în care sunt în imposibilitate de plată, datorită unui cumul de datorii pe care trebuie să le ramburseze.

Adoptarea actului normativ mai înainte menționat s-a făcut avându-se în vedere atât contextul economico-social existent într-o lume tot mai globalizată precum și pe fondul armonizării legislației românești față de legislația Uniunii Europene. Dinamica globalizării¹ creează pe lângă efectele benefice și convulsii economico-sociale de tipul crizelor² economice ale căror consecințe se manifestă și prin supraîndatorarea persoanelor fizice consumatori și vulnerabilizarea acestora³.

În Preambulul Regulamentului (UE) nr. 848/2015 privind procedurile de insolvență se recomandă să fie aplicate unele proceduri de insolvență și debitorilor persoane fizice comercianți sau particulari⁴.

Protecția juridică a consumatorilor persoane fizice debitori de bună-credință aflați în imposibilitate de plată se realizează în regimul Legii nr. 151/2015 în următoarele forme procedurale: procedura de insolvență pe bază de plan de rambursare a datoriilor; procedura judiciară de insolvență prin lichidarea de active; procedura simplificată de insolvență (art. 5 din Legea nr. 151/2015).

Procedura judiciară de insolvență prin lichidarea de active este o procedură concursuală, colectivă și egalitară în care se valorifică bunurile debitorului pentru plata datoriilor creditorilor (art. 3 pct. 18 din Legea nr. 151/2015).

Ea se deschide doar de instanța de judecată, direct, la cererea debitorului sau poate fi consecința unei respingeri a unei cereri de deschidere a unei proceduri pe bază de plan de rambursare a datoriilor sau a eșuării unei asemenea proceduri⁵.

Valorificarea bunurilor și (sau) veniturilor debitorului se realizează de lichidatorul judiciar.

Procedura judiciară de insolvență prin lichidarea de active, este o procedură de insolvență concursuală, colectivă și egalitară, care se deschide de instanța de judecată direct la cererea debitorului persoană fizică de bună-credință sau a respingerii unei

¹ A. M. Găină, *Comerț internațional*, Ed. Universitaria, Craiova, 2014, p. 39.

² A.M. Găina, *Globalizarea și crizele financiare*, Ed. Pro Universitaria, București, 2012, p. 54.

³ C.B. Nasz, *Procedura insolvenței persoanelor fizice*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 31.

⁴ Regulamentul (UE) nr. 848/2015 al Parlamentului European și al Consiliului din 20.05.2015 privind procedurile de insolvență, Preambul pct. 9.

⁵ M. Comșa, *Legea privind procedura insolvenței persoanelor fizice nr. 151/2015. Legislație relevantă și comentări*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 86.

cereri de deschidere a unei proceduri pe bază de plan de rambursare a datoriilor sau a eşuării unor asemenea proceduri și are ca scop valorificarea bunurilor și (sau) veniturilor urmăribile ale debitorului, de către lichidatorul judiciar, pentru acoperirea pasivului debitorului, urmată de eliberarea acestuia de datoriile reziduale⁶.

2. Caracterele procedurii

Procedura judiciară de insolvență prin lichidare de active, aplicabilă debitorului persoană fizică de bună-credință este concursuală, colectivă, egalitară și judiciară.

În cadrul procedurii judiciare de insolvență prin lichidarea de active creditorii sunt în concurs deoarece interesele lor patrimoniale sunt satisfăcute proporțional conform ordinii stabilite în cadrul procedurii în raport de creanța pe care o deține creditorul respectiv. Fiecare creditor își satisface interesul individual în concurs cu interesele celorlalți creditori⁷.

Caracterul colectiv al procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active, constă în faptul că toți creditorii debitorului își valorifică creanțele într-o procedură comună și nu individuală. Executările silite și orice alte urmăriri individuale ale creditorilor se suspendă, ei putând să-și valorifice creanțele doar în procedura deschisă.

Procedura judiciară de insolvență prin lichidarea de active are și caracter egalitar deoarece toți creditorii interesați participă împreună la procedură și sunt reuniți într-un tabel de creanțe indiferent de natura creanțelor. Ei sunt satisfăcuți împreună, proporțional cu mărimea creanțelor în ordinea stabilită de lege.

Caracterul judiciar al procedurii de insolvență prin lichidarea de active este dat de faptul că procedura se desfășoară sub controlul instanței judecătorești. Procedura se desfășoară în fața instanței de judecată iar competența materială și teritorială aparține judecătoriei în raza căreia și-a avut domiciliul, reședința sau reședința obișnuită debitorul cel puțin 6 luni anterior datei sesizării instanței [art. 10(1) din Legea nr. 151/2015].

3. Scopul procedurii

Procedura judiciară de insolvență prin lichidarea de active are ca scop acoperirea pasivului debitorului și descărcarea acestuia de datoriile reziduale, care rămân neacoperite după perioada de supraveghere postînchidere procedură de insolvență. Obligațiile codebitorilor și ale terților garanți rămân în continuare chiar dacă sunt șterse datoriile reziduale.

⁶ C.B. Nasz, *op. cit.*, 2016, p. 277.

⁷ R. Bufan, A. Deli-Diaconescu, F. Moțiu, coordonatori și colaboratori, *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 88.

II. Deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active

1. Situațiile de deschidere a procedurii

1.1. Identificarea situațiilor de deschidere a procedurii insolvenței prin lichidare de active

Situațiile de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidarea activelor debitorului persoană fizică sunt prevăzute în art. 46 din Legea nr. 151/2015. Aceste situații sunt: la cererea debitorului aflat în insolvență; la cererea oricărui creditor atunci când planul de rambursare a datoriilor nu poate fi adus la îndeplinire, din motive neimputabile debitorului; la cererea tuturor creditorilor dacă planul de rambursare a datoriilor nu poate fi adus la îndeplinire din motive imputabile debitorului și, instanța constatând aceasta, închide procedura pe bază de plan⁸.

În cadrul primei situații, adică aceea privind cererea debitorului, în art. 46 lit. a) din lege, sunt prevăzute mai multe cazuri care ar putea determina deschiderea procedurii (ex.: situația financiară a debitorului este iremediabil compromisă; respingerea cererii de deschidere a procedurii pe bază de plan de rambursare; neaprobarea sau neconfirmarea niciunui plan de rambursare; neîndeplinirea planului de rambursare din motive neimputabile debitorului).

1.2. Situația deschiderii procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active la cererea debitorului aflat în insolvență și cazurile acesteia [art. 46 lit. a) din Legea nr. 151/2015]

a. Situația financiară a debitorului este iremediabil compromisă [art. 46 lit. a) pct. 1 din Legea nr. 151/2015]

Debitorul persoană fizică poate solicita deschiderea procedurii insolvenței dacă situația sa financiară este iremediabil compromisă [art. 46 lit. a) pct. 1 din Legea nr. 151/2015]. În lege nu se fac precizări privind ce înseamnă o situație financiară iremediabil compromisă, pentru a justifica o cerere de deschidere a procedurii de insolvență prin lichidarea de active, ceea ce înseamnă că evaluarea unor asemenea situații rămâne la aprecierea instanței, la care este adresată cererea.

La cererea de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active, debitorul trebuie să atașeze actele prevăzute în art. 13 alin. (5) lit. b)-o), care se referă la identificarea creditorilor și a creanțelor acestora, acțiunile judiciare împotriva debitorului, statutul civil și profesional al debitorului, veniturile și sursele acestora, bunurile debitorului și alte elemente de activ ale acestuia, persoanele pe care le are în întreținere debitorul etc.

⁸ C.B. Nasz, *op. cit.*, 2016, p. 279.

Dacă în urma analizei documentelor menționate se constată că debitorul este mult supraîndatorat față de veniturile și bunurile sale și nu există nicio perspectivă de remediere a situației sale financiare (lipsa unui loc de muncă; venituri mici din alte surse; cheltuieli de întreținere pentru membrii familiei cu mult peste nivelul resurselor etc.) atunci se poate aprecia că debitorul este într-o situație financiară iremediabil compromisă și trebuie pus sub protecția instanței, pentru a se putea acoperi din creanțe.

b. Respingerea cererii de deschidere a procedurii pe bază de plan de rambursare a datoriilor de către comisia de insolvență cu propunerea de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active [art. 46, lit. a) pct. 2 din Legea nr. 151/2015]

Debitorul poate să ceară comisiei de insolvență să-i fie deschisă procedura administrativă pe bază de plan de rambursare a datoriilor (art. 13 din Legea nr. 151/2015).

Comisia de insolvență, în urma examinării cererii formulate de debitor, poate emite o decizie de admitere în principiu a acesteia sau dacă situația financiară a debitorului este iremediabil compromisă respinge cererea și, cu acordul debitorului, sesizează instanța pentru deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active, dacă debitorul are bunuri și/sau venituri urmăribile (art. 14 din Legea nr. 151/2015).

Dacă debitorul nu își dă acordul atunci comisia de insolvență respinge cererea și debitorul poate să introducă el la instanță o cerere de deschidere a procedurii insolvenței prin lichidare de active.

În cazul în care debitorul este de acord cu sesizarea instanței de către comisia de insolvență, sesizarea echivalează cu o cerere a debitorului.

Lipsa acordului debitorului nu dă dreptul comisiei de insolvență pentru a sesiza instanța cu o cerere de deschidere a procedurii, deoarece nu are o asemenea competență, iar pentru debitor, formularea unei asemenea cereri este un drept⁹ și nu o obligație.

Comisia de insolvență poate respinge cererea debitorului privind deschiderea procedurii insolvenței pe bază de plan de rambursare în următoarele cazuri: dacă nu sunt întrunite condițiile prevăzute de lege [ex.: debitorul nu îndeplinește condițiile pentru a-i fi aplicată procedura insolvenței persoanei fizice prevăzute de art. 4(1) și art. 3m pct. 12 și anume: să fie în stare de insolvență, are domiciliul sau reședința de 6 luni anterior depunerii cererii în România, cuantumul datoriilor este cel puțin egal cu valoarea-prag; debitorul să se afle în una dintre situațiile prevăzute de art. 4 alin. (3) și (4), adică nu mai poate beneficia de procedură pentru că în ultimii 5 ani a mai fost subiect al unei proceduri de insolvență aplicabile persoanei fizice sau procedurile aplicabile acestuia s-au închis din motive imputabile lui ori el a fost condamnat pentru evaziune fiscală, fals sau infracțiuni contra

⁹ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 247.

patrimoniului prin nesocotirea încrederii sau a fost concediat în ultimii doi ani din motive imputabile ori nu a depus diligențe pentru a munci sau a acumulat datorii din cheltuieli voluptorii]; debitorul are bunuri valorificabile din al căror preț s-ar acoperi totalitatea creanțelor; cuantumul datoriilor ce ar rămâne neplătite este mai mic decât valoarea-prag. Respingerea cererii de către comisia de insolvență pentru oricare dintre motivele mai înainte menționate dau dreptul debitorului de a formula la instanța competentă o cerere de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active.

c. Neaprobarea sau neconfirmarea de către instanță a niciunui plan de rambursare [art. 46 lit. a) pct. 3]

Planul de rambursare a datoriilor este un instrument juridic specific procedurii administrative de insolvență desfășurată în fața comisiei de insolvență. El constă într-un act elaborat de debitor împreună cu administratorul procedurii în care sunt cuprinse modul de acoperire a creanțelor împotriva averii debitorului, cuantumul plăților și termenele de plată conform tabelului de creanțe, dar și orice alte măsuri pentru redresarea financiară a debitorului (art. 3 pct. 15 din Legea nr. 151/2015).

Planul de rambursare a datoriilor propus de către administratorul judiciar împreună cu debitorul trebuie conciliat cu creditorii, votat și aprobat de aceștia.

Planul de rambursare este aprobat sau considerat aprobat dacă a fost votat favorabil de creditorii care reprezintă minim 55% din valoarea totală a creanțelor și 30% din valoarea creanțelor care beneficiază de cauze de preferință [art. 28(1) din Legea nr. 151/2015].

Dacă planul de rambursare nu este aprobat cu majoritatea prevăzută de lege, administratorul procedurii consemnează într-un proces-verbal opinia sa privind motivele neaprobării planului raportat la caracterul echitabil al măsurilor propuse față de creditorii și-l depune la comisia de insolvență, în 3 zile de la data la care s-a încheiat votul.

Comisia de insolvență verifică procesul verbal și-l confirmă sau infirmă. Dacă procesul verbal este infirmat acesta se transmite la administratorul judiciar pentru reluarea votului asupra planului de rambursare sau pentru completarea procesului verbal.

Dacă se confirmă procesul verbal și planul de rambursare este în continuare neaprobat, acestea se comunică debitorului. Într-o asemenea situație debitorul poate cere instanței în termen de 7 zile de la comunicarea procesului verbal, fie confirmarea planului, fie deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active [art. 32(1) din Legea nr. 152/2015]. Instanța poate confirma planul de rambursare și, implicit, derularea procedurii de insolvență pe bază de plan de rambursare.

În cazul în care niciun plan de rambursare nu a fost aprobat sau, după caz, nu a fost confirmat de instanța judecătorească, debitorul de bună-credință poate formula cerere de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidarea de active.

O asemenea situație de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active a fost apreciată în sensul că suntem în „ipoteza în care creditorii sau cea mai mare parte a acestora nu acceptă reducerea sumelor propuse prin plan sau consideră că prin valorificarea bunurilor (mai ales creditorii garanți) ar obține mai mult, deși debitorul ar putea plăti o parte din datorii, situația sa financiară nefiind iremediabil compromisă”¹⁰.

d. Neaducerea la îndeplinire a planului de rambursare din motive care nu-i sunt imputabile debitorului [art. 46 lit. a) pct. 4]

Pe parcursul derulării planului de rambursare a datoriilor pot apărea situații neimputabile debitorului, care fac imposibilă îndeplinirea acestuia (ex.: calamitatea culturilor agricole care nu mai pot fi valorificate și care dețineau o pondere foarte mare în obținerea de venituri ale debitorului; scăderea drastică a valorii unor imobile ca efect al unei crize economico-financiare extinse, care nu mai pot fi valorificate la nivelul prognozat cu consecința neacoperirii rambursărilor stabilite prin plan etc.). Pe fondul imposibilității de aducere la îndeplinire a planului datorită unor motive care nu-i sunt imputabile debitorului, acesta sau administratorul procedurii pot cere comisiei de insolvență închiderea procedurii de insolvență pe bază de plan de rambursare a datoriilor și de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active. Comisia de insolvență constatând că planul nu mai poate fi executat va înainta cererea debitorului la instanța competentă pentru deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active [art. 43(1) din Legea nr. 151/2015].

În mod practic debitorul este menținut în procedura insolvenței dar trecut într-o altă formă, din motive¹¹ care țin de scopul procedurii (ex.: redresarea debitorului; acoperirea pasivului etc.), dar și pentru celeritatea procedurii prin evitarea formalităților privind deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active în baza unei cereri noi din partea debitorului.

1.3. Situația deschiderii procedurii de insolvență prin lichidare de active la cererea oricărui creditor dacă planul de rambursare nu poate fi adus la îndeplinire din motive neimputabile debitorului și cazurile acesteia [art. 46 lit. b) din Legea nr. 151/2015]

a. Când și pentru ce motive poate oricare creditor să ceară deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active pe motive neimputabile debitorului, de nerealizare a planului de rambursare?

Creditorii au și ei posibilitatea de a solicita deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active dacă planul de rambursare nu se poate aduce la îndeplinire din motive neimputabile debitorului [art. 46 lit. b) din Legea nr. 151/2015].

¹⁰ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 247.

¹¹ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 247.

Problema care se poate ridica este dacă solicitarea poate fi făcută pentru oricare motive neimputabile de realizare a planului de rambursare și dacă numai atunci când debitorul sau administratorul procedurii stau în pasivitate și refuză să sesizeze comisia de insolvență cu o asemenea cerere pentru situația respectivă. De ce ridicăm această problemă?

Pentru că în privința consecințelor neexecutării planului de rambursare, în art. 43 din Legea nr. 151/2015, o asemenea posibilitate este conferită debitorului și administratorului procedurii fără a distinge care sunt motivele, în concret, în timp ce pentru creditorii sunt precizate în mod expres anumite motive (ex.: neefectuarea plăților prevăzute în plan cel puțin 6 luni de la scadență; neachitarea creanțelor creditorilor curenți cel puțin 90 de zile de la scadență etc.). La prima vedere s-ar putea trage concluzia ca doar atunci când debitorul sau administratorul procedurii refuză să ceară comisiei de insolvență pentru oricare motive neimputabile de realizare a planului, creditorii ar putea ei să suplinească pasivitatea și refuzul, deoarece pentru ei ar fi accesibile doar posibilitățile legate de plățile restante din cadrul planului. Dar, cum la art. 46 lit. b) din Legea nr. 151/2015 se acoperă orice situație neimputabilă prin formularea că deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active se poate cere de oricare dintre creditorii „dacă planul de rambursare nu poate fi adus la îndeplinire din motive neimputabile debitorului”, fără, însă, a le preciza, considerăm că pentru oricare motiv neimputabil, inclusiv pentru cele din art. 43, creditorii pot cere comisiei de insolvență să constate situația, să încheie procedura pe bază de plan de rambursare și să înainteze cererea instanței competente.

b. Neefectuarea plăților prevăzute în planul de rambursare cel puțin 6 luni de la scadență din motive neimputabile debitorului [art. 43(2) din Legea nr. 151/2015]

Creditorii pot să ceară deschiderea procedurii de insolvență prin lichidare de active, dacă, din motive neimputabile, debitorul nu a efectuat plățile prevăzute în planul de rambursare cel puțin 6 luni de la scadență din motive neimputabile debitorului [art. 43(2) din Legea nr. 151/2015].

Neîndeplinirea unor măsuri din planul de rambursare, pentru o perioadă destul de mare, și anume 6 luni, arată că executarea planului este în pericol sau nu mai poate să fie executat în continuare, chiar dacă din motive neimputabile debitorului. Creditorii sunt îndreptățiți să ceară deschiderea procedurii de insolvență prin lichidare de active și să mențină debitorul în procedură, dar pentru valorificarea bunurilor acestuia și îndeplinirea creanțelor lor. Prin această posibilitate de trecere din procedura de rambursare pe bază de plan în cea judiciară prin lichidare de active se câștigă timp prin evitarea unor noi formalități procedurale care ar trebui făcute, pentru valorificarea bunurilor și recuperarea creanțelor de către creditorii.

c. Neachitarea creanțelor creditorilor curenți cel puțin 90 de zile de la scadență din motive neimputabile debitorului [art. 43(3) din Legea nr. 151/2015].

Creditorii curenți ale căror creanțe nu au fost achitate din motive neimputabile debitorului timp de cel puțin 90 de zile de la scadență, pot să ceară instanței deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active [art. 43(3) din Legea nr. 151/2015]. O asemenea situație este asimilată celor pentru neexecutarea planului de rambursare a datoriilor și, în consecință, realizarea acestuia este sub semnul îndoielii. Mai mult decât atât, debitorul nu poate să continue executarea planului fără asigurarea serviciilor curente (ex.: utilități; folosința imobilului cu chirie; servicii de întreținere și pază bunuri etc.). Creanțele curente sunt măsurate în timpul procedurii din raporturi juridice care țin de punerea în executare a planului de rambursare a datoriilor. Neachitarea creanțelor curente care sunt scadente de cel puțin 90 de zile chiar din motive neimputabile debitorului poate fi considerată o situație de neexecutare a planului de rambursare și creditorii curenți pot cere deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active. Instanța sesizată constată neîndeplinirea planului din motive neimputabile debitorului și închide procedura insolvenței pe bază de plan de rambursare și dispune deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active.

1.4. Situația deschiderii procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active la cererea tuturor creditorilor pentru neîndeplinirea planului de rambursare din motive neimputabile debitorului [art. 46 lit. c) din Legea nr. 151/2015]

a. Sesizarea instanței

Dacă măsurile din planul de rambursare nu sunt executate sau sunt executate cu întârziere ori incomplet din motive care sunt imputabile debitorului, orice creditor, administratorul procedurii sau comisia de insolvență poate să ceară de îndată instanței să închidă procedura de insolvență pe bază de plan de rambursare. Creditorul poate, prin aceeași cerere, să solicite și deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active. O asemenea posibilitate este conferită și creditorului curent, a cărui creanță nu a fost achitată cel puțin 90 de zile de la scadență [art. 43(5) din Legea nr. 151/2015].

b. Constatarea neîndeplinirii planului din motive imputabile debitorului și deschiderea procedurii judiciare prin lichidare de active

Instanța sesizată, după caz, de debitor, creditor, administratorul procedurii ori comisia de insolvență, dacă va constata că măsurile din planul de rambursare nu au fost implementate din motive imputabile debitorului, va închide procedura insolvenței pe bază de plan de rambursare.

Când, prin cererea sa, un creditor a solicitat și deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active, instanța va putea să dispună deschiderea unei asemenea proceduri, dacă toți creditorii sunt de acord. Apreciem că, un asemenea

acord este necesar, având în vedere interesul tuturor creditorilor în recuperarea creanțelor lor. Ei au posibilitatea de a opta pentru lichidarea de active sau executarea silită pe calea dreptului comun asupra bunurilor debitorului. Datorită neexecutării planului de rambursare din motive imputabile debitorului, acesta nu beneficiază de eliberarea de datoriile reziduale după închiderea procedurii pe bază de plan. Debitorul va trebui să acopere creanțele cuprinse în tabelul de creanțe cu dobânzi și penalități.

2. Cererea de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active

2.1. Titularii cererii

Cererea de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active poate fi făcută, după caz, de debitor sau de creditor.

Debitorul poate introduce cerere de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active pentru situațiile prevăzute de art. 46 lit. a) pct. 1-4 din Legea nr. 151/2015 (situația financiară a debitorului este iremediabil compromisă; respingerea cererii de deschidere a procedurii pe bază de plan de rambursare; neaprobarea sau neconfirmarea niciunui plan de rambursare; neaducerea la îndeplinire a planului de rambursare din motive care nu-i sunt imputabile debitorului).

Creditorii pot și ei să solicite deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active în situațiile prevăzute de art. 46 lit. b) și c) și art. 43 (2)(3)(6) din Legea nr. 151/2015 (dacă planul de rambursare nu poate fi adus la îndeplinire din motive neimputabile debitorului; dacă planul de rambursare nu poate fi adus la îndeplinire din motive imputabile debitorului; dacă timp de 6 luni de zile de la scadență nu s-au plătit creditorului sumele prevăzute în planul de rambursare, din motive neimputabile debitorului; dacă nu s-au plătit creanțele curente de cel puțin 90 de zile din motive neimputabile debitorului).

Debitorul și creditorii sunt persoanele îndreptățite să ceară deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active, deoarece ele sunt cele interesate de acoperirea creanțelor în cadrul procedurii și cunosc cel mai bine situația patrimoniului persoanei fizice debitoare. Mai mult decât atât, motivația formulării unei asemenea cereri este susținută și de situația financiară iremediabilă a debitorului sau de eșecul realizării planului de rambursare a datoriilor.

2.2. Conținutul cererii și anexele acesteia

a. Cererea debitorului a cărei situație financiară este iremediabil compromisă [art. 46 lit. a) pct. 1 din Legea nr. 151/2015 și art. 47(1) din Legea nr. 151/2015]

Conform art. 47(1) din Legea nr. 151/2015, cererea debitorului a cărei situație financiară este iremediabil compromisă trebuie să cuprindă datele și informațiile

care sunt prevăzute în art. 13 alin. (5) lit. b)-o) din Legea nr. 151/2015 și să fie însoțită de actele menționate în textul de lege respectiv.

Potrivit art. 13 alin. (5) din Legea nr. 151/2015, „cererea debitorului este un formular tipizat”. Când s-a stabilit prin lege regimul de formular tipizat al cererii debitorului care se află într-o situație financiară iremediabilă, s-a avut în vedere, probabil, posibilitatea redusă a acestuia de a mai suporta costurile unei asistențe juridice în redactarea de către un specialist în domeniul juridic, a cererii de deschidere a procedurii insolvenței.

Cererea debitorului trebuie, însă, să îndeplinească toate cerințele prevăzute de art. 148 din Codul de procedură civilă pentru orice cerere care este adresată instanțelor de judecată (ex.: să fie formulată, în scris, pe hârtie sau electronic; să indice instanța la care este adresată; să cuprindă numele, prenumele, domiciliul ori reședința debitorului; să precizeze obiectul; să arate motivele; să fie semnată; dacă este cazul și adresa electronică, numărul de telefon, numărul de fax). Celelalte elemente obligatorii care trebuie cuprinse în cerere conform art. 47 alin. (1) care face trimitere la art. 13 alin. (5) lit. b)-o) din Legea nr. 151/2015 sunt: identificarea creditorilor persoane fizice (ex.: numele, domiciliul) și a celor persoane juridice (ex.: denumirea, sediul social) dar și a creanțelor acestora (ex.: valoarea, tipul, scadența, cauza de preferință); precizarea acțiunilor judiciare împotriva averii debitorului și a procedurilor de executare silită și a măsurilor asigurătorii aplicate (ex.: litigiile aflate pe rol; formele de executare silită; sechestrurile aplicate; popririle instituite etc.); ce demersuri de renegociere extrajudiciară a anumitor datorii au fost întreprinse de debitor anterior formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței (ex.: notificările către creditorii; răspunsurile creditorilor; procesele verbale de negociere, conciliere sau eșalonare a datoriilor); care este statutul civil al debitorului (ex.: căsătorit; necăsătorit; divorțat; concubin; logodit; partener etc.); statutul profesional al debitorului (ex.: angajat în muncă; pensionar; practicant al unei profesii liberale; agricultor; fără ocupație etc.); care sunt veniturile pe care le obține din muncă ori asimilate, pensii și ce quantum au acestea și ce alte resurse are (ex.: salarii; venituri din prestații prin convenție civilă; indemnizații pentru limita de vârstă; pensii; dividende etc.); ce bunuri are debitorul, inclusiv în proprietate comună pe cote-părți sau devălmășie și ce alte drepturi reale decât cel de proprietate deține acesta asupra bunurilor altor persoane (ex.: imobile; bunurile mobile de valoare mai mare; funcții civile etc.); conturile deschise de debitor la bănci și instituțiile de investiții financiare și conturile de rulaj ale acestuia și ce disponibil are în conturi (ex.: conturile deschise la bănci ori instituțiile financiare nebancale; soldul disponibil din cont; contul prin care face operațiuni etc.); creanțele pe care debitorul le are față de alte persoane și drepturile reale, altele decât dreptul de proprietate, pe care debitorul le deține asupra bunurilor altor persoane (creanțe din înstrăinări de bunuri; creanțele din salarii neridicate; creanțe din chirii; creanțe din superficii etc.);

actele cu titlu gratuit și tranzacțiile de peste 10 salarii minime pe economie încheiate în ultimii 3 ani anteriori formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței (ex.: donații; cesiuni cu titlu gratuit de acțiuni sau părți sociale; vânzări de bunuri etc.); numele persoanelor cărora debitorul le prestează întreținere în mod curent și titlul cu care aceasta este prestată și, după caz, numele persoanelor care contribuie la prestarea acestor întrețineri împreună cu debitorul [ex.: (soț; copil; frate; părinte, care sunt în întreținere) sau (celălalt soț; celălalt părinte, pentru copil; un frate pentru părinți care contribuie la întreținere)]; care sunt litigiile în curs sau finalizate în care debitorul este sau a fost parte, care ar putea să afecteze în orice fel patrimoniul acestuia [ex.: litigii care ar putea majora patrimoniul (acțiune pentru plata unor drepturi salariale; acțiuni pentru obținerea unor pensii de asigurări sociale sau de întreținere; acțiune pentru obținerea unor drepturi patrimoniale de proprietate intelectuală)]; litigii care ar putea micșora patrimoniul debitorului (acțiune în restituirea unor drepturi salariale încasate necuvenit; acțiune pentru plata unei despăgubiri; acțiune pentru plata unor prestații periodice de întreținere)]; mențiunea că debitorul nu a fost condamnat pentru anumite infracțiuni prevăzute de lege sau dacă a intervenit reabilitarea (ex.: abuz de încredere în dauna creditorilor; evaziune fiscală; fals); mențiunea că debitorul nu a beneficiat în ultimii 5 ani de o procedură de insolvență a persoanei fizice sau că nu a fost eliberat de datorii reziduale sau că o asemenea procedură s-a închis din culpa sa.

b. Cererea debitorului căruia i s-a respins deschiderea procedurii de insolvență pe bază de plan de rambursare a datoriilor cu propunerea de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active [art. 46 lit. a) pct. 2 din Legea nr. 151/2015] și [art. 47(1) din Legea nr. 151/2015]

Potrivit art. 47(1) din Legea nr. 151/2015, cererea debitorului căruia i s-a respins deschiderea procedurii de insolvență pe bază de plan de rambursare a datoriilor cu propunerea de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active, va trebui să cuprindă datele și informațiile care sunt prevăzute în art. 13 alin. (5) lit. b)-o) din Legea nr. 151/2015 și să fie însoțită de actele menționate în textul de lege menționat, dar și de decizia comisiei de insolvență de respingere a cererii de deschidere a procedurii de insolvență pe bază de plan de rambursare a datoriilor.

Elementele de conținut ale cererii, datele și informațiile prevăzute în art. 13 alin. (5) lit. b)-o) și actele în care sunt acestea materializate au fost prezentate anterior.

Singurul element de noutate este decizia comisiei de insolvență prin care s-a respins cererea de deschidere a procedurii de insolvență pe bază de plan de rambursare a datoriilor și s-a propus deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active. Un asemenea act este necesar deoarece suntem într-o situație juridică de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active ca o consecință a respingerii cererii de deschidere a procedurii pe bază de

plan de rambursare a datoriilor, prin însăși decizia respectivă și s-a propus deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active.

c. Cererea debitorului în cazul în care niciun plan de rambursare nu a fost aprobat sau confirmat [art. 46, lit. a, pct. 3 din Legea nr. 151/2015] și [art. 47(2) din Legea nr. 151/2015]

Cererea debitorului, de deschidere a procedurii de insolvență, în cazul în care niciun plan de rambursare nu a fost aprobat sau confirmat, trebuie să cuprindă elementele prevăzute art. 13 alin. (5) lit. b)-o) din Legea nr. 151/2015, datele și informațiile prevăzute în documentele menționate în textul de lege menționat care trebuie să fie susținute cu documente justificative. Pentru această situație juridică, prin art. 47(2) din Legea nr. 151/2015, se dispune că, la cererea debitorului, trebuie să fie atașate și actele și informațiile din dosarul întocmit în procedura de insolvență pe bază de plan de rambursare a datoriilor. Actele și informațiile respective sunt necesare pentru că în documentația privind planul de rambursare există elemente care privesc situația debitorului conform art. 25 din Legea nr. 151/2015 (ex.: motivele ajungerii în starea de insolvență; tabelul definitiv de creanțe veniturile debitorului; lista bunurilor debitorului; lista creanțelor al căror titular este debitorul; cota de acoperire a datoriilor debitorului; măsuri privind locuința familiei; măsuri pentru plata creanțelor curente; orice alte măsuri pentru redresarea financiară a debitorului).

d. Cererea creditorilor dacă planul de rambursare nu poate fi adus la îndeplinire din motive neimputabile sau imputabile debitorului [art. 46, lit. b)-c) din Legea nr. 151/2015] și [art. 47(3) din Legea nr. 151/2015]

Cererea oricărui creditor de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active dacă planul de rambursare nu poate fi adus la îndeplinire din motive neimputabile debitorului sau cererea tuturor creditorilor formulată în sensul mai înainte menționat, dacă planul de rambursare nu a fost adus la îndeplinire din motive imputabile debitorului, trebuie să cuprindă elementele prevăzute în art. 13 alin. (5) lit. b)-o) din Legea nr. 151/2015. Ea va fi însoțită de planul de rambursare și de orice înscrisuri care sunt în susținerea acesteia.

Instanța judecătorească (judecătoria) urmează să solicite, din oficiu, actele și informațiile pe care le consideră necesare, de la comisia de insolvență unde se află dosarul din procedura de insolvență pe bază de plan de rambursare a datoriilor [art. 47(3) din Legea nr. 151/2015]. Toate aceste date și informații sunt necesare pentru ca instanța să poată soluționa cererea de deschidere a procedurii judiciare de insolvență în contextul îndeplinirii condițiilor prevăzute de art. 4(1) și art. 3 pct. 12 din Legea nr. 151/2015.

2.3. Depunerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței

Cererea de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active se depune, după caz, de debitor sau creditor la judecătoria în a cărei circumscripție și-a avut domiciliul, reședința sau reședința obișnuită debitorul, cel puțin 6 luni anterior datei sesizării instanței.

Judecătoria legal investită cu cererea de deschidere a procedurii judiciare de insolvență rămâne competentă să soluționeze cauza indiferent de schimbările ulterioare ale domiciliului debitorului [art. 10 (2) din Legea nr. 151/2015].

2.4. Soluționarea cererii

a. Repartizarea aleatorie a cererii

Cererea de deschidere a procedurii de insolvență prin lichidare de active depusă, după caz, de debitor sau creditor este repartizată aleatoriu conform art. 199 C. pr. civ. la un complet specializat pentru insolvența persoanelor fizice. Modul de repartizare este prevăzut și în regulamentul de ordine interioară al instanțelor, în speță al judecătoriei la care a fost depusă cererea.

b. Verificarea competenței

Instanța sesizată (judecătoria) cu cererea de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active își verifică din oficiu competența generală, materială și teritorială pentru soluționarea cererii. Obligația verificării competenței este impusă de art. 13 C. pr. civ. pentru orice cerere e chemare în judecată. Conform art. 10 din Legea nr. 151/2015, judecătoria este competentă material să soluționeze o asemenea cerere, iar competență teritorială aparține judecătoriei în raza căreia și-a avut domiciliul reședință sau reședința obișnuită debitorul în ultimele 6 luni anterior datei sesizării instanței.

c. Analiza cererii și a actelor care o însoțesc

Instanța, după ce se declară competentă material și teritorial, analizează cererea și actele depuse în contextul îndeplinirii celor „două tipuri¹² de condiții” pe care legea le impune, adică acelea generale pentru acces în procedură conform art. 4 alin. (1) și (2) din Legea nr. 151/2015 (ex.: starea de insolvență a debitorului; dacă debitorul își are domiciliul, reședința sau reședința obișnuită de cel puțin 6 luni anterior depunerii cererii în România; cuantumul total al obligațiilor sale scadente este cel puțin egal cu valoarea-prag) și dacă debitorul nu se află într-o situație în care nu poate beneficia de procedură, conform art. 4 alin. (3) și (4) din Legea nr. 151/2015. O altă cerință specifică pe care instanța o analizează este dacă debitorul se află într-o

¹² M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 252.

situație iremediabil compromisă și nu există nicio soluție de redresare financiară indiferent de ce măsuri rezonabile s-ar lua¹³.

Situația financiară a debitorului nu se mai verifică dacă depunerea cererii de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active este consecința neaprobării sau neconfirmării unui plan de rambursare, deoarece o asemenea verificare s-a făcut prin analizarea planului de rambursare, iar respingerea acestuia este o dovadă a existenței unei situații financiare deficitare, iremediabile a debitorului.

S-a apreciat în doctrină¹⁴ că ar mai trebui verificată și o altă condiție și anume, dacă persoana fizică are bunuri urmăribile, dar fără a se motiva de ce trebuie cerută verificarea. Apreciem că verificarea unei asemenea condiții ține de esența procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active, care presupune existența unor bunuri urmăribile care să fie valorificate pentru acoperirea creanțelor.

Când cererea de deschidere este consecința unui plan de rambursare eșuat, instanța trebuie să verifice și de ce planul nu a fost îndeplinit.

În sfârșit, atunci când cererea este formulată de creditorii pentru că planul de rambursare nu s-a îndeplinit din motive imputabile debitorului, instanța trebuie să verifice și dacă există acordul tuturor creditorilor, conform art. 43 alin. (6) din Legea nr. 151/2015.

Judecarea cererii de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active este necontencioasă și se desfășoară cu participarea celui (celor) care au formulat cererea respectivă. Regulile procedurale după care se face judecarea sunt cele pentru judecata în prima instanță prevăzute în art. 190 și urm. C. pr. civ., fără, însă, a fi aplicabile dispozițiile art. 200 privind regularizarea cererii [art. 10(3) din Legea nr. 151/2015]. De aceea, în lege sunt prevăzute termenele mai scurte și anume, pentru depunerea întâmpinării de 15 zile de la comunicare, iar răspunsul la întâmpinare nu este obligatoriu.

Primul termen de judecată se fixează la maximum 5 zile de la data depunerii întâmpinării.

d. Sentința de deschidere a procedurii

d.1. Conținutul sentinței. Dacă sunt îndeplinite condițiile pentru deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active, instanța admite cererea și pronunță o sentință de deschidere a procedurii de insolvență [art. 48(1) din Legea nr. 151/2015].

În conținutul sentinței trebuie să se precizeze și desemnarea lichidatorului și onorariul acestuia.

d.2. Comunicarea sentinței. Sentința de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active se comunică debitorului și creditorilor cunoscuți pentru ca aceștia să poată exercita, dacă e cazul, calea de atac a apelului.

¹³ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 253.

¹⁴ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 253.

De asemenea, prin comunicarea sentinței de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active se asigură cunoașterea conținutului acesteia de către persoanele interesate în derularea procedurii.

d.3. Publicarea sentinței. Sentința prin care s-a deschis procedura judiciară a insolvenței prin lichidare de active se publică în Buletinul procedurilor de insolvență – secțiunea „Debitori – persoane fizice cu obligații ce nu decurg din exploatarea unor întreprinderi” [art. 48(2) din Legea nr. 151/2015]. Publicarea are ca scop asigurarea opozabilității procedurii față de terți.

d.4. Apelul împotriva sentinței. Sentința de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active poate fi atacată cu apel.

Termenul în care trebuie exercitat apelul este de 7 zile de la comunicarea sentinței. Este un termen procedural relativ scurt datorită celerității procedurii determinată de imperative care țin de protecția atât a debitorului, dar și a creditorilor.

Soluționarea apelului se face de urgență și cu precădere [art. 48(4) din Legea nr. 151/2015].

III. Efectele deschiderii procedurii

1. Care sunt efectele deschiderii procedurii?

Efectele deschiderii procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active sunt precizate în art. 50 din Legea nr. 151/2015.

Acestea au fost clasificate¹⁵ în patru categorii, astfel: îngrădirea dreptului de dispoziție al debitorului asupra averii sale; suspendarea executării silite individuale împotriva averii debitorului; suspendarea prescripției dreptului creditorilor de a cere executarea silită a creanțelor lor împotriva debitorului; suspendarea curgerii dobânzilor, penalităților, majorărilor de întârziere și a oricăror altor accesorii.

2. *Îngrădirea dreptului de dispoziție al debitorului asupra averii sale [art. 50(1) lit. a) din Legea nr. 151/2015]*

Debitorul nu mai poate, după deschiderea procedurii insolvenței prin lichidare de active, să-și exercite dreptul de dispoziție asupra bunurilor urmăribile și a veniturilor urmăribile din averea sa [art. 50(1) lit. a) din Legea nr. 151/2015].

O asemenea interdicție este instituită de lege avându-se în vedere că scopul procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active este acoperirea creanțelor debitorilor prin valorificarea activelor debitorului. Dacă s-ar menține dreptul de dispoziție al debitorului asupra bunurilor sale urmăribile ar exista riscul înstrăinării acestora de către debitor cu consecința diminuării masei active a acestuia și

¹⁵ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 261; C.B. Nasz, *op. cit.*, p. 284.

diminuarea șanselor de recuperare a creanțelor, de către creditorii la valoarea cât mai mare posibilă.

Îngrădirea dreptului de dispoziție al debitorului asupra averii sale operează de drept, prin efectul legii de la deschiderea procedurii, chiar dacă nu se menționează în sentința de deschidere.

Valorificarea bunurilor urmărilor ale debitorului poate fi făcută într-un asemenea context juridic, doar în procedura insolvenței. Orice înstrăinare făcută de debitor în asemenea condiții este susceptibilă de a fi anulată pe cale judiciară.

3. Suspendarea de drept a executărilor silite individuale împotriva averii debitorului [art. 50(1) lit. b) din Legea nr. 151/2015]

Executările silite individuale împotriva averii debitorului se suspendă de drept ca efect al deschiderii procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active, dacă nu a operat anterior ca efect al unei proceduri de insolvență pe bază de plan de rambursare a datoriilor [art. 50(1) lit. b) din Legea nr. 151/2015].

Dacă executările silite individuale sunt suspendate anterior deschiderii procedurii de insolvență prin lichidare de active atunci, efectul deschiderii este menținerea suspendării, care a operat anterior.

Suspendarea executărilor silite individuale ca efect al deschiderii procedurii insolvenței prin lichidare de active își are rațiunea în caracterele procedurii de insolvență în cadrul căreia creditorii sunt în concurs și trebuie să-și valorifice creanțele împreună în aceleași condiții, corespunzător specificului creanțelor și categoriilor din care fiecare face parte.

Momentul până la care operează suspendarea executărilor silite este diferit în funcție de anumite împrejurări ale procedurii.

Dacă debitorul a fost într-o procedură de rambursare pe bază de plan și această procedură s-a închis sau a fost într-o procedură simplificată care a încetat, acesta poate să solicite instanței să fie eliberat de datoriile reziduale. Debitorul aflat într-o asemenea situație, are suspendate executările silite individuale împotriva averii sale, dacă s-a deschis o procedură judiciară de insolvență prin lichidare de active, în continuarea procedurii pe bază de rambursare, până la rămânerea definitivă a sentinței prin care s-a soluționat cererea de eliberare de datoriile reziduale.

O altă situație privind momentul până la care operează suspendarea executărilor silite individuale, este atunci când procedura de insolvență prin lichidare de active s-a închis la cererea oricărui creditor pe motiv că s-a descoperit că debitorul a încheiat acte sau a acționat în orice mod în fraudă creditorilor [art. 64(2) din Legea nr. 151/2015].

Până la soluționarea de către instanță prin sentința definitivă a cererii și, implicit, a închiderii procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active, executările silite individuale împotriva averii debitorului sunt suspendate.

Suspendarea executărilor silite individuale nu poate continua în cazurile respective peste momentele menționate, deoarece creditorii ar fi prejudiciați prin întârzierea executării și recuperării creanțelor în condițiile în care debitorul nu este tocmai de bună credință pentru a beneficia de circumstanțe protectoare.

Suspendarea executărilor silite individuale nu operează față de codebitori și/sau față de terții garanți [art. 50(2) din Legea nr. 151/2015]. Codebitorii și/sau terții garanți preiau riscul insolvenței debitorului, deoarece ei sunt cei care răspund solidar față de creditori prin obligația de garanție pe care și-au asumat-o. Ei se pot înscrie, în urma deposedării lor de valorile executate silit, la masa credală, urmând să intre în concurs cu ceilalți creditori și să primească o cotă procentuală de acoperire a creanțelor de până la 50%, conform art. 72 din Legea nr. 151/2015.

Dacă debitorul are bunuri pentru care trebuie făcută transcripția, inscripția sau înregistrarea în registrele de publicitate, atunci lichidatorul procedurii va trimite autorităților sau instituțiilor care țin registrele respective o copie de pe hotărârea de deschidere a procedurii, pentru a se face mențiunile necesare [art. 50(3) din Legea nr. 151/2015]. Înscrierile în registrele de publicitate se realizează cu titlu gratuit [art. 50(4) din Legea nr. 151/2015]. Publicitatea privind situația unor bunuri ale debitorului aflat în insolvență are ca scop protecția atât a unor interese generale constând în accesul la informare al persoanelor care doresc să încheie acte juridice privind bunurile respective, dar și protecția creditorilor de acte ale debitorului privind aceste bunuri în alt regim decât cel al insolvenței.

4. Suspendarea prescripției dreptului creditorilor de a cere executarea silită a creanțelor lor împotriva averii debitorului [art. 50(1) lit. c) din Legea nr. 151/2015]

Cursul prescripției dreptului creditorilor de a cere executarea silită a creanțelor lor împotriva averii debitorului este suspendat după deschiderea procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active. Este vorba de acțiunile de executare silită începute sau cele care sunt în termenul de prescripție sau care nu mai pot fi introduse sau continuare datorită deschiderii procedurii insolvenței. Prin această măsură juridică sunt protejați creditorii aflați într-o asemenea imposibilitate juridică de recuperare a creanțelor lor pe calea dreptului comun.

Durata suspendării cursului prescripției executărilor silite este aceeași ca pentru durata suspendării executărilor silite individuale și se întinde până la aceleași momente, adică rămânerea definitivă a sentinței prin care s-a soluționat cererea de eliberare de datorii sau rămânerea definitivă a sentinței de închidere a procedurii la cererea oricărui creditor pentru motive de fraudare a acestuia prin acte ale debitorului.

5. Suspendare curgerii dobânzilor, penalităților, majorărilor de întârziere precum și a oricăror alte asemenea accesorii [art. 50(1) lit. d) din Legea nr. 151/2015]

O primă situație de suspendare a curgerii dobânzilor, penalităților, majorărilor de întârziere precum și altor accesorii este atunci când procedura judiciară de insolvență prin lichidare de active se deschide la cererea debitorului sau la cererea oricărui dintre creditorii dacă planul de rambursare nu poate fi adus la îndeplinire din motive neimputabile debitorului și se suspendă de drept, în privința acestuia, curgerea dobânzilor, penalităților, majorărilor de întârziere precum și a oricăror alte asemenea accesorii ale obligației de plată, până la rămânerea definitivă a sentinței prin care s-a soluționat cererea de eliberare de datorii [art. 50(1) lit. d) pct. 1 din Legea nr. 151/2015]. Este exceptată de la suspendarea de drept curgerea accesoriiilor menționate pentru creanțele care beneficiază de o cauză de preferință.

Pentru acestea se calculează, conform actelor din care s-a născut creanța până la concurența valorii bunului grevat de cauza de preferință, adică aceste accesorii nu pot depăși valoarea bunului respectiv. O altă situație reglementată de lege privind suspendarea curgerii dobânzilor, penalităților, majorărilor de întârziere și a altor accesorii există atunci când procedura judiciară de insolvență poate fi închisă în orice stadiu pentru motive, constând în acte ale debitorului, încheiate în fraudă creditorilor înainte de deschiderea procedurii și descoperite după deschidere [art. 50(1) lit. d) pct. 2 din Legea nr. 151/2015]. Într-adevăr pe perioada de la deschiderea procedurii și până la închiderea acesteia, pentru motivul mai înainte menționat, curgerea accesoriiilor este suspendată de drept, dar datorită motivelor imputabile debitorului susceptibile de închiderea procedurii, acesta va fi ținut să acopere atât creanțele cât și dobânzile și penalitățile în integritate, adică și pentru perioada cât a fost suspendată curgerea acestora. Este normal ca acesta să fie obligat la o asemenea plată deoarece, prin conduita sa culpabilă, s-a dovedit a fi de rea-credință și nu poate beneficia de o asemenea facilitate. Mai mult decât atât, el nu poate beneficia nici de eliberarea de datorii reziduale, chiar dacă se continuă, la cererea oricărui creditor, procedura judiciară de insolvență prin lichidare de active [art. 64(2) din Legea nr. 151/2015].

ANALIZĂ TEORETICĂ ȘI JURISPRUDENȚIALĂ A MODALITĂȚILOR DE INDIVIDUALIZARE JUDICIARĂ APLICĂRII ȘI A EXECUTĂRII PEDEPSEI

Lect. univ. dr. *Mădălina-Cristina DĂNIȘOR*
Universitatea din Craiova,
Facultatea de Drept

Abstract

The various types of prison sentences, such as suspended prison sentences or probation offers an extremely useful tool to the judge, in order to choose the most appropriate measure for each offender and to avoid, if possible, the imprisonment. The judge is able to give the right amount of importance to the seriousness of the crime, the criminal past of the offender and his foreseeable behavior. The paper aims to analyze, both from a theoretical and judicial point of view, the advantages and the deficiencies of these prison sentences.

Keywords: *sentencing guidelines; seriousness of crime; suspended prison sentences; probation.*

Modalitățile de individualizare judiciară a aplicării și executării pedepsei prezintă o importanță deosebită pentru conturarea politicii sancționatorii a statului. În acest context, perspectiva jurisprudențială adaugă un plus analizei teoretice asupra instituțiilor renunțării la aplicarea pedepsei, a amânării aplicării pedepsei și a suspendării executării pedepsei sub supraveghere. În acest studiu, mi-am concentrat atenția asupra jurisprudenței Curții de Apel Craiova, analiză pe care am completat-o cu referiri la deciziile pronunțate de Instanța Supremă în dezlegarea unor chestiuni de drept.

Printre aspectele pe care le-am analizat se află necesitatea determinării criteriilor pe baza cărora instanțele aleg între diversele forme de individualizare judiciară a pedepsei, precum și modul în care sunt valorificate și verificate condițiile impuse de lege pentru dispunerea fiecăreia dintre aceste modalități.

1. Criteriile determinante în alegerea unei forme de individualizare

Alegerea între formele de individualizare judiciară a pedepsei trebuie realizată în funcție de criteriile stabilite de legiuitor. Deoarece trebuie ca instanța să decidă care

soluție este mai potrivită pentru fiecare situație particulară, departajarea clară a acestor două instituții este esențială, mai ales dacă avem în vedere faptul că în cazul amânării aplicării pedepsei instanța stabilește o pedeapsă, a căreia aplicare o amână, în timp ce în cazul renunțării, individualizarea se oprește la etapa anterioară¹.

Printre condițiile pe care instanțele de judecată trebuie să le analizeze pentru a decide dacă se poate apleca asupra uneia dintre cele două modalități de individualizare a aplicării pedepsei se regăsește și gravitatea redusă a fapta comisă. Astfel, în condițiile art. 80 C. pen. care reglementează renunțarea la aplicarea pedepsei, infracțiunea săvârșită trebuie să prezinte o gravitate redusă, având în vedere natura și întinderea urmărilor produse, mijloacele folosite, modul și împrejurările în care a fost comisă, motivul și scopul urmărit. Pentru a putea pronunța soluția de renunțare la aplicarea pedepsei, instanța trebuie să își formeze convingerea că fapta prezintă o gravitate redusă, prin raportare la celelalte elemente pe care legea le prevede în mod expres. Din această perspectivă, determinarea în concret a sensului sintagmei de «gravitate redusă» va conduce instanțele la alegerea unor soluții coerente și la crearea unei jurisprudențe consecvente. Instanțele trebuie să aibă în vedere atât natura și întinderea urmărilor produse, cât și mijloacele folosite, modul și împrejurările în care a fost săvârșită aceasta, motivul și scopul urmărit prin comiterea infracțiunii, ceea ce presupune că aceste elemente vor fi analizate indiferent de felul infracțiunii, de rezultat sau de pericol. Deoarece legea vorbește despre «urmările produse»², vom înțelege atât rezultatul pe care l-a produs fapta, în sensul modificării intervenite în realitatea faptică, precum și starea de pericol pe care infracțiunea a creat-o pentru valorile sociale ocrotite de legea penală.

În fapt, într-o cauză judecată de instanța de fond și ulterior supusă controlului Curții de Apel Craiova³, făptuitorul a condus autoturismul pe mai multe străzi din Craiova, fără a poseda permis de conducere, la o oră cu circulație intensă, având în autovehicul și alte persoane. Problema care se ridică este de a determina dacă fapta respectivă prezintă o importanță scăzută din perspectiva elementelor analizate mai sus, pentru a se putea dispune soluția de renunțare la aplicarea pedepsei, către care a înclinat instanța de fond. Astfel, Curtea de Apel face o analiză a urmărilor pe care fapta le-ar fi putut produce, având în vedere că infracțiunea de conducere pe drumurile publice a unui autovehicul de către o persoană care nu posedă permis de conducere este o infracțiune de pericol. În plus, instanța de control nu se rezumă la aceste argumente, ci realizează o analiză comparativă a celor trei modalități de individualizare judiciară a pedepsei, din perspectiva incidenței lor în speța judecată.

În ceea ce privește gravitatea faptei, instanța de fond a considerat că aceasta este neglijabilă, motiv pentru care a dispus renunțarea la aplicarea pedepsei, după

¹ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 457.

² V. Pașca, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 194.

³ C. Ap. Craiova, s. pen., dec. nr. 437/16.03.2016 (www.portal.just.ro).

ce a constatat că celelalte condiții prevăzute de art. 80 C. pen. referitoare la făptuitor, la conduita și la antecedentele sale penale, au fost îndeplinite. Cu toate acestea, Curtea de Apel a ajuns la o altă concluzie din analiza probelor aflate la dosar și a statuat că instanța de fond a determinat în mod necorespunzător gravitatea faptei comise, ceea ce a condus la nestabilirea față de inculpat a unei pedepse. Din argumentele instanței de control rezultă că fapta inculpatului a prezentat un pericol ridicat pentru traficul rutier, deoarece autovehiculul a fost condus, fără ca făptuitorul să posede permis de conducere, pe mai multe străzi din Craiova. Conform Curții, gravitatea ridicată a faptei derivă din circumstanțele în care a fost comisă, prin raportare la modul și mijloacele folosite. Circulația intensă de la ora la care fapta a fost comisă o îndreptățește pe instanța de control să afirme că fapta ar fi putut produce urmări dintre cele mai grave, cu privire la viața și integritatea fizică a conducătorului auto, a celorlalte persoane din autovehicul, precum și a participanților la traficul rutier, ale căror valori sunt protejate prin incriminarea faptei judecate. Din toate aceste argumente, faptul că instanța de fond a ales să pronunțe soluția de renunțare la aplicarea pedepsei, denotă că fapta ar prezenta un pericol lipsit de importanță, concluzie pe care Curtea de Apel o consideră însă neîntemeiată.

Pentru a răspunde la solicitarea parchetului de stabilire a unei pedepse, Curtea de Apel consideră disproporționată, față de gravitatea concretă a faptei și de conduita și lipsa antecedentelor penale ale făptuitorului, o soluție de condamnare, chiar cu suspendarea executării pedepsei sub supraveghere. Cu atât mai mult, apare ca disproporționată o soluție de condamnare al pedeapsa închisorii cu executare, așa cum parchetul a solicitat în motivele de apel.

În consecință, din analiza de ansamblu a cauzei, Curtea consideră că cea mai potrivită soluție este cea de amânare a aplicării pedepsei, „având în vedere și împrejurarea că inculpatul nu este cunoscut cu antecedente penale și a recunoscut săvârșirea faptei cu ocazia depistării în trafic, așa cum rezultă din procesul verbal de constatare”⁴.

2. Interpretarea conduitei inculpatului față de actul de justiție

O altă problemă cu care Curtea de Apel Craiova s-a confruntat o reprezintă corecta interpretare a conduitei inculpatului, din perspectiva condiției prevăzute de art. 83 alin. (2) C. pen., potrivit căreia amânarea aplicării pedepsei se poate dispune doar dacă se constată că infractorul nu s-a sustras de la urmărire penală sau de la judecată, nu a încercat să zădărnicească aflarea adevărului ori identificarea sau tragerea la răspundere penală a autorului sau a participanților. Această condiție este impusă de lege pentru a verifica dacă făptuitorul este demn de poziția clementă a

⁴ C. Ap. Craiova, *idem*.

instanței de judecată, din perspectiva modului în care acesta se raportează la actul de justiție și la respectul pe care îl arată organelor implicate în acest proces.

În cauza dedusă judecătii⁵, s-a ridicat problema de a ști cum trebuie interpretată condiția care impune ca inculpatul să nu se sustragă de la urmărirea penală sau de la judecată. Deoarece instanța de fond a dedus, din faptul că inculpatul nu s-a prezentat la urmărirea penală sau pe parcursul judecătii, ideea că acesta s-ar fi sustras urmării penale sau judecătii, Curtea de Apel Craiova a considerat că este necesar să admită apelul și să clarifice sensul acestei condiții. Astfel, lipsa prezenței inculpatului pe parcursul desfășurării celor două etape procesuale nu echivalează cu împrejurarea că acesta s-ar fi sustras de la actul de justiție. De altfel, Curtea de Apel Craiova a stipulat în mod clar faptul că „prin sustragerea de la urmărirea penală sau de la judecată se înțelege conduita prin care persoana în cauză, cu rea-credință, încearcă să eludeze tragerea sa la răspundere penală”⁶. Mai departe, Curtea a dedus faptul că există două condiții pentru ca o asemenea conduită evazivă să poată fi imputată inculpatului. O primă condiție este ca inculpatul să cunoască existența unui proces penal în curs împotriva sa și, în pofida acestei cunoașteri, să se sustragă de la etapele procesului. Cu privire la această concluzie, instanța de apel face precizarea că nu poate fi vorba despre incidența sa automată, în eventualitatea în care inculpatul nu s-a prezentat la termenul la care a fost citat. În plus, este necesar să se stabilească reaua sa credință, prin examinarea motivelor pentru care a absentat.

Cea de-a doua condiție care trebuie verificată de instanță, alături de conduita neloyală dovedită prin probe, este stabilirea cu certitudine a existenței unei lezări a bunului mers al urmării penale sau al judecătii. În consecință, nu este suficient ca făptuitorul să nu se prezinte cu rea-credință la fazele procesuale la care este sollicitat, fiind necesar, în plus, să existe anumite consecințe negative care să afecteze buna desfășurare a procesului penal, cu alte cuvinte, absența inculpatului să afecteze actul de justiție. Această concluzie a instanței de apel este susținută de două argumente de text juridic. Pe de-o parte, Codul penal este clar atunci când sancționează sustragerea de la urmărirea penală, spre deosebire de ipoteza în care inculpatul doar *încearcă* să zădărnicească aflarea adevărului, simpla încercare de sustragere nefiind suficientă pentru afectarea actului de justiție. Pe de altă parte, Codul de procedură penală face distincția între judecata în caz de sustragere de la judecată și judecata în lipsa inculpatului, în dispozițiile art. 364 alin. (2) și (3), ceea ce demonstrează faptul că o sustragere culpabilă este relevantă, în contextul stabilirii oportunității pronunțării amânării aplicării pedepsei, doar în cazul în care lipsa inculpatului se datorează sustragerii. Odată ce judecata în lipsa inculpatului este permisă și reglementată distinct de judecata în caz de sustragere, cu siguranță

⁵ C. Ap. Craiova, *idem*.

⁶ C. Ap. Craiova, *idem*.

că nu poate fi echivalată lipsa inculpatului de la etapele procesuale cu sustragerea sa cu rea-credință.

Prin raportare la cauza dedusă judecătii, instanța de apel a concluzionat că nu poate fi dovedită reaua-credință ori dorința inculpatului de a eluda tragerea la răspundere penală, în condițiile în care acesta locuiește și muncește, în cea mai mare parte a timpului, în alte țări, venind în România doar pentru perioade scurte de timp. În contextul infracțiunii comise, inculpatul nu era obligat să rămână în România pe toată perioada soluționării dosarului. De altfel, odată ce instanța de fond l-a judecat pe inculpat, ca urmare a trimiterii sale în judecată pentru fapta comisă, este evident că bunul mers al urmăririi penale și al judecătii nu a putut fi afectat și nu a fost lezat în concret. În condițiile în care nu s-a făcut dovada că inculpatul s-a sustras de la urmărirea penală sau de la judecată, instanța de apel își menține opinia că cea mai potrivită soluție este cea de amânare a aplicării pedepsei.

3. Acordul cu privire la prestarea unei munci neremunerate în folosul comunității

Condiția ca inculpatul să fie de acord cu prestarea unei munci neremunerate în folosul comunității, prevăzută de dispozițiile art. 83 alin. (1) lit. c) C. pen., se analizează în vederea admiterii soluției de amânare a aplicării pedepsei. În circumstanțele cauzei⁷, Curtea de Apel Craiova a constatat că inculpatul nu a fost prezent la urmărirea penală și la judecată, fiind angajat cu un contract de muncă într-o altă țară, motiv pentru care a fost în imposibilitate de a-și da acordul. Problema cu care instanța de apel s-a confruntat a fost de a ști dacă poate fi refuzată inculpatului soluția de amânare a aplicării pedepsei, din cauza lipsei, de la dosar, a acordului de prestare a unei munci neremunerate în folosul comunității, sau poate fi privilegiată, mai degrabă, o interpretarea teleologică a dispoziției normative, în condițiile în care lipsa acordului din cauza lipsei inculpatului din țară la momentul procesului nu poate echivala cu refuzul de a presta o astfel de muncă.

Opinia instanței de apel este de laudat, în condițiile în care optează pentru o interpretare a spiritului legii, și nu se cantonează în litera sa. Astfel, Curtea observă că obținerea acordului inculpatului pentru a presta o muncă neremunerată figurează printre condițiile obligatorii pentru ca amânarea aplicării pedepsei să poată fi dispusă și, cu toate că în cauză un astfel de acord lipsește deoarece inculpatul a lipsit de la judecată și nu a putut fi întrebat, în conformitate cu art. 85 alin. (2) lit. b) C. pen. obligația de muncă în folosul comunității nu este stabilită de drept în sarcina inculpatului. Întrucât dispunerea acestei obligații este lăsată la aprecierea instanței, Curtea de Apel consideră că se poate dispune amânarea aplicării pedepsei și în lipsa manifestării de voință cu privire la efectuarea muncii respective.

⁷ C. Ap. Craiova, *idem*.

Instanța de apel își fundamentează opinia și pe interpretarea *a fortiori* a soluției normative de aplicare a unei pedepse cu închisoarea cu executare în regim de detenție – singura modalitate posibilă în lipsa acordului pentru a presta o muncă neremunerată. Astfel, întrucât soluția de executare a pedepsei în regim de detenție s-a dovedit a fi exagerată, cu atât mai mult apare ca justificată soluția de amânare a aplicării pedepsei. De altfel, prin raportare la scopul legii, instanța constată faptul că această condiție a acordului a fost prevăzută de legiuitor pentru ca inculpatul să nu fie obligat la o muncă pe care nu o poate presta din cauza unei boli sau a unei alte situații speciale. Prin urmare, „lipsa acestui acord nu poate fi folosit împotriva inculpatului pentru a se solicita aplicarea unei pedepse cu executarea în regim de detenție”⁸, căci în raport de gravitatea faptei și circumstanțele cauzei, sancționarea inculpatului cu o astfel de pedeapsă ar fi contraproductivă și inoportună.

4. Probleme ridicate de impunerea anumitor obligații prevăzute de lege

În aceeași cauză, Curtea de Apel a fost chemată să decidă sensul și limitele în care poate fi impusă, în sarcina inculpatului care nu are permis de conducere și care a circulat cu un autovehicul pe drumurile publice, a obligației prevăzute la art. 85 alin. (2) lit. g) C. pen., adică să nu conducă anumite vehicule stabilite de instanță, pe durata termenului de supraveghere al amânării aplicării pedepsei.

Având în vedere natura și conținutul obligației analizate, instanța de apel trebuie să decidă cu privire la solicitarea parchetului, în condițiile în care orice măsură penală se constituie într-o restrângere a exercițiului unor drepturi sau libertăți și trebuie să fie în concordanță cu dispozițiile art. 53 din Constituție. Cu alte cuvinte, instanța de apel trebuie să verifice dacă o astfel de sarcină nu este o povară disproporționată față de circumstanțele cauzei. Un prim argument al Curții în sprijinul soluției pronunțate este că o astfel de restricție nu poate fi impusă decât persoanelor care dețin un permis de conducere valabil și, care, prin urmare, săvârșesc alte fapte la regimul circulației pe drumurile publice. O astfel de restricție nu poate să privească persoanele care nu dețin un permis de conducere valabil căci, în cazul acestora ceea ce se sancționează prin intermediul măsurilor penale este lipsa pregătirii corespunzătoare pentru a conduce autovehicule, pregătire atestată printr-un permis de conducere. Gravitatea faptei comise rezită tocmai în lipsa pregătirii și a competențelor pentru activitatea de conducere a unui autovehicul, ceea ce înseamnă că sancțiunea penală ce poate fi impusă trebuie să fie proporțională cu această gravitate. În caz contrar, este încălcat principiul subsidiarității dreptului penal⁹.

⁸ C. Ap. Craiova, *idem*.

⁹ N. Queloz, *Les dérives des politiques pénales contemporaines. La fin de l'ultima ratio du droit pénal?*, Revue Suisse de Criminologie, nr. 2/2013, pp. 3-8.

Astfel, Curtea de Apel consideră că în cazul persoanelor care nu dețin un permis de conducere valabil, „pregătirea în vederea dobândirii de astfel de abilități, susținerea unui examen și obținerea permisului ulterior, conduc la dispariția pericolului producerii de evenimente rutiere nedorite din cauza lipsei de instruire în conducerea de autovehicule și, prin urmare, interzicerea dreptului de a conduce autovehicule la acest moment ar constitui o piedică în dobândirea unei asemenea instruiți și intrării în legalitate a persoanelor respective”¹⁰. În concluzie, nu i se poate impune inculpatului obligația ca pe durata termenului de supraveghere să nu conducă niciun fel de autovehicule, pentru a nu stabili o sarcină excesivă și pentru ca obligația să nu fie deturnată de la scopul urmărit de legiuitor.

5. Consecințele ale anulării amânării aplicării pedepsei

Una dintre consecințele anulării amânării aplicării pedepsei este aceea a apariției unei situații de pluralitate de infracțiuni. Astfel, potrivit art. 89 alin. (1) C. pen., „dacă pe parcursul termenului de supraveghere se descoperă că persoana supravegheată mai săvârșise o infracțiune până la rămânerea definitivă a hotărârii prin care s-a dispus amânarea, pentru care i s-a aplicat pedeapsa închisorii chiar după expirarea acestui termen, amânarea se anulează, aplicându-se, după caz, dispozițiile privitoare la concursul de infracțiuni, recidivă sau pluralitate intermediară”. În ipoteza în care pluralitatea rezultată ia forma concursului de infracțiuni, nu este exclusă posibilitatea de a pronunța soluția de amânare a aplicării pedepsei rezultante, dacă sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute de art. 83 C. pen. De fapt, art. 89 alin. (2) C. pen. prevede expres faptul că instanța poate pronunța amânarea pentru concursul rezultat ca urmare a anulării, ceea ce presupune că instanța de fond nu se poate considera obligată să pronunțe o soluție de condamnare pentru infracțiunile aflate în concurs.

Astfel, într-o cauză din 2018¹¹, Curtea de Apel Craiova a decis faptul că instanța de fond a ajuns în mod eronat la concluzia obligativității unei soluții de condamnare în caz de concurs de infracțiuni rezultat în urma anulării amânării aplicării pedepsei, concluzie ce contrazice dispozițiile art. 89 alin. (2) C. pen. Pe de-o parte, art. 89 alin. (2) C. pen. face trimitere la art. 83 C. pen., care cere ca și condiție pentru dispunerea amânării să existe o «pedeapsă stabilită», iar nu o pedeapsă în cazul căreia s-a dispus condamnarea. Pe de altă parte, opinia instanței de apel este susținută și de dispozițiile art. 89 alin. (2) teza a II-a C. pen., potrivit cărora dacă se dispune amânarea aplicării pedepsei rezultante pentru concurs, termenul de supraveghere se calculează de la data rămânerei definitive a hotărârii prin care s-a pronunțat anterior amânarea aplicării pedepsei.

¹⁰ C. Ap. Craiova, s. pen., dec. nr. 437/16.03.2016 (www.portal.just.ro).

¹¹ C. Ap. Craiova, s. pen., dec. nr. 523/12.04.2018 (www.portal.just.ro).

În speță, instanța de fond, a pronunțat în mod greșit o nouă soluție cu privire la acțiunea penală definitiv rezolvată prin soluția de amânare a aplicării pedepsei, atunci când a pronunțat o nouă hotărâre de condamnare. Acesta este motivul pentru care instanța de apel a statuat: „În cadrul acestei proceduri nu se rejudecă cauza în care a fost rezolvată acțiunea penală prin pronunțarea soluției de amânare a aplicării pedepsei și, deci, instanța nu poate da o nouă rezolvare acțiunii penale, conform art. 396 C. pr. pen. întrucât s-ar aduce atingere autorității de lucru judecat a hotărârii anterioare în privința acestui aspect”¹².

În ipoteza în care se săvârșește o nouă infracțiune intenționată în termenul de supraveghere al amânării aplicării pedepsei, sunt incidente dispozițiile art. 88 alin. (3) C. pen. referitoare la revocarea amânării aplicării pedepsei. În contextul dispozițiilor legale menționate, s-a pus o problemă de interpretare, aceea de a ști dacă pronunțarea soluției de condamnare pentru noua infracțiune, precum și revocarea sunt obligatorii, ori se poate dispune o nouă soluție de amânare a aplicării pedepsei rezultante pentru concursul de infracțiuni. Această problemă și-a găsit rezolvarea în jurisprudența Înaltei Curți, care a statuat asupra obligativității atât a pronunțării unei soluții de condamnare pentru noua infracțiune săvârșită în termenul de supraveghere al amânării aplicării unei pedepse, cât și a revocării amânării aplicării pedepsei anterioare¹³. Doar în acest fel poate să își găsească aplicabilitatea dispozițiile art. 88 alin. (3) C. pen. care stabilesc faptul că se vor aplica regulile privitoare la concursul de infracțiuni pentru calcularea pedepsei rezultante, formată din pedeapsa aplicată ca urmare a revocării amânării și pedeapsa pentru noua infracțiune intenționată sau praeterintenționată, descoperită în termenul de supraveghere.

6. Modalitățile de executare a pedepsei și acordul de recunoaștere a vinovăției

În ceea ce privește suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, aceasta este o modalitate de executare a pedepsei închisorii, fără privare de libertate. Beneficiile acestei soluții sunt evidente pentru evoluția viitoare a celui condamnat, căruia i se acordă posibilitatea de a-și continua viața în libertate, fără să fie expus riscurilor care însoțesc detenția în mediul carceral. Cu toate acestea, suspendarea executării pedepsei sub supraveghere este o soluție de condamnare, ceea ce presupune că sunt antrenate mai multe incapacități, interdicții și decăderi, precum și restrângeri ale exercițiului anumitor drepturi sau libertăți. Având în vedere favoarea care îi este acordată celui condamnat, acesta trebuie să respecte toate măsurile de supraveghere și obligațiile care sunt stabilite de instanță în sarcina sa,

¹² C. Ap. Craiova, *idem*.

¹³ ICCJ, HP, dec. nr. 24/2017, www.scj.ro.

orice nerespectare cu rea credință conducând la pierderea beneficiilor oferite de această soluție. De altfel, persoana supravegheată este considerată în executarea pedepsei la care a fost condamnată, pedeapsă care este considerată ca executată la împlinirea termenului de supraveghere, cu îndeplinirea și a altor condiții.

În cauza dedusă judecătii¹⁴, potrivit art. 86⁴ alin. (2) C. pen. din 1969, în situația în care cel condamnat nu îndeplinește, cu rea-credință, măsurile de supraveghere prevăzute de lege ori obligațiile stabilite de instanță, aceasta revocă suspendarea executării pedepsei sub supraveghere și dispune executarea în întregime a pedepsei. În cazul în care persoana care a beneficiat de măsura suspendării era minor la momentul comiterii faptei, iar cauza de revocare a apărut pe durata termenului de supraveghere, ulterior intrării în vigoare a noului Cod penal, instanța s-a confruntat cu o situație tranzitorie. Această situație tranzitorie este însă reglementată de dispozițiile art. 22 alin. (2) din Legea nr. 187/2012¹⁵, potrivit căroră, în cazul în care suspendarea executării unei pedepse cu închisoarea aplicată în baza Codului penal din 1969, se revocă din alte cauze decât comiterea unei noi infracțiuni, pedeapsa închisorii se înlocuiește cu măsura educativă a internării într-un centru educativ pe o durată egală cu cea a pedepsei suspendate, dar nu mai mult de 3 ani. Acesta este motivul pentru care soluția primei instanțe de revocare a suspendării executării sub supraveghere a pedepsei și de dispunere a executării în regim de detenție este greșită.

Într-o altă cauză, s-a pus problema legalității stabilirii, ca modalitate de executare a pedepsei, a suspendării executării pedepsei sub supraveghere, prin acordul de recunoaștere a vinovăției¹⁶. Dispozițiile care reglementează acordul de recunoaștere a vinovăției, art. 482 alin. (1) C. pr. pen., condiționează, prin intermediul prevederii de la lit. h), încheierea acordului de stabilirea felului și cuantumului, precum și forma de executare a pedepsei ori soluția de renunțare la aplicarea pedepsei sau de amânare a aplicării pedepsei, cu privire la care s-a ajuns la un acord între procuror și inculpat.

În cazul dedus judecătii, procurorul și inculpatul aveau obligația să negocieze aplicarea unei pedepse cu închisoare cu executare, stabilită din pedeapsa ce urmează a fi dispusă pentru săvârșirea infracțiunii de instigare la tăiere fără drept de arbori din fondul forestier național, indiferent de forma de proprietate și care a fost negociată la un an de închisoare în condițiile art. 91 C. pen. (suspendarea executării pedepsei sub supraveghere) și din pedeapsa de 6 luni de închisoare pentru care inculpatul a fost condamnat anterior și care se revocă în condițiile art. 83 C. pen. din 1969.

În mod nelegal, în acordul de recunoaștere a vinovăției s-a stabilit pedeapsa de un an de închisoare a cărei executare a fost suspendată sub supraveghere. În condițiile în care inculpatul fusese condamnat anterior la pedeapsa de 6 luni de închisoare cu

¹⁴ C. Ap. Craiova, s. pen., dec. nr. 418/26.03.2015 (www.portal.just.ro).

¹⁵ Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicarea a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

¹⁶ C. Ap. Craiova, s. pen., dec. nr. 86/2015 (www.portal.just.ro).

suspendarea condiționată a executării pedepsei, în conformitate cu art. 81 C. pen. din 1069, cu stabilirea unui termen de încercare de 2 ani și 6 luni, iar infracțiunea pentru care s-a negociat acordul de recunoaștere a vinovăției a fost săvârșită pe durata termenului de încercare, nu se mai poate dispune soluția de suspendare sub supraveghere a executării pedepsei, deoarece nu sunt îndeplinite condițiile art. 91 C. pen. În plus, în ipoteza enunțată, soluția legală este de aplicare a dispozițiilor art. 83 C. pen. anterior, referitoare la revocarea suspendării condiționate a executării pedepsei în cazul săvârșirii unei infracțiuni în interiorul termenului de încercare.

Soluția de menținerea a aplicabilității dispozițiilor art. 81 C. pen. din 1969 în astfel de situații tranzitorii este susținută de Înalta Curte de Casație și Justiție într-o decizie dată pentru dezlegarea unor chestiuni de drept. Astfel, instanța supremă a statuat că legea penală mai favorabilă, din perspectiva regimului juridic al suspendării executării pedepsei, este cea cuprinsă în Codul penal din 1969. Astfel, „indiferent de felul pedepsei aplicate pentru infracțiunea săvârșită în cursul termenului de încercare, regimul suspendării condiționate a executării pedepsei aplicată în baza art. 81 C. pen. din 1969, ca efect al aplicării legii penale mai favorabile, printr-o hotărâre pronunțată după 1 februarie 2014, se menține și după intrarea în vigoare a Codului penal actual, inclusiv sub aspectul revocării sau anulării acesteia, fiind cel prevăzut de Codul penal din 1969”¹⁷.

În ceea ce privește problema stabilirii datei de la care curge termenul de supraveghere în cazul anulării amânării aplicării unei pedepse, urmate de suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei principale rezultante, instanța supremă a statuat în sensul că acesta se calculează de la data rămânerii definitive a hotărârii prin care se dispune suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei principale rezultante¹⁸. În sprijinul acestei soluții a fost adus argumentul potrivit căruia amânarea aplicării pedepsei reprezintă o soluție distinctă față de cea de condamnare, ceea ce presupune că ar fi atipic să se considere că o soluție procesuală cu alt regim juridic să producă efecte retroactive, din momentul în care a fost pronunțată o hotărâre de amânare¹⁹. În plus, este susținută necesitatea aplicării aceluiași tratament juridic, atât în cazul inculpatului judecat deodată pentru toate infracțiunile concurente, cât și în cazul celui judecat la momente diferite²⁰.

7. Concluzii

Modalitățile de individualizare judiciară a aplicării și executării pedepsei, renunțarea la aplicarea pedepsei, amânarea aplicării pedepsei și suspendarea executării

¹⁷ ICCJ, HP, dec. nr. 12/2019 www.scj.ro.

¹⁸ ICCJ, HP dec. nr. 13/2019 www.scj.ro.

¹⁹ Opinia Facultății de Drept a Universității Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, în ICCJ, HP, dec. nr. 13/2019 www.scj.ro.

²⁰ Pentru alte argumente în sprijinul acestei soluții, a se vedea Opinia Facultății de Drept a Universității Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, citată.

pedepsei sub supraveghere, așa cum au fost reglementate de noul Cod penal, se dovedesc extrem de utile pentru adaptarea corespunzătoare a sancțiunilor penale la situația particulară a fiecărei persoane care comite o infracțiune. Procesul de individualizare judiciară a pedepsei este cu atât mai important cu cât eficiența unei sancțiuni penale este dependentă de capacitatea sa de a răspunde corespunzător fiecărei situații în parte, în funcție de aspectele ce particularizează fiecare faptuitor.

Din analiza jurisprudenței menționate se desprinde concluzia importanței ^{dez-}voltării unor criterii clare de departajare a acestor forme de individualizare judiciară a pedepsei, precum și a utilizării unor metode de interpretare constructivă și teleologică a dispozițiilor penale. Depășirea cadrului formal al reglementării este esențială pentru succesul acestor măsuri de individualizare a pedepsei de către judecător, ceea ce va putea conduce la o scădere a ratei de încarcerare și a recidivei.

Un alt aspect important de menționat este acela la bunei-credințe în interpretarea, alegerea și aplicarea uneia dintre aceste soluții propuse de legiuitor, pentru ca finalitatea pe care acesta și-a propus-o să nu fie denaturată de o aplicare contrară.

CONFORMITATEA ACTULUI ADMINISTRATIV NORMATIV CU ACTUL NORMATIV CU FORȚĂ JURIDICĂ SUPERIOARĂ

*Conf. univ. dr. Adina PONEA
Universitatea din Craiova,
Facultatea de Drept*

Abstract

In administrative litigation it is not yet accepted as a way to establish the legality of an individual administrative act the verification of its conformity in relation to the normative act with legal force superior to the one under which it was issued, according to the principle of hierarchy of normative administrative acts if the trace was not previously abolished in the action for annulment. In other words, the analysis is performed strictly in relation to the norm that was the basis for issuing the contested administrative act, without it being possible to report to the normative act superior to it, as long as the basic norm continues to produce binding legal effects. As a result, the courts cannot lack legal effects administrative acts of a normative nature in the situation where the parties did not exercise the action in annulment of the act and the act was not annulled by a final court decision.

Keywords: *administrative act, principle of hierarchy of normative administrative acts, public administration*

1. Scurte considerații introductive

Relativ recent, a revenit în actualitatea contenciosului administrativ problematica referitoare la posibilitatea instanței administrative de a cenzura legalitatea unui act administrativ cu caracter individual prin raportare la dispozițiile actului normativ cu forță juridică superioară celui în temeiul căruia a fost emis. Ipoteza vizată este cea în care, pe de o parte, între cele două acte normative aflate la niveluri diferite în ierarhia actelor administrative normative nu există conformitate iar pe de altă parte, actul normativ cu forță juridică inferioară nu a fost anterior desființat în cadrul acțiunii în anulare.

În mod previzibil, orientările jurisprudențiale au fost inițial diferite, în sensul că într-o opinie¹, s-a considerat că instanța de contencios administrativ poate aplica

¹ Sentința nr. 1918/24.10.2016 a Trib. Bihor pronunțată în dosar nr. 1689/III/2016 și sent. civ. nr. 2128/17.11.2016 pronunțată de Trib. Bihor în dosar nr. 2328/III/2016.

direct actul normativ cu forță juridică superioară chiar și în condițiile în care actul administrativ normativ în temeiul căruia a fost emis un act administrativ individual, nu a fost lipsit de efecte în cadrul unei acțiuni în anulare. În schimb, în opinia contrară², s-a susținut că legalitatea unui act administrativ individual se analizează strict prin raportare la actul normativ în baza căruia a fost emis chiar dacă acesta conține dispoziții contrare celui cu forță juridică superioară.

Natura litigiului care a generat această controversă deși inițial era una pur fiscală, respectiv anularea unei decizii de impunere emisă în baza unui regulament prin care se stabileau reguli cu privire la impozitul pe clădiri, a dobândit ulterior aspecte de contencios constituțional, căci regulamentul în temeiul căruia a fost emisă decizia de impunere conținea dispoziții contrare unei hotărâri de guvern, act administrativ normativ cu forță juridică superioară. Or, în condițiile în care, actul administrativ normativ inițial nu a fost atacat cu acțiune în anulare, s-a pus în discuție căreia dintre normele legale trebuie să i se conformeze actul administrativ individual: celor în baza cărora a fost emis sau celor cu forță juridică superioară și contradictorii acestora.

2. Mecanisme procesuale de verificare a legalității a unui act administrativ normativ

a) *Excepția de nelegalitate*

Într-o scurtă retrospectivă legislativă³ în domeniul reglementării mijloacelor procesuale care vizează lipsirea unui act administrativ individual sau normativ de efectele juridice contrare dispozițiilor legale, observăm că, operând succesiv⁴,

² Decizia nr. 1349/CA/09.06.2017 pronunțată de C. Ap. Oradea în dosarul nr. 2328/III/2016 și dec. nr. 429/CA/24.02.2017 pronunțată de C. Ap. Oradea în dosarul nr. 1689/III/2016.

³ Art. 4 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, în forma în vigoare până la modificarea intervenită prin Legea nr. 202/25.10.2010 dispunea următoarele: alin. (1) Legalitatea unui act administrativ unilateral poate fi cercetată oricând în cadrul unui proces, pe cale de excepție, din oficiu sau la cererea părții interesate. În acest caz, instanța, constatând că de actul administrativ depinde soluționarea litigiului pe fond, va sesiza prin încheiere motivată instanța de contencios administrativ competentă, suspendând cauza.

⁴ Dispozițiile art. 4 din Legea nr. 554/2004 astfel cum au fost modificate prin Legea nr. 267/2007 (în vigoare din 2 august 2007 și până la 1 septembrie 2012), prevedeau următoarele: (1) Legalitatea unui act administrativ unilateral cu caracter individual, indiferent de data emiterii acestuia, poate fi cercetată oricând în cadrul unui proces, pe cale de excepție, din oficiu sau la cererea părții interesate. În acest caz, instanța, constatând că de actul administrativ depinde soluționarea litigiului pe fond, sesizează, prin încheiere motivată, instanța de contencios administrativ competentă și suspendă cauza, încheierea de sesizare a instanței de contencios administrativ nu este supusă niciunei căi de atac, iar încheierea prin care se respinge cererea de sesizare poate fi atacată odată cu fondul. Suspendarea cauzei nu se dispune în ipoteza în care instanța în fața căreia s-a ridicat excepția de nelegalitate este instanța de contencios administrativ competentă să o soluționeze.

modificările legislative aduse art. 4 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ printr-o serie de acte normative (ultimul fiind Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă) au schimbat fundamental configurația excepției de nelegalitate⁵. Astfel, legislația anterioară plasa excepția de nelegalitate exclusiv în sfera de competență a instanței de contencios administrativ⁶ și, pe fondul unei exprimări echivoce, îi permitea acesteia să cenzureze și actele administrative cu caracter normativ. După ultima modificare însă, a devenit certă intenția legiuitorului de a acorda în materia competenței materiale, plenitudine de jurisdicție instanței investite cu soluționarea fondului litigiului (indiferent dacă aceasta este specializată în contencios administrativ sau de drept comun) și totodată, de a exclude posibilitatea verificării unui act administrativ normativ prin intermediul mecanismului procesual al excepției de nelegalitate. În forma finală a art. 4 alin. (4) se dispune că actele administrative cu caracter normativ nu pot forma obiect al excepției de nelegalitate, controlul judecătoresc al acestora fiind exercitat de către instanța de contencios administrativ în cadrul acțiunii în anulare.

⁵ Art. 4 din Legea nr. 554/2004 astfel cum a fost modificat prin art. 54 din Legea nr. 76/2012 (în vigoare din 1 septembrie 2012), are următorul cuprins: (1) Legalitatea unui act administrativ cu caracter individual, indiferent de data emiterii acestuia, poate fi cercetată oricând în cadrul unui proces, pe cale de excepție, din oficiu sau la cererea părții interesate. (2) Instanța investită cu fondul litigiului și în fața căreia a fost invocată excepția de nelegalitate, constatând că de actul administrativ cu caracter individual depinde soluționarea litigiului pe fond, este competentă să se pronunțe asupra excepției, fie printr-o încheiere interlocutorie, fie prin hotărârea pe care o va pronunța în cauză. În situația în care instanța se pronunță asupra excepției de nelegalitate prin încheiere interlocutorie, aceasta poate fi atacată odată cu fondul. (3) În cazul în care a constatat nelegalitatea actului administrativ cu caracter individual, instanța în fața căreia a fost invocată excepția de nelegalitate va soluționa cauza, fără a ține seama de actul a cărui nelegalitate a fost constatată. (4) Actele administrative cu caracter normativ nu pot forma obiect al excepției de nelegalitate. Controlul judecătoresc al actelor administrative cu caracter normativ se exercită de către instanța de contencios administrativ în cadrul acțiunii în anulare, în condițiile prevăzute de prezenta lege.

⁶ Art. 4 din Legea nr. 554/2004 astfel cum a fost modificat prin art. 54 din Legea nr. 76/2012 (în vigoare din 1 septembrie 2012), are următorul cuprins: (1) Legalitatea unui act administrativ cu caracter individual, indiferent de data emiterii acestuia, poate fi cercetată oricând în cadrul unui proces, pe cale de excepție, din oficiu sau la cererea părții interesate. (2) Instanța investită cu fondul litigiului și în fața căreia a fost invocată excepția de nelegalitate, constatând că de actul administrativ cu caracter individual depinde soluționarea litigiului pe fond, este competentă să se pronunțe asupra excepției, fie printr-o încheiere interlocutorie, fie prin hotărârea pe care o va pronunța în cauză. În situația în care instanța se pronunță asupra excepției de nelegalitate prin încheiere interlocutorie, aceasta poate fi atacată odată cu fondul. (3) În cazul în care a constatat nelegalitatea actului administrativ cu caracter individual, instanța în fața căreia a fost invocată excepția de nelegalitate va soluționa cauza, fără a ține seama de actul a cărui nelegalitate a fost constatată. (4) Actele administrative cu caracter normativ nu pot forma obiect al excepției de nelegalitate. Controlul judecătoresc al actelor administrative cu caracter normativ se exercită de către instanța de contencios administrativ în cadrul acțiunii în anulare, în condițiile prevăzute de prezenta lege.

De altfel, excepția de nelegalitate este reglementată ca mijloc de apărare, prin intermediul căruia se cercetează conformitatea unui act administrativ cu reglementările legale care au stat la baza emiterii acestuia. Doctrina juridică⁷ a asimilat excepția de nelegalitate unei veritabile acțiuni în anulare „în miniatură”, care se bazează pe aspectele invocate în cadrul acțiunii în anulare, dar care nu se poate soluționa în afara cadrului procesual creat de cauza principală. Consecința admiterii excepției de nelegalitate nu constă în anularea actului administrativ care a format obiectul acesteia, ci în neluarea lui în considerare, cu ocazia soluționării litigiului în cadrul căruia a fost invocată. Altfel spus, raportul juridic de drept administrativ născut în baza actului atacat pe calea excepției, continuă să existe fără a suferi modificări. Aceasta pentru că sancțiunea anulării nu poate fi dispusă decât pe calea unei acțiuni directe. Or, actul administrativ nefiind anulat pe calea acțiunii directe, va continua să producă efecte juridice, cu excepția celor pe care ar fi putut să le producă în situația juridică dedusă judecății⁸.

În acest context generat de eliminarea posibilității lipsirii de efecte juridice a unui act administrativ cu caracter normativ, pe calea excepției de nelegalitate, prin repunerea în discuție în mod repetat și fără limită de timp a legalității sale, Curtea Constituțională⁹ a reținut că în „considerarea caracterului important al actelor administrative cu caracter normativ, legiuitorul, dând eficiență prevederilor constituționale ale art. 126 alin. (2), a atribuit competența materială pentru soluționarea acestor cereri în anulare, care pot fi promovate oricând, instanței de contencios administrativ, respectiv Secției de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție, secțiilor de contencios administrativ și fiscal ale curților de apel și tribunalelor administrativ-fiscale, așa încât accesul liber la justiție este garantat.

Or, în cazul de față, legea organică – Legea nr. 554/2004 – a fost modificată tot prin voința legiuitorului. Intervenția legiuitorului nu contravine însă normelor

⁷ M. Gălan, *Excepția de nelegalitate în dreptul comunitar european*, Dreptul nr. 9/2006, p. 62-71.

⁸ G.V. Bîrsan, B. Georgescu, *Scurte considerații asupra invocării excepției de nelegalitate cu privire la actele administrative unilaterale cu caracter individual*, Revista de drept public nr. 2/2006, p. 58-66;

⁹ Decizia Curții Constituționale nr. 646/11 noiembrie 2014, publicată în M. Of. nr. 32 din 15 ianuarie 2015 referitoare la excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 4 alin. (4) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004. Instanța constituțională a subliniat și că „Referitor la invocarea prevederilor constituționale privind dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică, prin dec. nr. 267 din 7 mai 2014, publicată în M. Of. nr. 538 din 21 iulie 2014, Curtea a reținut că exercitarea controlului de legalitate poate fi exercitat fie pe calea acțiunii directe, fie pe calea incidentală a excepției de nelegalitate. Competența instanțelor judecătorești și procedura de judecată sunt stabilite, potrivit art. 126 alin. (2) din Constituție, prin lege, ceea ce înseamnă că normele de procedură nu sunt de nivelul Legii fundamentale, ci al actelor normative subsecvente, infraconstituționale. Materia contenciosului administrativ este reglementată, potrivit art. 73 alin. (1) lit. k) din Constituție, prin lege organică, astfel că stabilirea competenței materiale de judecată este rezultatul voinței legiuitorului în acest sens”.

fundamentale, din moment ce exercitarea controlului judecătoresc asupra actelor administrative ale autorităților publice se realizează în continuare sub garanția prevederilor art. 52 și art. 126 alin. (6) din Constituție de către o instanță judecătorească. Prin urmare, și această modificare a Legii nr. 554/2004 în sensul stabilirii de către legiuitor a competenței instanței de contencios administrativ de verificare a actelor administrative cu caracter normativ, prin intermediul acțiunii în anulare, reprezintă tot o garanție a prevederilor art. 52 și art. 126 alin. (6) din Constituție.

Prin excluderea actelor administrative cu caracter normativ din sfera de control, pe calea excepției de nelegalitate, se urmărește un scop legitim, respectiv asigurarea securității raporturilor juridice și respectarea competenței instanțelor specializate. De asemenea, admiterea acțiunii în anulare a unui act administrativ cu caracter normativ produce efecte juridice *erga omnes*, spre deosebire de excepția de nelegalitate, care produce efecte doar între părțile litigiului, actul administrativ producându-și în continuare efectele față de terți, pe când admiterea unei acțiuni în anulare a unui act cu caracter normativ produce efecte *erga omnes*, profitând tuturor subiectelor de drept”.

b) Acțiunea în anulare

În privința actelor administrative cu caracter normativ, controlul judecătoresc se declanșează numai pe calea unei acțiuni directe de anulare, întemeiate pe Legea nr. 555/2004, competența de soluționare aparținând secțiilor de contencios administrativ de la nivelul tribunalului, curții de apel sau instanței supreme. Datorită efectelor lor juridice normative, aceste categorii de acte beneficiază de un regim diferit sub aspectul controlului de legalitate¹⁰. Astfel, potrivit art. 11 alin. (1) și alin. (4) teza finală coroborat cu art. 23 din Legea contenciosului administrativ, se consacră în premieră, în mod expres în legislația contenciosului administrativ faptul că actele administrative cu caracter normativ pot fi atacate oricând¹¹, hotărârea pronunțată în cadrul acțiunii în anulare fiind general obligatorie și cu putere doar pentru viitor, ca efect al publicării sale în Monitorul Oficial al României, Partea I sau, după caz, în monitoarele oficiale ale județelor¹².

Din perspectiva legalității actelor administrative individuale emise în temeiul unui act cu caracter normativ anulat, Înalta Curte de Casație și Justiție¹³ a pronunțat o

¹⁰ Decizia Curții Constituționale nr. 395 din 13 aprilie 2010, publicată în M. Of. nr. 369 din 4 iunie 2010.

¹¹ D. Apostol Tofan, *Modificările esențiale aduse instituției contenciosului administrativ prin noua lege cadru în materie* (1), în Curierul Judiciar nr. 3/2005, p. 99-103.

¹² O. Puie, *Titlul executoriu în materia contenciosului administrativ și obligația publicării hotărârilor judecătorești definitive și irevocabile prin care s-au anulat acte administrative cu caracter normativ. Propuneri de lege ferenda* (11), în Curierul Judiciar nr. 4/2007, p. 126-139.

¹³ ÎCCJ, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, dec. nr. 10 din 11 mai 2015 privind o rezolvare de principiu a chestiunii de drept dacă dispozițiile art. 23 din Legea nr. 554/2004 se

hotărâre prealabilă privind modalitatea de interpretare a dispozițiilor art. 23 cu privire la efectele temporale ale hotărârii de anulare, în sensul că acestea se produc și cu privire la actele administrative individuale emise în temeiul acestuia și care la momentul publicării hotărârii erau contestate în cauze aflate în curs de soluționare pe rolul instanțelor judecătorești. Rațiunea unei astfel de interpretări rezidă în aceea că similar, admiterii excepției de neconstituționalitate, anularea actului administrativ normativ nu produce niciun efect în privința cauzelor irevocabil/definitiv soluționate, însă produce efecte în cauzele aflate în curs de soluționare la data publicării deciziei Curții Constituționale sau a hotărârii judecătorești de anulare, nesubzistând niciun argument pentru care să li se aplice un tratament diferențiat, din punctul de vedere al efectelor pe care le produc. Considerente la fel de importante, au fost apreciate de Înalta Curte de Casație și Justiție și respectarea principiul autorității de lucru judecat dar și imperativul asigurării unei jurisprudențe unitare¹⁴.

În ceea ce privește modalitatea de abordare a acțiunii în anularea actului administrativ individual emis în activitatea de punere în executare a unui act administrativ cu caracter normativ anulat anterior, nu trebuie ignorat faptul că soluționarea acesteia nu se rezumă la o simplă constatare a efectelor hotărârii de anulare, ci presupune ca instanța de contencios să analizeze și să aprecieze în concret îndeplinirea condițiilor de fond ale acțiunii în contencios administrativ, în special condiția existenței unei vătămări¹⁵.

interpretează în sensul în care hotărârea judecătorească prin care s-a anulat un act administrativ cu caracter normativ produce efecte numai în privința actelor administrative individuale emise în temeiul acestuia, ulterior hotărârii de anulare sau și celor care, deși anterior emise, la data rămânării definitive a hotărârii de anulare erau contestate în cauze în curs de soluționare pe rolul instanțelor judecătorești, publicată în M. Of. nr. 458 din 25 iunie 2015.

¹⁴ În Decizia nr. 10/2015 „Înalta Curte are în vedere că soluția contrară ar constitui o veritabilă încălcare a dreptului de acces la o instanță, în sensul art. 6 § 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, pentru că aceasta ar fi golită de conținut, nemaivând un caracter efectiv din perspectiva persoanei vătămate de un act administrativ individual emis în temeiul unui act administrativ cu caracter normativ, anulat într-o altă cauză.

Astfel, această persoană nu va putea solicita pe cale principală în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 anularea actului administrativ normativ deja anulat, pentru că i se va opune excepția lipsei de interes, și nici nu va putea invoca excepția de nelegalitate, câtă vreme art. 4 alin. (4) teza întâi din aceeași lege⁷⁾ exclude actele normative de la acest control de legalitate incidental.

Pe de altă parte, la aceeași concluzie se ajunge și prin prisma puterii de lucru judecat a hotărârii judecătorești irevocabile/definitive de anulare a unui act administrativ cu caracter normativ, a cărei existență în realitatea juridică nu poate fi ignorată în cursul proceselor generate de aplicarea prevederii normative anulate.

Imperativul asigurării unei jurisprudențe unitare care să răspundă așteptărilor legitime ale justițiabililor angrenați în proceduri judiciare legate de aplicarea aceluiași act administrativ cu caracter normativ este, de asemenea, un argument de luat în seamă”.

¹⁵ G. Bogasiu, *Legea contenciosului administrativ comentată și adnotată*, ed. a V-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 580

3. Act administrativ normativ neconform. Efecte juridice

Situația juridică generatoare de jurisprudență neunitară s-a circumscris ipotezei în care legalitatea unui act administrativ individual ar trebui verificată prin prisma dispozițiilor unui act administrativ cu caracter normativ care este contrar normei legale cu forță juridică superioară și care nu a fost anterior anulat în cadrul acțiunii în anulare. Astfel cum am arătat, în prezent, în cadrul unei acțiuni în anularea unui act administrativ individual, instanța de judecată nu va mai putea cenzura incidental, din oficiu sau la cererea uneia dintre părți, conformitatea act administrativ cu caracter normativ cu norma juridică superioară în ierarhia normativă și nu va mai putea lipsi de efecte juridice un act normativ neconform. În consecință, rămâne de analizat posibilitatea judecătorului administrativ de a înlătura în mod direct, aplicarea unor dispoziții cuprinse în acte administrative cu caracter normativ în temeiul principiului ierarhiei actelor normative, consacrat de dispozițiile art. 4 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, în condițiile în care se constată, în mod evident, că acestea sunt în contradicție cu acte normative cu forță juridică superioară, fără însă ca anterior să se fi formulat o acțiune în anulare în cadrul căreia aceste aspecte să fi fost analizate și cenzurate.

Apreciem cel puțin notabilă soluția adoptată de jurisprudența minoritară în sensul că instanța de contencios administrativ investită cu soluționarea unei acțiuni în anularea unui act administrativ individual poate aprecia asupra legalității actului administrativ normativ în baza căruia a fost emis și poate să constate nelegalitatea acestuia ca urmare a încălcării unui act administrativ normativ de forță juridică superioară chiar și în lipsa unei sesizări privind anularea actului administrativ normativ de forță juridică inferioară, ținând seama de dispozițiile art. 81 alin. (2) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative care statuează că reglementările cuprinse în hotărârile consiliilor locale nu pot contraveni Constituției României și reglementărilor din actele normative de nivel superior¹⁶. Într-adevăr, cauzistica ce a generat o astfel de interpretare prezenta particularitatea că actul administrativ cu caracter normativ era o hotărâre de consiliu local ale cărei dispoziții se aplicau *erga omnes* cu privire la impozitarea unor clădiri, astfel că instanța de contencios a făcut apel și la dispozițiile art. 81 alin. (2) din Legea nr. 24/2000 care vizează expres subordonarea normativă a acestui tip de act administrativ față de actele normative de nivel superior. De altfel, nu de puține ori jurisprudența și doctrina juridică¹⁷ au cenzurat „virusul național al hotărârilor de consiliu

¹⁶ Sentința nr. 1918/24.10.2016 a Tribunalului Bihor pronunțată în dosar nr. 1689/III/2016 și sent. civ. nr. 2128/17.11.2016 pronunțată de Tribunalul Bihor în dosar nr. 2328/III/2016

¹⁷ Cristian-Paul Lospa, *Despre (ne)legalitatea hotărârilor de consiliu local prin care reglementează procedura privind ridicarea, transportul, depozitarea și eliberarea vehiculelor staționate neregulamentar*, în Pandectele Săptămânale nr. 3/2013, Ed. Rosetti, www.eurolex.ro.

local” și faptul că acestea s-au „juridicizat” în mod neinspirat, însă calea aleasă a fost de fiecare dată, acțiunea în anulare.

Majoritar însă, s-a considerat că, aplicarea directă a art. 81 alin. (2) din Legea nr. 24/2004, a principiului legalității reglementat de art. 1 alin. (5) din Constituție sau al altor texte de lege ar reprezenta, în același timp, o lipsire de efecte a dispozițiilor art. 4 alin. (4) din Legea nr. 554/2004 și ar putea conduce la un conflict constituțional, nedorit, între puterea judecătorească, pe de o parte, și cea legislativă și executivă, pe de alta. Totodată, „principiul ierarhiei actelor normative și principiul legalității sunt în continuare protejate de acțiunea în anularea actelor administrative cu caracter normativ (cele cu caracter individual putând face, în continuare, obiectul excepției de nelegalitate), acțiune care stă la îndemâna părților, iar judecătorul poate asigura această protecție prin exercitarea rolului conferit de art. 22 NCPC (sau de art. 129 din vechiul C. pr. civ.), punând în discuția părților posibilul conflict între lege și actul administrativ cu caracter normativ (sau între două acte administrative cu caracter normativ de rang diferit), iar în cazul în care acțiunea este exercitată, poate suspenda judecata în temeiul art. 413 alin. (1) pct. 1 NCPC [sau art. 244 alin. (1) pct. 1 din vechiul Cod]”¹⁸. Pe de altă parte, jurisprudența instanței supreme a statuat că verificarea legalității normei contestate se realizează numai în raport cu legea în aplicarea căreia a fost emisă, nefiind permisă analiza unor aspecte de nelegalitate care derivă din necorelarea normei vizate cu alte prevederi legale, rezultate din alte acte normative cu caracter general, potrivit principiului de drept „specialia derogant generalibus”. Altfel spus, analiza se realizează strict în raport cu norma care a stat la baza emiterii actului administrativ contestat, fără a fi posibilă raportarea la actul normativ superior acesteia, cât timp norma de bază continuă să producă efecte juridice obligatorii.

Concluzia, în acord și cu jurisprudența majoritară, este aceea că instanțele judecătorești nu pot lipsi de efecte juridice acte administrative cu caracter normativ în situația în care părțile nu au exercitat acțiunea în anularea actului iar actul nu a fost anulat prin hotărâre judecătorească definitivă.

¹⁸ ÎCCJ, s. cont. adm. fisc., dec. nr. 2.215 din 17 aprilie 2019 privind nelegalitatea dispozițiilor art. 18 alin. (2) din Codul deontologic al judecătorilor și procurorilor, pentru lipsa de claritate și previzibilitate, publicată în M. Of. nr. 149 din 25 februarie 2020; Minuta Întâlnirii președinților secțiilor de contencios administrativ și fiscal ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel, Curtea de Apel Craiova, 17-18 octombrie 2019.

PERSPECTIVA NORMATIVĂ A DETERMINĂRII CONFLICTULUI DE INTERESE ÎN MATERIE SOCIETARĂ

*Asist. univ. dr. Răzvan SCAFEȘ
Universitatea din Craiova,
Facultatea de Drept*

Abstract

Conflict of interest in corporate matters must be seen as an incident in the functioning of the legal person, which often, given the dynamics of corporate relations, becomes inherent. The relevant legal provisions do not establish objective criteria for determining certain situations as conflicts of interest and leave it to the discretion of the courts to classify them in the category of the mentioned incident by referring to the notions of „company interest” and „personal interest”. Given that the persons involved in the functioning of the company, respectively the associates and the administrators, are bound by the general obligation of good faith towards the company, the analysis of the conflict of interests can be done by referring to the notions of independence, impartiality, objectivity, loyalty and general interest. or socially, and the associates and members of the management bodies must behave with full objectivity in all operations involving the company. The case law has helped to identify certain criteria for determining cases of conflict of interest in the various legal situations in which the company is involved.

Keywords: *conflict of interest, social interest, individual interest, associate, administrator, good faith.*

În funcționarea societății conflictul de interes trebuie analizat în funcție de persoana al cărei interes este contrar celui social, fiind astfel identificate astfel de cazuri în ceea ce privește administratorii și asociații sau acționarii persoanei juridice.

În ceea ce privește administratorii, putem începe analiza de la doctrina de common-law care a stabilit că exercițiul puterilor acestora poate da naștere la două mari tipuri de conflicte: conflictele verticale și conflictele orizontale¹.

¹ Lawrence E. Mitchell, *A theoretical and practical framework for enforcing corporate constituency statutes*, Texas Law Review, vol. 70, 1992, p. 579-591.

Conflictele verticale își au sursa în specializarea funcțiilor. Administratorii dispun de puteri decizionale ce le permit administrarea afacerilor societății. Acordarea acestor puteri presupun riscul unor conflicte de interese, ce constau în faptul că administratorii au interese personale ce nu concordă în mod necesar cu interesul societății. Altfel spus, conflictele verticale opun interesele personale ale administratorilor interesului societății². În general, aceste conflicte au în comun faptul că directorii sau administratorii sunt principalii beneficiari. Societatea suportă consecințele printr-o sărăcire a patrimoniului său ce are efecte pentru acționari (scade valoarea acțiunilor lor) și pentru celelalte părți interesate (precaritatea financiară a societății). După cum putem constata, conflictele de interese verticale aduc atingere interesului societății ca entitate³.

Conflictele de interese orizontale ne determină să constatăm diversitatea de interese ce coexistă în societate: acționari, angajați, furnizori, creditori etc. Într-o anumită măsură, interesele acestor părți converg. Cu titlu de exemplu, toți doresc protejarea patrimoniului societății contra abuzului rezultând din conflictele verticale. Pe de altă parte, în contextul operațiunilor particulare, interesele părților sunt diferite.

Obligația de loialitate impune, la fel ca și în dreptul intern⁴, administratorilor și directorilor o conduită strictă ce este recunoscută de foarte mult timp. Această etică strictă se manifestă în diverse reguli ce reglează conflictele de interese verticale, aceste reguli fiind elaborate în mod similar obligațiilor fiduciare din common law⁵.

Așadar, temeiul răspunderii administratorilor pentru deciziile luate în ipoteza unui conflict de interese îl reprezintă încălcarea obligațiilor esențiale rezultate din contractul de mandat.

Referitor la asociații sau acționarii societății, conflictul de interese se raportează la o obligație generală de loialitate față de societate dată de existența *affectio societatis* care presupune tocmai voința de a se asocia pentru a contribui la buna funcționare a societății, astfel că în mod evident nu se pot face acte împotriva voinței sociale.

² În dreptul intern dispozițiile art. 144³ din Legea nr. 31/1990 (aplicabil doar societăților pe acțiuni) și art. 215 C. civ. interzic situațiile de conflict de interese între administratori și societate.

³ *Ibidem* 2.

⁴ Cu titlu de exemplu: art. 72 din Legea nr. 31/1990 stabilește, într-o regulă aplicabilă tuturor tipurilor de societăți, că obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat, astfel că este atrasă aplicabilitatea art. 2018-2019 C. civ. care se referă la obligația mandatarului de a manifesta diligență și de a da socoteală; art. 73 din Legea nr. 31/1990 stabilește că administratorii răspund pentru neîndeplinirea strictă a obligațiilor impuse de lege și actul constitutiv sau a hotărârilor AGA; art. 144¹ din Legea nr. 31/1990 aplicabil societăților pe acțiuni stabilește că exercitarea mandatului administratorilor se va face cu prudența și diligența unui bun administrator.

⁵ D.W.M. Watters, *Law of trusts in Canada*, ed. a 2-a, Toronto, Carswell, p. 198.

Reglementarea generală privind conflictul de interese între asociați și societate se regăsește în cuprinsul art. 79 alin. (1) din Legea nr. 31/1990, conform căruia „Asociațul care, într-o operațiune determinată, are, pe cont propriu sau pe contul altuia, interese contrare acelorale ale societății, nu poate lua parte la nici o deliberare sau decizie privind această operațiune”. Deși legiuitorul a găsit util să prevadă interdicția conflictului de interese în Titlul III, Capitolul II, privind societatea în nume colectiv, aceasta se aplică și societății în comandită simplă, precum și societății cu răspundere limitată, conform normelor de trimitere de la art. 90 respectiv 197 alin. (3). În ceea ce privește societățile pe acțiuni, art. 127 din actul normativ impune o restricție identică, astfel că este evidentă preocuparea legiuitorului față de aceste situații prejudiciabile pentru societate.

Textele de lege amintite oferă cea mai clară viziune asupra conflictului de interese din legislația curentă, arătând că acesta se manifestă asupra unei operațiuni determinate, ceea ce înseamnă că se va aprecia de la caz la caz. Din cauza dinamicii societare, în contextul actual conflictele de interese sunt de cele mai multe ori inerente și astfel reprezintă unul dintre riscurile afacerii, nefiind însă cuantificabil la momentul începerii activității.

Analiza conflictului de interese între asociat și societate are în vedere și teoria contractuală a societății⁶, în sensul că aceasta se formează în temeiul unui contract (actul constitutiv) ca manifestare de voință a asociaților fondatori. Tocmai plecând de la această idee putem deja observa premisele conflictului de interese. În concret, ca și critică a teoriei contractuale se afirmă că, în principiu, într-un contract părțile au voințe proprii și de cele mai multe ori contrare, orientate spre obținerea unui beneficiu personal. Deși acceptăm că voința socială reprezintă un cumul de voință comună a asociaților, nu trebuie să nesocotim elementul personal al fiecărui asociat, adică deși acesta afectează o parte a propriei voințe către formarea voinței sociale, totuși păstrează o voință distinctă, personală, care poate fi contrară cu același tip de voință a celorlalți asociați.

Dispozițiile legale amintite, care interzic conflictul de interese în materie societară, se referă însă în mod general la „interese contrare” față de societate, fără a stabili criterii obiective de determinare a acestor cazuri. Întreaga reglementare a acestei instituții se întemeiază astfel pe interdicția unei situații care trebuie apreciată subiectiv de către instanța de judecată, în funcție de circumstanțele concrete ale acesteia. De altfel, literatura de specialitate a afirmat că „legea nici nu definește și nici nu exemplifică ce se înțelege prin interes contrar, astfel că trebuie stabilit în fiecare caz în concret existența și întinderea eventualelor interese contrare între acționar și societate”⁷.

⁶ Pentru o analiză a naturii juridice a societății, a se vedea I. Bălan, *Natura juridică a societății comerciale*, în *Dreptul* nr. 11/2000, p. 35 și urm.

⁷ Cristina Cucu, Marilena Veronica Gavriș, Cătălin G. Bădoiu, Cristian Haraga, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 252 și Ioan Schiau, Titus Prescure,

Doctrina franceză apreciază că noțiunea conflictului de interese trebuie analizată prin raportare la două concepte ce permit fixarea scopului dezvoltărilor ulterioare: cea a noutății noțiunii și cea a valorilor ce subliniază și fondează reglementările conflictelor (independență, imparțialitate, obiectivitate, loialitate, interes general), acestea din urmă având o anumită influență asupra interpretării, deci asupra sensului expresiei conflictelor de interese, precum și asupra câmpului de aplicare a regulamentelor privitoare la acestea⁸. Apreciem că suplimentar acestor criterii trebuie avut în vedere și interesul individual, prin raportare la interesul general deja reținut. Referitor la independența, imparțialitatea și obiectivitatea care trebuie respectate în viața societară trebuie subliniat că acestea se raportează la propria persoană a asociatului, acționarului sau membrul organelor de administrare, astfel că acesta trebuie să fie independent și imparțial față de sine însuși și să poată rămâne obiectiv în raport de propriile interese. Respectarea acestor valori creează premisa loialității, care de altfel este un principiu absolut și necesar în materie societară, respectiv îndatorirea de a acționa în toate situațiile doar în acord cu interesul general al societății.

Interesul social este unul propriu, format inițial din interesul individual al asociaților care o formează, însă întotdeauna superior acestora. S-a reținut sub acest aspect în literatura franceză de specialitate că acesta „*nu se confundă, în mod necesar, cu interesul asociaților, indiferent dacă aceștia sunt majoritari sau minoritari; societatea are un interes propriu care transcende sfera interesului asociaților*”⁹. Tot doctrina franceză¹⁰ reține că pentru definirea interesului social trebuie îmbinate două elemente: (i) pe de-o parte că interesul asociaților conduce scopul societății și astfel mărirea patrimoniului societății va produce direct beneficii asociaților și (ii) interesul comun care îi unește pe asociați reprezintă legătura dintre aceștia, ceea ce determină dreptul fiecăruia la beneficiile corespunzătoare din profitul societății.

Sub aspectul interesului social se impune a fi amintită și perspectiva propusă de doctrina de common-law care include în sfera conflictului de interese și acele situații în care interesele asociaților nu pot fi conciliate¹¹ și astfel există un conflict intern, între asociați sau acționari. Se impune astfel să avem în vedere și o altă accepțiune, care surprinde societatea și ca un mijloc pentru atingerea scopului personal al asociaților sau acționarilor. Nu putem nega că înființarea unei persoane

Legea societăților comerciale nr. 31/1990. Analize și comentarii pe articole, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 346.

⁸ Joël Moret-Bailly, *Les conflits d'intérêts – définir, gérer, sanctionner*, Lextenso éditions, Paris, 2014, p. 39.

⁹ Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, 20^e Ed. Litec, 2007, p. 180.

¹⁰ Dominique Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Jolly, Paris, 2004, p. 315-316.

¹¹ A se vedea Jarrad Harford, Dirk Jenter, Kai Li, *Conflicts of interests among shareholders: The case of corporate acquisitions*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Massachusetts, July 2007, disponibilă la <https://www.nber.org/papers/w13274.pdf>.

juridice se face de către persoanele care decid înființarea cu scopul de a obține pe termen lung anumite avantaje în general patrimoniale. Tocmai de aceea, sistemele de drept de tip common-law nu își bazează în general doctrina pe ideea unui interes propriu al persoanei juridice și astfel folosesc decât foarte rar conceptul de „interes al societății”¹².

Interesul individual trebuie analizat prin raportare la interesul general, fiind acel interes pe care îl manifestă o anumită persoană față de interesul colectiv restrâns (așa cum este, spre exemplu, interesul societății). Interesul individual va governa permanent acțiunile persoanelor, însă atunci când a fost pus în comun cu alte interese individuale asemănătoare, formând un interes colectiv, distinct, întâlnit în cadrul persoanei juridice, acesta nu poate fi deturnat de la scopul urmărit de funcționarea noii entități create, deoarece ar reprezenta o manifestare a conflictului de interese.

Așadar, criteriile enunțate anterior pot fi considerate esențiale pentru determinarea conflictului de interese, fiind aplicabile în orice situație dedusă analizei. Independența și imparțialitatea sunt noțiuni care trebuie să guverneze deciziile de afaceri ale administratorilor și asociaților astfel încât orice operațiune să fie hotărâtă de aceștia fără a avea în vedere alte interese decât cele ale societății. Independența la care ne referim nu semnifică, în mod evident, faptul că administratorii sau asociații ar fi independenți față de societate la fel cum imparțialitatea nu înseamnă că în derularea activităților aceștia nu ar trebui să manifeste parțialitate față de interesul social. Cu alte cuvinte, elementul de raportare nu este societatea și interesul acesteia, asociații și administratorii trebuind să fie subordonați acestuia, ci interesul lor individual constând în urmărirea unui beneficiu pentru sine sau pentru altul.

Obiectivitatea se referă la abilitatea administratorului sau asociatului de a decide orice acțiune care implică în orice fel societatea fără a ține cont de elemente care i-ar favoriza direct sau indirect pe aceștia în detrimentul societății. Aceasta este o derivă din imparțialitatea de care trebuie să dea dovadă astfel cum am detaliat anterior și reprezintă manifestarea în concret a acesteia, în fiecare raport juridic.

Loialitatea este o obligație generală și abstractă care caracterizează raporturile asociaților și administratorilor cu societatea. Astfel cum am descris anterior, aceasta derivă atât din ipoteza contractului de mandat, dar și din cea a contractului de societate guvernate de *affectio societatis*. Loialitatea față de societate implică obligația părților de a conlucra pentru a atinge rezultatul comun care reprezintă beneficiul societății, astfel că în lipsa acesteia funcționarea persoanei juridice va fi afectată până în punctul în care va deveni imposibilă.

Interesul social și cel individual sunt cele două elemente în limitele cărora se analizează toate cele expuse anterior, iar orice raportare a criteriilor de determinare

¹² Lucian Bojin, Acțiunea în anularea hotărârii Adunării Generale a Acționarilor, Ed. Universul Juridic, 2012, p. 137.

identificate se va face în raport de aceste categorii de interese pentru a se stabili dacă ele sunt conciliate sau dacă, din contră, sunt în conflict și au potențialul de a crea prejudicii sau chiar au produs un efect prejudiciabil.

Lipsa, la nivel normativ, a unor elemente obiective pentru determinarea conflictului de interese a creat obligația jurisprudenței de a crea criteriile care trebuie avute în vedere sub acest aspect. Se observă însă că acestea au în vedere tocmai noțiunile identificate anterior: independența, imparțialitatea, obiectivitatea, loialitatea, interesul social și cel individual.

Spre exemplu, în situația unei hotărâri generale extraordinare a asociațiilor prin care asociații hotărăsc înstrăinarea tuturor activelor societății către o altă societate, aceștia nu pot vota înstrăinarea activelor către o altă societate în care tot aceștia erau asociați¹³. Se remarcă faptul că interesul individual nu poate determina niciodată un nou interes social. Cu alte cuvinte, nu are relevanță nici dacă asociații care se află în conflict sunt singurii asociați ai societății, deoarece nici într-o astfel de situație interesul lor nu se poate confunda cu cel al societății.

O astfel de interpretare are în vedere situația societății cu răspundere limitată cu asociat unic în cadrul căreia, de asemenea, se păstrează distincția între interesul social și cel al asociatului unic, deoarece cazuri de conflict de interese în cazul acestei forme societare apar tocmai ca urmare a deturnării interesului social spre satisfacerea interesului individual al asociatului unic, în încercarea de a fraudă creditorii, odată ce răspunderea asociatului unic este tot în limita aportului său, ca la orice societate cu răspundere limitată¹⁴, sau de a evita anumite interdicții impuse de legislație. Astfel, odată ce nici în situația acestei forme societare nu putem vorbi despre un interes unic, cu atât mai mult în cadrul unei societăți cu mai mulți asociați nu poate fi primită o astfel de interpretare, astfel că nu va avea relevanță faptul că toți asociații se află în conflict, urmând a se aplica principiul prevalenței interesului social¹⁵.

De asemenea, nu contează nici faptul că înstrăinarea s-a făcut prin contract de vânzare cumpărare, așadar că societatea a primit un preț ca și contravaloare a bunurilor, deoarece, având în vedere că înstrăinarea a fost decisă de aceleași persoane care vor beneficia efectiv de acestea, prin intermediul societății cumpărătoare la care tot aceștia sunt asociați, pe de-o parte, nu se poate considera că prețul a fost stabilit în mod obiectiv, iar, pe de altă parte, nu poate fi analizată în mod just oportunitatea înstrăinării din perspectiva beneficiului efectiv realizat de societatea vânzătoare.

¹³ ÎCCJ, s. com., dec. nr. 966/9 martie 2007.

¹⁴ Stanciu D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 365.

¹⁵ Lucian Săuleanu, *Principiile salvagărdării societăților și superiorității interesului social*, Universul Juridic, 2019, disponibil la <https://www.universuljuridic.ro/principiile-salvagardarii-societatilor-si-superioritatii-interesului-social/>.

În același sens, relația existentă între acționarul societății care cedează drepturile și societatea beneficiară facilitează identificarea conflictului de interese¹⁶, odată ce acționarul majoritar decide să dispună de o sumă importantă din activele societății pe acțiuni în beneficiul unei alte societăți la care acesta este asociat unic. O astfel de operațiune naște temerea legitimă că societatea împrumutată nu va mai restitui suma împrumutată, scopul real fiind sporirea patrimoniului acționarului aflat în conflict de interese.

O situație juridică interesantă a fost remarcată în cadrul unei operațiuni de divizare care deși a fost decisă cu o importantă majoritate (64,4%) a urmărit în realitate crearea unor noi societăți care funcționau ca niște veritabile supape pentru a transfera activele societății divizate¹⁷. Cu această ocazie s-a reținut că trebuie avute în vedere regulile cu valoare de principiu care afirmă certitudinea și siguranța activității comerciale, onestitatea și bunele moravuri prin raportare la principiul general al bunei credințe. În aceste condiții,, chiar dacă hotărârea AGA prin care s-a decis divizarea societății a fost luată cu o majoritate de 64,4%, efectele acestei operațiuni, astfel cum a fost votată creează fraudă în dauna societății¹⁸. Cu această ocazie, deși nu s-a reținut expres incidența dispozițiilor legale privind conflictul de interese, întreaga motivare este întemeiată pe această ipoteză. În speță are relevanță, pe de-o parte, faptul că acționari sau angajați ai societății divizate au calitatea de asociați ai noilor societăți înființate și că, în acest context, participă la formarea unei voințe sociale distorsionate, prin care se urmărește crearea unor avantaje societăților în care aceștia au calitatea de asociați (societățile cu răspundere limitată) și în care aceștia își pot manifesta mai bine controlul. Transferul unor părți substanțiale din activele societății pe acțiuni către societățile nou înființate reprezintă elementul care evidențiază pe deplin situația de conflict de interese, în condițiile în care societatea divizată pierde o bună parte din activele care îi asigurau funcționarea și posibilitatea plății datoriilor.

Atunci când, instanța a avut de analizat cererea unui acționar de constatare a nulității hotărârii AGA motivat de faptul că acestuia nu i s-a permis să voteze în cadrul ședinței AGA, ceilalți acționari constatând că se află într-un conflict de interese, s-a apreciat că abținerea de la vot nu este doar o opțiune personală, ci chiar o obligație în condițiile în care legiuitorul a înțeles să dea prioritate interesului social¹⁹. În concret, pe ordinea de zi figura revocarea membrilor consiliului de administrație din care făcea parte și soția reclamantului apelant, precum și atragerea răspunderii acestor membri, dar și a reclamantului apelant în calitate de

¹⁶ ÎCCJ, s. com., dec. nr. 1134/14 martie 2007.

¹⁷ ÎCCJ, s. a II-a civ., dec. nr. 3070/24 noiembrie 2009.

¹⁸ În speță operațiunea de divizare se realiza prin transferarea unei părți substanțiale din activul societății și a unor minime datorii, către societăți cu răspundere limitată ai căror asociați au și calitatea de acționari sau angajați ai societății divizate.

¹⁹ C. Ap. Craiova, s. a II-a civ., dec. nr. 690/26 septembrie 2017.

director general. Cu privire la acest aspect s-a reținut că „starea de conflict de interese, prevăzută de art. 127, este una care impune atât o conduită acționarului în cauză, în sensul de a se abține de la deliberare și automat de la vot, dar nu exclude nici o diligență din partea celorlalți acționari care pot învedera starea de conflict de interese în care se poate afla unul din acționari”²⁰. Astfel, art. 127 din Legea nr. 31/1990 instituie o regulă de foarte mare importanță pentru exercițiul dreptului de vot în adunările generale ale acționarilor – principiul abținerii de la vot în cazul în care acționarul se află în conflict de interese, personal sau ca mandatar, al unui alt acționar, iar rațiunea și fundamentul unui astfel de principiu nu pot fi înțelese decât prin raportare la un alt principiu esențial pentru materia societăților comerciale, principiu instituit de art. 136¹ din Legea nr. 31/1990. Situația descrisă se întemeiază pe interesul direct pe care îl avea acționarul asupra hotărârii ce urma a fi luată, pentru că avea potențialul de a-l afecta patrimonial pe acesta, fiind evident că acesta nu putea fi imparțial și obiectiv, interesul personal prevalând în daune celui social, ceea ce ar fi născut obligația sa de a se abține de la deliberări.

În concluzie, reglementările actuale interzic și sancționează situațiile de conflict de interese între asociați sau administratori și societate, fără a stabili în concret criterii obiective pentru analiza acestor și, de asemenea, fără să se stabilească în concret anumite situații pe care legiuitorul să le recunoască expres ca având un astfel de efect. În aceste condiții a revenit instanțelor naționale și doctrinei sarcina de a stabili anumite criterii pentru determinarea acestor situații. Stabilirea existenței acestui incident în funcționarea societății s-a făcut prin raportare la noțiunile și instituțiile de drept care se regăsesc în obligațiile esențiale impuse administratorilor și asociaților, fiind pusă astfel în discuție independența și imparțialitatea acestora, obiectivitatea și loialitatea lor față de societate și interesul acesteia, prin raportare la interesul individual. Astfel, conflictul de interese poate fi constatat în situațiile în care asociatul sau administratorul care a întreprins o anumită operațiune are un interes direct în finalitatea acelei operațiuni din perspectiva celeilalte părți a raportului juridic în care devine parte societatea. Apreciem însă că se impune dezvoltarea legislației sub impactul jurisprudenței prin identificarea unor alte situații potențiale de conflict de interese, în special cele în care beneficiarul operațiunii potențial prejudiciabile nu este aceeași persoană sau o societate condusă de aceasta, ci terți interpuși sau atunci când se urmărește favorizarea unor societăți concurente. Trebuie reliefat și progresul înregistrat prin noua reglementare, respectiv art. 215 C. civ.²¹, care se referă la contrarietatea de interese și care sancționează

²⁰ Lucian Bernd Săuleanu, *Conflictul de interese în dreptul societăților (art. 127 din Legea nr. 31/1990). Obligația asociatului de a se abține de la deliberări în cazul conflictului de interese, disponibil pe:* <https://www.juridice.ro/599793/conflictul-de-interese-in-dreptul-societatilor-art-127-din-legea-nr-31-1990-obligatia-asociatului-de-a-se-abtine-de-la-deliberari-in-cazul-conflictului-de-interese.html>.

²¹ Art. 215 C. civ., conform căruia: „(1) Este anulabil actul juridic încheiat în fraudă intereselor persoanei juridice de un membru al organelor de administrare, dacă acesta din urmă, soțul,

cu nulitatea actul juridic încheiat de o persoană aflată într-o astfel de situație, atunci când aceasta este membru al organelor de administrare ale persoanei juridice, precum și răspunderea acestuia pentru daune dacă nu s-a abținut de la vot atunci când face parte din organele de conducere ale acesteia. Această reglementare, prin folosirea termenului „contrariedade de interese” în art. 215 conferă un impact mai mare situației avute în vedere, delimitând-o de simplul caz al conflictului de interese pe care legiuitorul îl reglementase până la apariția Codului civil, odată ce se stabilește expres și sancțiunea nulității pentru actele încheiate în aceste condiții, deși aplicabilitatea se referă doar la administratorii persoanelor juridice.

Acknowledgment: *„Această lucrare a fost finanțată din contractul POCU380/6/13/123990, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Capital Uman 2014-2020”.*

ascendenții sau descendenții lui, rudele în linie colaterală sau afiii 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. (2) Atunci când cel care face parte din organele de administrare ale persoanei juridice ori una dintre persoanele prevăzute la alin. (1) are interes într-o problemă supusă hotărârii acestor organe, trebuie să înștiințeze persoana juridică și să nu ia parte la nicio deliberare privitoare la aceasta. În caz contrar, el răspunde pentru daunele cauzate persoanei juridice, dacă fără votul lui nu s-ar fi putut obține majoritatea cerută”.

TITULARUL DE FOND DE COMERȚ ÎN RAPORT DE EVOLUȚIA DEFINIȚIEI FONDULUI DE COMERȚ

Lect. univ. dr. *Lavinia Elena STUPARU*
Universitatea din Craiova,
Facultatea de Drept

Abstract

Despite constant doctrinal concerns and existing case law on goodwill, the legislative approach to this concept has been and continues to be disparate and non-specific. The initial definition of goodwill, enshrined in the provisions of Law no. 11/1991 on combating unfair competition was repealed at a date subsequent to the entry into force of the current Civil Code. A new definition, which highlights a change in the vision of the legislator compared to the goodwill holder, was established by Law no. 85/2014 on insolvency prevention and insolvency proceedings. The introduction of the „professional” in the national law system and the replacement of the „trader” with the „economic operator” in the current legal definition of goodwill causes the identification of the goodwill holder.

Keywords: *goodwill; goodwill holder; professional; economic operator; economic activity; Law no. 11/1991; Law no.85/2014*

1. Definiția „fondului de comerț” din Legea nr. 11/1991 și titularul acestuia

În mod tradițional, conceptul „fond de comerț” a intrat în atenția legiuitorului național rar, exclusiv în contextul reglementării altor instituții juridice și, de regulă, prin raportare la elementele care îl pot compune¹.

În ciuda prezenței și relevanței fondului de comerț în circuitul juridic general, reținem că acesta nu a făcut obiect al unei definiții legale, nici prin dispozițiile Codului civil de la 1864, nici prin cele ale Codului de comerț de la 1887 și nici măcar prin prevederile actualului Cod civil. În schimb, literatura de specialitate² a

¹ Pentru o prezentare cronologică a evoluției conceptului „fond de comerț” în dreptul pozitiv român, a se vedea L.V. Herovanu, *Fondul de comerț*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pp. 17-18 și 21-24.

² Spre exemplu, a se vedea: I.L. Georgescu, *Fondul de comerț. Considerații generale*, în *Revista de Drept Comercial* nr. 3-4/1946, p. 129; St. D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, ed. a VI-a actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 92; L.-H. Herovanu, *op. cit.*, p. 37; S. Bodu,

oferit în tot acest interval varii definiții ale acestui concept. La nivel normativ, definiția inițială a fondului de comerț a fost introdusă de Legea nr. 298/2001 pentru modificarea și completarea Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale (art. 1 pct. 2). În accepțiunea dispozițiilor art. 1¹ lit. c) din Legea nr. 11/1991, fondul de comerț desemna „ansamblul bunurilor mobile și imobile, corporale și necorporale (mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial), utilizate de un comerciant în vederea desfășurării activității sale”.

La momentul reglementării sensului noțiunii „fond de comerț”, sistemul de drept național era caracterizat de dualismul dreptului privat, conceptul analizat contribuind la conturarea unei instituții juridice de drept comercial. Comerciantul, nominalizat expres ca titular exclusiv al fondului de comerț, era subiectul de drept specific dreptului comercial și beneficia de un regim juridic fundamental diferit de cel al ne-comerciantului.

Cadrul legal format din Codul de comerț român³ și legislația comercială, aplicabil în acea perioadă, permiteau o facilă identificare a categoriilor de comercianți. Noțiunea „comerciant” viza persoanele fizice și persoanele juridice cunoscute inițial de Codul de comerț (art. 7)⁴, extinse de-a lungul timpului prin enumerarea realizată de Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului⁵ [art. 1 alin. (2)]⁶ și reglementate de lege-cadru aferente fiecărei categorii în parte⁷.

O altă abordare a noțiunii de fond de comerț, în Revista de Drept Comercial nr. 4/2005, p. 41; Gh. Piperea, *Drept comercial. Întreprinderea*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 55; M. Nicolae, *Unificarea dreptului obligațiilor civile și comerciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 467; S. Angheni, *Drept comercial. Tratat*, Ed. C.H. Beck, București, 2019, pp. 92 și 98; C. Cucu, C. G. Bădoiu, C. Haraga, *Dicționar de drept comercial*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 271; M.-L. Belu Magdo, *Fondul de comerț*, în Revista de Drept Comercial nr. 10/2002, p. 50.

³ Publicat în M. Of. din 10 mai 1887. Abrogarea Codului de comerț român a fost realizată în baza prevederilor art. 230 lit. c) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

⁴ Dispozițiile art. 7 din Codul de comerț (actualmente abrogat) prevedeau că „sunt comercianți aceia care fac fapte de comerț, având comerțul ca o profesiune obișnuită, și societățile comerciale”.

⁵ Republicată în M. Of. nr. 49/04.02.1998, cu modificările și completările ulterioare.

⁶ În înțelesul art. 1 alin. (2) din Legea nr. 26/1990 (forma anterioară datei de 1 octombrie 2011), erau comercianți „persoanele fizice și asociațiile familiale care efectuează în mod obișnuit acte de comerț, societățile comerciale, companiile naționale și societățile naționale, regiile autonome, grupurile de interes economic cu caracter comercial, grupurile europene de interes economic cu caracter comercial și organizațiile cooperatiste”.

⁷ Amintim în acest sens: Legea societăților comerciale nr. 31/1990; Regulamentul Consiliului (CE) nr. 2157/2001 privind statutul societății europene; Legea nr. 15/1990 privind reorganizarea unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale; O.U.G. nr. 30/1997 privind reorganizarea regiilor autonome; Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în executarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri și prevenirea și sancționarea corupției; Regulamentul (CEE) nr. 2137/85 al Consiliului privind Grupul European de Interes Economic; Legea nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperăției; O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului; Legea cooperăției agricole

În considerarea acestor reglementări, categoria comercianților persoane fizice cuprindea: titularii de întreprinderi individuale, membrii întreprinderilor familiale și persoanele fizice autorizate ca PFA (dacă îndeplineau condițiile art. 7 C. com.). La rândul său, categoria comercianților persoane juridice era formată din: societăți comerciale, regii autonome, companii naționale și societăți naționale, organizații cooperatiste, societăți cooperatiste, grupuri de interes economic cu caracter comercial, societăți europene, societăți cooperatiste europene și grupuri europene de interes economic cu caracter comercial⁸. De asemenea, erau comercianți și persoanele care dobândeau această calitate exclusiv în baza art. 7 din Codul de comerț (așa-numiții comercianți „clandestini”⁹). Sintetizând, toate aceste persoane fizice și persoane juridice au format categoria desemnată, în mod tradițional, prin termenul „comerciant”.

De asemenea, în perioada (post-decembristă) de aplicare a Codului de comerț existau și anumite legi speciale care atribuiu termenului „comerciant” un sens specific¹⁰, ce nu elimina sensul tradițional al noțiunii. Astfel de acte normative speciale subliniau concentrarea legiuitorului pe tipul activității desfășurată (o activitate de comercializare), indiferent de forma juridică de constituire a persoanei calificate comerciant, sau, după caz, complet au expres categoria clasică a comercianților și cu alte persoane, acestea din urmă derulând și alte tipuri de activități decât cele care erau rezervate, în mod obișnuit, comerciantului.

Intrarea în vigoare a actualului Cod civil¹¹ a schimbat sistemul de reglementare a dreptului comercial, asigurând implementarea unității dreptului privat român¹². De la această dată, legiuitorul a statuat că „termenii și expresiile din legislația civilă și comercială în vigoare sunt înlocuiți cu termenii și expresiile corespondente din

nr. 566/2004; Regulamentul Consiliului nr. 1435/2003 privind statutul societății cooperatiste europene; O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale.

⁸ Comercianții persoane juridice române, cu componentă europeană, aveau sediul principal în România.

⁹ „Clandestinitatea” era impusă de absența înregistrării persoanei în registrul comerțului. Pe această temă, a se vedea L.E. Smarandache, *Aspecte privind fondul de comerț al comerciantul persoană fizică*, în *Pandectele Române* nr. 1/2011, p. 61.

¹⁰ Spre exemplu: O.G. nr. 130/2000 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță [art. 2 alin. (1) lit. c)]; Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori [art. 2 alin. (2)]; Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor [art. 2 lit. b)]; Legea nr. 158/2008 privind publicitatea înșelătoare și publicitatea comparativă [art. 3 lit. d)]; Legea nr. 321/2009 privind comercializarea produselor alimentare [art. 2 alin. (2) pct. 6].

¹¹ Adoptat prin Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M. Of. nr. 511/24.07.2009, modificată și rectificată ulterior, iar apoi republicată în M. Of. nr. 505/15.07.2011. Codul civil a intrat în vigoare la 1 octombrie 2011.

¹² Pentru o sinteză a criticilor privind transpunerea concepției moniste, dar și pentru o analiză în materie, a se vedea M. Nicolae, *op. cit.*, pp. 589-604.

Codul civil¹³. În consecință, și în privința instituției „fondului de comerț” s-a impus racordarea sa la viziunea normativă, de sorginte monistă.

Codul civil a devenit, ca noutate, cadru normativ general de raportare și în materia fondului de comerț. În contextul reglementării anumitor instituții juridice, Codul civil a abordat situația bunurile comune care sunt elemente ale fondului de comerț [art. 340 lit. c)]¹⁴, uzufructul fondului de comerț (art. 745)¹⁵ sau rolul fondului de comerț în conflictul de legi (art. 2638)¹⁶. Totodată, au devenit incidente și alte reglementări inedite din Codul civil precum cele privind universalitatea de fapt (art. 541), ipoteca asupra unei universalități de bunuri [art. 2350 alin. (2), art. 2357 și art. 2368] și posibilitatea oricărei persoane de a diviza sau afecta patrimoniul personal (art. 31-33).

Comerciantul, instituit de prevederile Legii nr. 11/1991 ca titular al fondului de comerț, a fost supus unor modificări terminologice și conceptuale substanțiale. Odată cu intrarea în vigoare a Codului civil, în sfera raporturilor juridice civile relevantă a devenit calitatea de profesionist¹⁷, aceasta fiind cea care determină un regim juridic diferit de cel al non-profioniștilor, statutul de comerciant devenind insignifiant.

Deși supraviețuirea „comerciantului” în sistemul de drept național a fost confirmată de prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 71/2011, care îl nominalizează ca o categorie distinctă a profesionistului¹⁸, semnificația noțiunii „comerciant” a fost ajustată. Aplicarea actualului Cod civil a condus la dispariția noțiunii juridice „comerciant” în sensurile desprinse anterior din prevederile Codului de comerț (art. 7 – abrogat de art. 230 din Legea nr. 71/2011) și Legii nr. 26/1990 privind registrul comerțului [art. 1 alin. (2) – modificat de art. 11 din Legea nr. 71/2011].

Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Codului civil a stabilit în art. 6 alin. (1) că „referirile la comercianți”, din cuprinsul actelor normative aplicabile la

¹³ Art. 23 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Codului civil, publicată în M. Of. nr. 409/10.06.2011, cu rectificarea și modificările ulterioare.

¹⁴ „Nu sunt bunuri comune, ci bunuri proprii ale fiecărui soț bunurile destinate exercitării profesiei unuia dintre soți, dacă nu sunt elemente ale unui fond de comerț care face parte din comunitatea de bunuri”.

¹⁵ „În lipsă de stipulație contrară, uzufructuarul unui fond de comerț nu poate să dispună de bunurile ce îl compun. În situația în care dispune de aceste bunuri are obligația de a le înlocui cu altele similare și de valoare egală”.

¹⁶ Potrivit alin. (1) „în lipsa alegerii, se aplică legea statului cu care actul juridic prezintă legăturile cele mai strânse, iar dacă această lege nu poate fi identificată, se aplică legea locului unde actul juridic a fost încheiat”, iar potrivit alin. (2) „se consideră că există atari legături cu legea statului în care debitorul prestației caracteristice sau, după caz, autorul actului are, la data încheierii actului, după caz, reședința obișnuită, fondul de comerț sau sediul social”.

¹⁷ În sensul dispozițiilor art. 3 alin. (2) din Codul civil „sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere”.

¹⁸ Pentru susținerea că prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 atribuie un caracter „pur descriptiv” termenului „comerciant”, a se vedea M. Nicolae, *op. cit.*, p. 473.

data intrării în vigoare a Codului civil, se consideră a fi făcute la „persoanele fizice sau, după caz, la persoanele juridice supuse înregistrării în registrul comerțului, potrivit prevederilor art. 1 din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, cu modificările și completările ulterioare, precum și cu celea duse prin prezenta lege”. De asemenea, legiuitorul a preferat să înlocuiască termenul „comerciant” cu cel de „profesionist” în legislația privind protecția drepturilor consumatorilor¹⁹ și să mențină termenul „comerciant” doar atunci când este prevăzut de: a) Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice, republicată; b) Legea pomiculturii nr. 348/2003, republicată, cu modificările ulterioare; c) Legea nr. 321/2009 privind comercializarea produselor alimentare, cu modificările și completările ulterioare; d) orice alte acte normative în care termenul „comerciant” are un înțeles specific dispozițiilor cuprinse în aceste din urmă acte normative [art. 6 alin. (2)-(3) din Legea nr. 71/2011].

Dispozițiile Legii nr. 11/1991 alocate definiției fondului de comerț au fost abrogate de Ordonanța Guvernului nr. 12/2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale și a altor acte în domeniul protecției concurenței (art. 1 pct. 2)²⁰.

În concluzie, pentru perioada în care s-a aplicat definiția fondului de comerț din Legea nr. 11/1991, titularul fondului de comerț era comerciantul. După intrarea în vigoare a noului Cod civil, calitatea de comerciant a fost amprentată de noua viziune a legiuitorului în materia acestei noțiuni (conform delimitărilor mai sus realizate), comerciantul care exploata o întreprindere²¹ dobândind totodată statutul de profesionist [în sensul art. 3 alin. (2) C. civ.].

2. Contextul normativ din perioada de absență a definiției „fondului de comerț”

Eliminarea temporară a primei definiții legale a „fondului de comerț”, redată de textul Legii nr. 11/1991, nu a condus și la dispariția fondului de comerț ca instituție juridică (de altfel preexistentă respectivei definiții), chiar dacă reglementarea sa a continuat să fie asigurată de puține acte normative.

Opțiunea legiuitorului de abandonare a definiției fondului de comerț apreciem că poate fi înscrisă în procesul dereglementării comerciale demarat odată cu intrarea în vigoare a Codului civil. Pe lângă anihilarea termenului „comerciant” (cel puțin în

¹⁹ Pentru opinia critică potrivit căreia, din punct de vedere al logicii formale, genul „profesionist” nu se poate confunda cu specia „comerciantul”, a se vedea Gh. Piperea, *Drept comercial român. Teoria generală, întreprinderea și insolvența*, Ed. C.H. Beck, București, 2020, pp. 58-59.

²⁰ Publicată în M. Of. nr. 586/06.08.2014.

²¹ În sensul art. 3 alin. (3) C. civ.: „constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una ori mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea sau înstrăinarea de bunuri ori în prestarea de servicii, indiferent dacă are ori nu un scop lucrativ”.

accepțiunea sa generală)²² se încadrează în acest demers normativ măsuri precum: 1) înlocuirea sintagmei „contract comercial” sau „contracte comerciale” cu sintagma „contract civil” sau, după caz, „contracte civile”, iar sintagma „contracte sau acte de comerț”, cu termenul „contracte”²³; 2) înlocuirea terminologiei „Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale” ori „societatea comercială/societățile comerciale”, cuprinsă în legi sau alte acte normative, cu terminologia „Legea societăților nr. 31/1990” ori, după caz, „societatea/societățile reglementată/reglementate de Legea nr. 31/1990” ca societăți cu personalitate juridică²⁴; 3) înlocuirea expresiilor „acte de comerț”, respectiv „fapte de comerț” cu expresia „activități de producție, comerț sau prestări de servicii”²⁵.

Dereglementarea comercială operată este una parțială, legiuitorul nedorind sau neavând încă soluții normative pentru întreaga familie a termenului „comercial” și a derivatelor acestuia, sintagme precum „fond de comerț”, „registru comerțului” sau „vad comercial” făcând parte încă din categoria supraviețuitorilor.

În ciuda dispariției definiției normative a „fondului de comerț”, în acte normative din varii domenii juridice au continuat să existe menționări ale fondului de comerț sau ale operațiunilor care pot avea ca obiect fondul de comerț sau elementele din structura sa.

Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului este un astfel de exemplu, în textul acesteia fiind conservate toate prevederile referitoare la fondul de comerț. În principal, dispozițiile sale fac referire, într-un context specific, la diversele operațiuni juridice care pot fi efectuate cu fondul de comerț, în integralitatea sa ori doar cu anumite componente tradiționale ale acestuia (precum mărci, firme, embleme, brevete de invenții). De altfel, această lege specială a deținut dintotdeauna și statutul de lege-cadru pentru regimul juridic al „firmei” și „emblemei”²⁶.

În acest sens, amintim că dispozițiile art. 21 lit. a) și c) din *Legea nr. 26/1990* impun înregistrarea în registrul comerțului atât a „mențiunilor referitoare la donația, vânzarea, locațiunea sau garanția reală mobilă constituită asupra fondului de comerț”, precum și „orice act prin care se aduc modificări înmatriculărilor sau mențiunilor care fac să înceteze firma ori fondul de comerț”, cât și a „mențiunilor privind brevetele de invenții, mărcile de fabrică, de comerț și de serviciu, denumirile

²² Art. 6 alin. (1) din *Legea nr. 71/2011* pentru punerea în aplicare a Codului civil.

²³ Art. VII din *O.U.G. nr. 79/2011* pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, aprobată de *Legea nr. 60/2012*, publicată în *M. Of. nr. 255/17.04. 2012*.

²⁴ Art. 18 pct. 1 și 3 și art. 77 din *Legea nr. 76/2012* pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă. Pentru caracterul problematic al noii titulatură, a se vedea A. Gheorghiu, *Comercialitatea*, Ed. Hamangiu, București, 2020, p. 513.

²⁵ Art. 8 alin. (2) coroborat cu art. 11 din *Legea nr. 71/2011* pentru punerea în aplicare a Codului civil.

²⁶ Art. 30 – art. 43 din *Legea nr. 26/1990*.

de origine, indicațiile de proveniență, firma, emblema și alte semne distinctive asupra cărora societatea reglementată de Legea nr. 31/1990, regia autonomă, organizația cooperatistă sau persoana fizică autorizată, întreprinderea individuală și întreprinderea familială are un drept”. Același act normativ mai stabilește în art. 41 că „dobânditorul unui fond de comerț poate să continue activitatea sub firma anterioară în condițiile legii”, iar în art. 42 că „firma nu poate fi înstrăinată separat de fondul de comerț la care este întrebuințată”.

Prin intermediul art. 11 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Codului civil a fost eliminat sensul specific dat anterior termenului „comerciant” de Legea nr. 26/1990 [art. 1 alin. (2)], prin enumerarea categoriilor de comercianți, iar privitor la titularii obligației de a solicita înregistrarea în registrul comerțului, anterioara categorie formată din „comercianți, înainte de începerea comerțului, precum și alte persoane fizice sau juridice, prevăzute în mod expres de lege, înainte de începerea activității” [fostul art. 1 alin. (1) din Legea nr. 26/1990] a fost înlocuită de categoria „persoanelor fizice sau juridice care au obligația să ceară înmatricularea sau, după caz, înregistrarea în registrul comerțului înainte de începerea activității economice” [actualul art. 1 alin. (1) din Legea nr. 26/1990]²⁷.

Sub impactul schimbărilor aduse de Legea nr. 71/2011 [art. 6 alin. (1) și art. 11] noțiunii „comerciant” din textul Legii nr. 26/1990, apreciem că regimului juridic recunoscut de acest din urmă act normativ fondului de comerț și elementelor sale de tipul firmei și emblemei i-a fost extinsă incidența de la titularii (anteriori) de tipul „comercianților înregistrați în registrul comerțului” la „orice persoană supusă înregistrării în registrul comerțului potrivit legii”.

În opinia noastră, raportat la Legea nr. 26/1990, persoanele supuse înmatriculării sau, după caz, înregistrării în registrul comerțului erau titulari de fond de comerț. În principal, explicația derivă din interpretarea prevederilor alocate fondului de comerț de această lege specială. Persoanele fizice și persoanele juridice supuse înregistrării, respectiv pe durata înregistrării lor în registrul comerțului, erau ținute de respectarea anumitor formalități legale care priveau fondul de comerț, anumite elemente din structura sa sau operațiunile juridice care le puteau avea ca obiect.

Un alt exemplu de act normativ, din perioada analizată, care a menținut dispoziții privind fondul de comerț este *Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii*²⁸. În contextul reglementării transferului de întreprinderi mici și mijlocii, Legea nr. 346/2004 [art. 20 alin. (1)] a

²⁷ Prin dispozițiile Legii nr. 26/1990 (în forma modificată de art. 11 din Legea nr. 71/2011), legiuitorul a nominalizat: persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, societățile comerciale, companiile naționale și societățile naționale, regiile autonome, grupurile de interes economic, societățile cooperative, organizațiile cooperatiste, societățile europene, societățile cooperative europene și grupurile europene de interes economic cu sediul principal în România, precum și alte persoane fizice și juridice prevăzute de lege.

²⁸ Publicată în M. Of. nr. 681/29.07.2004, rectificată, cu modificările și completările ulterioare.

stabilit că această operațiune „înseamnă transmiterea întreprinderii, fondului de comerț către terțe persoane, în scopul asigurării continuării existenței și activității comerciale a întreprinderii, de regulă în cadrul aceleiași familii, cu titlu gratuit”.

În accepțiunea acestei legi speciale, termenul „întreprindere” este un subiect de drept, intrarea în vigoare a Codului civil antrenând doar adaptarea conținutului noțiunii la modificările intervenite în sistemul de drept privat. În sensul Legii nr. 346/2004 [art. 2 alin. (1)]²⁹ prin întreprindere se înțelege „orice formă de organizare a unei activități economice, autorizată potrivit legilor în vigoare să facă activități de producție, comerț sau prestări de servicii, în scopul obținerii de venituri, în condiții de concurență, respectiv: societăți reglementate de Legea societăților nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, societăți cooperativе, persoane fizice autorizate, întreprinzători titulari ai unei întreprinderi individuale și întreprinderile familiale, autorizate potrivit dispozițiilor legale în vigoare, care desfășoară activități economice”. Conform completării aduse de Legea nr. 62/2014 actului normativ analizat, prevederile Legii nr. 346/2004 au devenit aplicabile și asociațiilor, fundațiilor, cooperativelor agricole și societăților agricole care desfășoară activități economice³⁰.

Pentru identificarea titularului fondului de comerț, raportat la textul Legii nr. 346/2004, considerăm utile anumite delimitări.

În forma sa inițială (anterioară modificărilor ocazionate de Legea nr. 62/2014), art. 2 din Legea nr. 346/2004 definea întreprinderea ca „orice formă de organizare a unei activități economice, autonomă patrimonial și autorizată potrivit legilor în vigoare să facă acte și fapte de comerț³¹, în scopul obținerii de profit, în condiții de concurență, respectiv: societăți comerciale, societăți cooperativе, persoane fizice care desfășoară activități economice în mod independent și asociații familiale autorizate potrivit dispozițiilor legale în vigoare”. Subiectele de drept nominalizate cu caracter limitativ și calificate „întreprinderi” de Legea nr. 346/2004 erau și cele care puteau recurge în condițiile acestui act normativ³² la „transferul întreprinderilor mici și mijlocii”, fiind titularele de fond de comerț. Aparținând categoriei „clasice” de comercianți (supuși înregistrării în registrul comerțului), aceste persoane fizice și persoane juridice au devenit, de la momentul aplicării noului Cod civil, o categorie a profesionistului, încadrându-se în noua terminologie introdusă pentru termenul „comerciant” de prevederile art. 6 din Legea nr. 71/2011.

²⁹ Avem în vedere textul art. 2 alin. (1) în forma modificată de art. 1 pct. 1 din Legea nr. 62/2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii, publicată în M. Of. nr. 328/06.05.2014.

³⁰ Art. 2 alin. (2) din Legea nr. 346/2004.

³¹ De la data intrării în vigoare a Codului civil, sintagma „acte și fapte de comerț” a fost înlocuită cu expresia „activități de producție, comerț sau prestări de servicii” [potrivit art. 8 alin. (2) din Legea nr. 71/2011].

³² Art. 20-24 din Legea nr. 346/2004.

Textul Legii nr. 346/2004 – în forma modificată de Legea nr. 62/2014 –, deși a continuat să recunoască statutul de „întreprindere” aceluiași categorii de subiecte de drept (racordate însă terminologic la noul cadru normativ), a extins aplicabilitatea dispozițiilor sale (fără nicio rezervă sau excepție) și la noi subiecte de drept (asociații, fundații, cooperative agricole și societăți agricole). Efectuarea de activități economice de către acestea din urmă a justificat și a antrenat practic incidența regimul juridic stabilit pentru întreprindere de prevederile Legii nr. 346/2004, fiind asimilate IMM-urilor.

Apreciem că odată începută perioada fără o definiție normativă a fondului de comerț, respectiv fără o limitare a titularului de fond de comerț la o categorie specifică, operațiunea de „transfer a întreprinderilor mici și mijlocii” în sensul Legii nr. 346/2004 a devenit accesibilă nu doar persoanelor înregistrate în registrul comerțului și identificate de acest act normativ cu apelativul „întreprindere” (societățile comerciale, societățile cooperative, persoanele fizice autorizate, titularii de întreprinderi individuale, întreprinderile familiale), ci și altor persoane care desfășurau activități economice, înregistrate în registrul comerțului (cooperativele agricole) sau neînregistrate în acest registru public (asociațiile, fundațiile, societățile agricole).

Prin voința legiuitorului, transferul afacerii³³ a fost instituit cu scopul de a asigura o mai mare continuitate a ideilor și practicilor comerciale, pentru menținerea locurilor de muncă și stimularea activităților economice³⁴. Altfel spus accentul a fost pus pe activitatea economică, din perspectiva continuării acesteia, forma juridică a persoanei care o efectuează fiind doar un instrument.

În cazul subiectelor de drept înregistrate în registrul comerțului, operațiunea de transfer în înțelesul Legii nr. 346/2004 trebuia să fie înregistrată în registrul comerțului, iar decizia de modificare ca rezultat al transferului întreprinderii trebuia să fie publicată în Monitorul Oficial al României.

În opinia noastră, textul Legii nr. 346/2004 a devenit suport normativ pentru identificarea titularilor de fond de comerț cu acele persoane fizice și persoane juridice care puteau să transfere afacerea în temeiul și în condițiile acestei legi speciale. O atare interpretare concordă cu variile măsuri normative dedicate anteriorului domeniu comercial și demarate începând cu data aplicării Codului civil. De altfel, ulterioara definiție legală a fondului de comerț nu a făcut decât să confirme schimbarea opticii legiuitorului și în materia titularilor acestuia.

În perioada analizată, regăsim o referire la „fondul de comerț” și în *Codul de procedură civilă*³⁵. În acest caz, noțiunea este tratată de legiuitor ca un criteriu

³³ Pentru o tratare a complexității conceptului juridic „transfer de afacere”, a se vedea L. Tuleașcă, *Transferul de afacere*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 7/2016, pp. 53-71.

³⁴ Art. 20 alin. (1) din Legea nr. 346/2004.

³⁵ Adoptat prin Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată în M. Of. nr. 485/15.07.2010, republicată în M. Of. nr. 545/03.08.2012. Legea nr. 134/2010 a fost pusă în aplicare

subsecvent în determinarea competenței internaționale a instanței de judecată. În acest sens, prevederile art. 1066 alin. (1) C. pr. civ. au stabilit că „sub rezerva situațiilor în care legea dispune altfel, instanțele române sunt competente dacă pârâtul are domiciliul, iar în lipsa domiciliului, reședința obișnuită, respectiv sediul principal, iar în lipsa sediului principal, un sediu secundar sau fondul de comerț pe teritoriul României la data introducerii cererii”. Incidența textului normativ expus permitea identificarea titularului de fond de comerț doar prin corelarea sa cu dispozițiile altor acte normative alocate fondului de comerț.

Nu în ultimul rând, prevederile de generală aplicabilitate din *Codul civil* (mai sus amintite) și-au conservat statutul de izvor comun de drept în materia fondului de comerț. Raportat la dispozițiile art. 541 C. civ., fondul de comerț se încadra în accepțiunea consacrată „universalității de fapt”³⁶. Ca tip de astfel de universalitate³⁷, fondul de comerț are totuși o specificitate proprie, imprimată de conținutul și de scopul său.

Referitor la titularul fondului de comerț, singurul indiciu privitor la acesta se desprinde din prevederile art. 2368 C. civ.³⁸ care reglementează ipoteca asupra unei universalități de bunuri³⁹. Interpretarea acestui text normativ relevă că titular al fondului de comerț – universalitate de bunuri raportat la viziunea Codului civil – poate să fie doar un „profesionist” [în sensul art. 3 alin. (2) C. civ.], deoarece ipoteca convențională menționată poate avea ca obiect doar bunuri afectate activității unei întreprinderi. De altfel, rațiunea de a fi a unei universalități de fapt – ca gen – și, pe cale de consecință, a unui fond de comerț – ca specie –, rezidă tocmai din afectarea sa concretă unui scop unic.

În concluzie, în intervalul de timp caracterizat de absența unei definiții legale a fondului de comerț, respectiv de lipsa unei nominalizări exprese, general valabilă, a titularul fondului de comerț, apreciem că acesta putea fi determinat, de la caz la caz, prin raportare la cadrul normativ incident. Însă, incontestabil, un astfel de titular trebuia să fie profesionist în accepțiunea Codului civil [art. 3 alin. (2) C. civ.].

de Legea nr. 76/2012, publicată în M. Of. nr. 365/30.05.2012. Codul de procedură civilă și legea sa de punere în aplicare au intrat în vigoare la 15 februarie 2014.

³⁶ În sensul dispozițiilor art. 541 C. civ. „constituie o universalitate de fapt ansamblul bunurilor care aparține aceiași persoane și au o destinație comună stabilită prin voința acesteia sau prin lege”, iar „bunurile care alcătuiesc universalitatea de fapt pot, împreună sau separat, să facă obiectul unor acte sau raporturi juridice distincte”.

³⁷ În literatura de specialitate, calificarea fondului de comerț drept o universalitate de fapt are deopotrivă opozanți și susținători. Pentru detalii, a se vedea F. Popa, *Câteva reflecții asupra regimului juridic al fondului de comerț*, în *Revista de Drept Privat* nr. 3 /2017, pp. 203-228.

³⁸ Pentru o analiză a art. 2368 C. civ., a se vedea B. Vișinoiu, în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole art. 1-2664*, (coordonatori F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei), Ed. C.H. Beck, București, 2012, pp. 2321-2322.

³⁹ „Ipoteca convențională asupra unei universalități de bunuri mobile sau imobile, prezente ori viitoare, corporale sau incorporeale nu poate fi consimțită decât cu privire la bunurile afectate activității unei întreprinderi”.

3. Definiția „fondului de comerț” din Legea nr. 85/2014 și titularul acestuia

Actuala definiția a „fondului de comerț” a fost introdusă prin dispozițiile art. 1 din O.U.G. nr. 88/2018 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul insolvenței și a altor acte normative⁴⁰. Drept urmare, art. 5 alin. (1) pct. 73 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență⁴¹ prevede că fondul de comerț reprezintă „ansamblul bunurilor mobile și imobile, corporale și necorporale – mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial –, utilizate de un operator economic în vederea desfășurării activității sale”.

Actele normative care trasează regimul juridic al instituției „fondului de comerț”, preexistente (de ex: Codul civil, Legea nr. 26/1990, Legea nr. 346/2004, Codul de procedură civilă) sau ulterioare (de ex: Legea nr. 129/2019⁴²) noii definiții legale a acestui concept, trebuie interpretate în prezent raportat la titularul fondului de comerț nominalizat de legiuitor.

Reamintim faptul că, în mod tradițional, fondul de comerț a fost o noțiune eminentamente comercială, iar comerciantul titularul său exclusiv, chiar anterior și independent de consacrarea acestuia prin definiția inițială a fondului de comerț din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale. Introducerea în sistemul de drept național a noțiunii juridice „profesionist”, de la data intrării în vigoare a Codului civil, și înlocuirea „comerciantului” cu „operatorul economic”, în recenta definiție legală a fondului de comerț, provoacă la identificarea actualului titular al fondului de comerț.

Definiția instituită de prevederile Legii nr. 85/2014, care reglementează procedurile de preinsolvență și de insolvență aplicabile exclusiv profesioniștilor în sensul art. 3 alin. (2) din Codul civil⁴³, ocazionaază cel puțin întrebarea dacă nu

⁴⁰ Publicată în M. Of. nr. 840/02.10. 2018.

⁴¹ Publicată în M. Of. nr. 466/25.06.2014, cu modificările și completările ulterioare.

⁴² În considerarea dispozițiilor Legii nr. 129/2019 pentru prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțării terorismului, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative [art. 5 lit. f)] intră sub incidența reglementărilor sale și „notarii publici, avocații, executorii judecătorești și alte persoane care exercită profesii juridice liberale, în cazul în care acordă asistență pentru întocmirea sau perfectarea de operațiuni pentru clienții lor privind cumpărarea ori vânzarea de bunuri imobile, acțiuni sau părți sociale ori elemente ale fondului de comerț (...)”. Legea nr. 129/2019 a fost publicată în M. Of. nr. 589/19.07.2017.

⁴³ Dispozițiile art. 3 din Legea nr. 85/2014 exceptează de la incidența procedurilor pe care le reglementează profesioniștii de tipul celor care exercită profesii liberale, a celor cu privire la care se prevăd dispoziții speciale în ceea ce privește regimul insolvenței lor, precum și a unităților și instituțiilor de învățământ preuniversitar, universitar și entităților prevăzute la art. 7 din O.G. nr. 57/2002 privind cercetarea științifică și dezvoltarea tehnologică. Procedura insolvenței se aplică inclusiv profesionistului *de fapt* [art. 38 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 85/2014]. Pentru detalii, a se vedea și R. Bufan (coordonator științific), *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București, 2014, pp. 195-225.

cumva această reglementare constituie un indiciu al intenției legiuitorului de a identifica ca posibili titulari ai fondului de comerț debitorii din aceste proceduri⁴⁴.

Textul Legii nr. 85/2014 stabilește expres ca titular al fondului de comerț „operatorul economic care îl utilizează în vederea desfășurării activității sale”, în condițiile în care sintagma „operator economic” nu beneficiază de o definiție legală general valabilă, ci are accepțiuni diferite în funcție de sursa sa normativă, iar activității acestuia nu i se precizează natura.

Sub aspect terminologic, faptul că legiuitorul a optat pentru expresia „operator economic” în detrimentul clasicului termen „comerciant” (deși apelativul „comerciant” exista în peisajul juridic, în sensurile permise de Legea nr. 71/2011, ca o categorie a profesionistului), apreciem că reprezintă o continuare a dereglementării comerciale practică cu intenția de corelare a legislației speciale cu noua viziune unificatoare promovată de Codul civil. În considerarea acestei realități, redefinirea normativă a fondului de comerț pare a releva renunțarea la tradiționala dependență a fondului de comerț de titularul obligatoriu comerciant și subordonarea fondului de comerț activității efectuate de anumiți profesioniști.

Caracteristica fondului de comerț, constând în utilizarea sa efectivă în desfășurarea activității titularului, corelată cu tipologia anumitor bunuri din structura sa (de ex: firma, vadul comercial), evidențiază implicarea fondului de comerț în exploatarea unei întreprinderi [în sensul art. 3 alin. (3) C. civ.] și, totodată, calitatea de profesionist a titularului. Din perspectivă terminologică, „operatorul economic” este o categorie a profesionistului potrivit art. 8 alin. (1) din Legea nr. 71/2011. În anumite contexte normative, apreciem că expresia „operator economic”⁴⁵ se identifică cu anumite specii ale profesionistului nominalizate de Legea nr. 71/2011 (precum întreprinzătorul sau comerciantul) sau, după caz, include persoanele sau entitățile vizate de acești termeni.

În absența unor criterii legale clare de identificare, opinăm în sensul că activitatea pentru derularea căreia se întrebunțează un fond de comerț este o activitate

⁴⁴ După cum s-a reținut în doctrină, în concepția tradițională a legiuitorului comercial român, calitatea debitorului de a fi comerciant a constituit o condiție esențială pentru declanșarea unor astfel de proceduri colective. În acest sens, *Ibidem*, p. 31. Pentru detalii privind schimbarea direcției normative în materie, a se vedea A. Gheorghiu, *op. cit.*, 2020, pp. 486-490.

⁴⁵ Pentru accepțiuni normative ale sintagmei „operator economic” a se vedea: Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora [art. 2 lit. d) pct. 1-7)]; Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului [pct. 1 din Anexă]; O.U.G. nr. 99/2009 privind obligația operatorilor economici de a utiliza aparate de marcat electronice fiscale [art. 3 lit. i)], O.G. nr. 26/2013 privind întărirea disciplinei financiare la nivelul unor operatori economici la care statul sau unitățile administrativ-teritoriale [art. 1]; Regulamentul U.E. nr. 952/2013 al Parlamentului European și al Consiliului de stabilire a Codului vamal al Uniunii [art. 5 pct. 5)]; Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice [art. 3 alin. (1) lit. jj)]; Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale [art. 3 alin. (2) lit. ii)]; Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii [art. 5 alin. (1) lit. x)].

economică. Doar acest tip de activitate concordă cu terminologia „operator economic”, atribuită titularului fondului de comerț în Legea nr. 85/2014.

De regulă, activitatea economică desfășurată de titularul de fond de comerț are sensul recunoscut acestei sintagme de prevederile anumitor legi speciale⁴⁶ și beneficiază de regimul juridic concret al desfășurării stabilit de acestea.

Ca excepție, activitatea economică efectuată de deținătorului fondului de comerț are accepțiunea juridică generală desprinsă din textul Codului CAEN⁴⁷, în viziunea căruia activitatea economică include și profesiile liberale⁴⁸. Avem în vedere doar acele cazuri în care legislația specifică unor profesii liberale permite ca formele de organizare a activităților caracteristice acestor profesii să fie anumite forme juridice instituite normativ pentru derularea de activități economice. Cu titlu exemplificativ, reținem că pentru exercitarea profesiei pot constitui societăți cu personalitate juridică reglementate de Legea societăților nr. 31/1990 atât unitățile medico-sanitare⁴⁹, cât și experții contabili sau contabilii autorizați⁵⁰. În cazul acestor excepții, persoanele autorizate să exercite o profesie liberală au opțiunea normativă de a funcționa într-o formă legală rezervată activităților economice, însă funcționarea lor este supusă unor condiții specifice⁵¹.

Raportat la conținutul Legii nr. 26/1990 privind registrul comerțului, ca actul normativ cu cele mai multe dispoziții rezervate instituției „fondului de comerț”, sunt titulari de fond de comerț persoanele fizice și persoanele juridice înregistrate în registrul comerțului. Spre această concluzie conduc cel puțin argumente precum: 1) prezența, în continuare, a „firmei” și „emblemei” ca elemente componente posibile ale fondului de comerț, acestea fiind atribute de identificare pentru persoanele care desfășoară activitate economică și sunt înregistrate în registrul comerțului potrivit Legii nr. 26/1990; 2) faptul că operațiunile juridice, ce au ca obiect fondul

⁴⁶ De exemplu, prevederile art. 2 lit. a) din O.U.G. nr. 44/2008 definesc activitatea economică drept „activitatea cu scop lucrativ, constând în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii”.

⁴⁷ H.G. nr. 656/1997 privind aprobarea Clasificării activităților din economia națională – CAEN, publicată în M. Of. nr. 301/05.11.1997, actualizată prin Ordinul președintelui Institutului Național de Statistică nr. 337/2007 privind actualizarea Clasificării activităților din economia națională – CAEN, publicat în M. Of. nr. 293/03.05.2007.

⁴⁸ De exemplu, a se vedea în Codul CAEN: diviziunea 69 Activități juridice și de contabilitate; diviziunea 71 Activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză tehnică; diviziunea 86 Activități referitoare la sănătatea umană.

⁴⁹ Art. 15 alin. (1) din O.G. nr. 124/1998 privind organizarea și funcționarea cabinetelor medicale, republicată în M. Of. nr. 568/01.08.2002, cu modificările și rectificările ulterioare.

⁵⁰ Art. 8 și art. 11 alin. (1) din O.G. nr. 65/1994 privind organizarea activității de expertiză contabilă și a contabililor autorizați cu modificările ulterioare, publicată în M. Of. nr. 243/30.08.1994, cu modificările și completările ulterioare.

⁵¹ De exemplu, a se vedea: art. 15 din O.G. nr. 124/1998, precum și art. 9 sau art. 11 alin. (2) din O.G. nr. 65/1994.

de comerț sau anumite elemente componente ale acestuia, sunt supuse obligației legale de înregistrare în registrul comerțului⁵², titularii acesteia fiind subiectele de drept înregistrate în registrul comerțului⁵³.

În considerarea delimitărilor realizate, categoria deținătorilor de fond de comerț include și în prezent comercianții înregistrați în registrul comerțului [în privința cărora operează echivalentul terminologic „persoane supuse înregistrării în registrul comerțului” instituit art. 1 alin. (1) din Legea nr. 71/2011⁵⁴], însă nu se limitează la aceștia. În acest sens, apreciem că nu poate fi negată calitatea de titulari de fond de comerț, chiar dacă nu sunt înregistrați în registrul comerțului, pentru diversele persoane sau entități care beneficiază de titulatura „comerciant” în înțelesul specific al unor legi speciale [conform art. 6 alin. (2) din Legea nr. 71/2011]. De altfel, actualul text al definiției legale a fondului de comerț nu exclude posibilitatea ca și alte categorii de profesioniști să utilizeze în desfășurarea activității un fond de comerț, argumentat, cel puțin, de statutul lor de „operator economic” dobândit potrivit unei legi speciale⁵⁵. Spre exemplu, într-o astfel de situație considerăm că se află asociațiile, fundațiile sau societățile agricole care, atunci când desfășoară activități economice, intră sub incidența Legii nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii și pot efectua operațiuni de transfer de afacere.

Titularii de fond de comerț înregistrați în registrul comerțului trebuie însă să respecte formalitățile de înregistrare și publicitate privind fondul de comerț, anumite elemente ale acestuia, precum și operațiunile care le vizează, conform legislației specifice în materia registrului comerțului.

În concluzie, fondul de comerț se conturează a fi proiecția în planul bunurilor⁵⁶ a unei părți din activul patrimonial al profesionistului titular, patrimoniul acestuia menținând o sferă de cuprindere mai largă decât fondul de comerț (creanțele și datoriile rămân componente exclusiv patrimoniale⁵⁷).

⁵² În principal, dispozițiile art. 21 lit. a) și c), precum și art. 22 alin. (1) din Legea nr. 26/1990.

⁵³ În acest sens, amintim dispozițiile art. 1 alin. (2) din Legea nr. 26/1990 care prevăd că „în cursul exercitării activităților sau la încetarea acesteia, persoanele fizice sau juridice prevăzute la alin. (1) au obligația de a solicita înscrierea în același registru a mențiunilor privind actele și faptele a căror înregistrare este prevăzută de lege”.

⁵⁴ În sensul susținerii acestei interpretări a prevederilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 71/2011, a se vedea și: Gh. Piperea, *op. cit.*, 2020, p. 59; St. D. Cârpenaru, *op. cit.*, pp. 40-41; S. Angheni, *op. cit.*, p. 68; V. Nemeș, *Drept comercial*, ed. a 3-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2018, p. 27.

⁵⁵ Pentru opinia potrivit căreia titularul fondului de comerț nu poate fi decât comerciantul, cu excluderea celorlalte categorii de profesioniști și a simplilor particulari, a se vedea, Gh. Piperea, *op. cit.*, 2020, p. 75. Pentru viziunea autorului asupra noțiunii „comerciantului”, *idem*, pp. 57-62 și 101-196.

⁵⁶ Pentru detalii și explicitarea formulării, a se vedea C. Gheorghe, *Drept comercial român*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, pp. 100-101.

⁵⁷ În privința creanțelor și datoriilor, care nu fac parte din fondul de comerț, practica a relevat că unele drepturi și obligații generate de anumite contracte de furnizare de utilități sau contracte de muncă s-au transmis dobânditorului fondului de comerț dacă respectivele contracte nu au fost reziliate. În acest sens, a se vedea: Gh. Piperea, *op. cit.*, 2012, p. 55; S. Angheni, *op. cit.*, p. 98.

Actualul cadru normativ permite identificarea fondului de comerț ca un ansamblu de bunuri mobile și imobile, corporale și incorporale, pe care un profesionist de tipul operatorului economic (de regulă „comerciant” în sensurile permise de legiuitor) le reunește și le utilizează în desfășurarea activității sale economice pentru a atrage și exploata clientelă.

ASPECTE DE PRACTICĂ NOTARIALĂ ÎN MATERIA VÂNZĂRII DE BUNURI IMOBILE

*Asist. univ. dr. Anca-Costina GHERGHE
Universitatea din Craiova,
Facultatea de Drept*

Abstract

The large number of legal rules that regulate some specific legal fields, along with the lack of precision and the inconsistency of the legislator cause an irregular and, too flexible practice sometimes and all these together determine the emergence of important differences between the content of law and practice of law. The contract of sale of real property is no exception. It is the most important transaction due to the value of the transfer of assets. The numerous rules that regulate this contract state many conditions for the contract to be valid and it is important these legal rules to agree with one another. The harmonisation of real estate law is very important, because otherwise there will be issues of practice. One of these issues refers to the conditions of the valid price. Another one are the real estates for which the owner has no title.

Keywords: *property right, valid price, sale contract, asset, nullity, land registry.*

ȘI. Ipoteze

Imperfecțiunea sistemului juridic, explicabilă într-o oarecare măsură, datorată dificultății de a asigura o modalitate unitară de aplicare a prescripțiilor legale, a determinat în mod constant o anumită neconcordanță între dreptul substanțial și aplicarea practică a acestuia. Acest lucru poate rămâne, în anumite domenii, fără consecințe negative majore. Însă, există cazuri în care este vorba despre valori materiale importante, situație în care consecințele aplicării greșite sau prea flexibile a legii se răsfrâng asupra subiecților de drept al căror patrimoniu este în joc și nu numai asupra lor, dar și asupra celor care instrumentează această aplicare a dispozițiilor legale și asupra circuitului civil în general. Avem în vedere aici actele juridice civile ce au ca obiect tranzacții imobiliare.

Cele mai importante raporturi juridice civile în materia bunurilor imobile, din perspectiva valorii pecuniare pe care o implică, sunt, în mod incontestabil, acelea

prin care bunurile se transmit de la un titular la altul, ieșind dintr-un patrimoniu, pentru a intra într-un alt patrimoniu. Este cazul convenției de partaj, contractului de donație, contractului de întreținere cu titlu oneros, contractului de vânzare. Fiecare din aceste contracte are particularitățile sale și ridică, în practică, diferite probleme pentru care, uneori există, alteori nu există soluții. Interesează în mod special studiul de față contractul de vânzare, sub aspectul obligațiilor pe care și le asumă părțile contractante, raportat atât la obiectul contractului, cât și la anumite documentații și proceduri prealabile încheierii acestuia.

Contractul de vânzare ce are ca obiect bunuri imobile este reglementat printr-o multitudine de norme juridice, unele generale, care stabilesc elementele de bază ale acestui act juridic civil, altele speciale, care se referă la diverse aspecte ce trebuie avute în vedere și care impun anumite condiții specifice, a căror nesocotire face ca actul să se nască viciat. Astfel, în timp ce Codul civil stabilește cadrul general al vânzării, în materia transferului de bunuri imobile sunt incidente norme speciale, precum Legea cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7 din 13 martie 1996 republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 50 din 29 iulie 1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 453 din 18 iulie 2001 pentru modificarea și completarea Legii nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții și unele măsuri pentru realizarea locuințelor republicată, cu modificările și completările ulterioare.

Toate aceste dispoziții speciale condiționează transferul proprietății asupra bunurilor imobile de îndeplinirea anumitor cerințe prealabile, dintre care unele sunt ușor de realizat, altele, însă, creează în continuare discrepanțe în practică din cauza neconcordanței dintre textele legale. În continuare vom analiza câteva dintre aceste cerințe, respectiv condiția prețului serios și condiția existenței unui act de proprietate valid, raportată la situația construcțiilor înscrise în cartea funciară fără act de proprietate. Sunt, în opinia noastră, ipotezele care dau naștere la cele mai multe probleme în practică, în mod special în practica notarială, fiind vorba de acte juridice civile pentru care legea cere forma autentică *ad validitatem*. Nu sunt puține situațiile în care părțile contractante solicită autentificarea unui contract de vânzare de bunuri imobile, iar în schimbul transferului dreptului de proprietate se cere un preț infim, raportat la valoarea bunului. Apoi, din ce în ce mai des, practicienii se confruntă cu cereri de autentificare a unor contracte translativ de proprietate ce au ca obiect imobile compuse din teren intabulat pe baza actelor de proprietate și construcție intabulată în cartea funciară pe baza unui simplu certificat de atestare

fiscală, fără niciun fel de titlu justificativ al proprietății. Aceasta nu face decât să creeze premisele incertitudinii circuitului civil.

§2. Prețul serios în contractul de vânzare de bunuri imobile

Una din problemele care interesează în mod special practica în materia contractului de vânzare de bunuri imobile este aceea a prețului declarat de părți la autentificarea, de către notarul public, a actului translativ de proprietate.

Prețul este un element esențial, de validitate, al contractului de vânzare, astfel cum reiese din definiția legală a vânzării, dată de art. 1650 C. civ.¹. Este un element esențial, întrucât reprezintă chiar obiectul obligației cumpărătorului, constând în suma de bani pe care acesta o datorează vânzătorului și care este un echivalent al valorii înstrăinate². Pentru ca prețul să constea într-o prestație valabilă și să nu ducă la nevaliditatea contractului de vânzare, acesta trebuie, potrivit art. 1660 și art. 1665 C. civ., să îndeplinească următoarele condiții: să fie stabilit în bani, să fie determinat sau determinabil, să fie sincer și să fie serios. Condiția prețului serios este reluată și detaliată de art. 1665 C. civ., care lasă, de altfel, să se subînțeleagă caracterul sincer al prețului, omis de dispozițiile art. 1660, prin interzicerea prețului fictiv.

Cerința ca prețul să fie stabilit în bani este atât de natura, cât și de esența contractului de vânzare, prin urmare ea este un element de validitate a actului, dar și o condiție pentru ca actul respectiv să fie calificat drept vânzare³. Dacă prețul nu este stabilit în bani, nu vom fi în prezența unui contract de vânzare, ci a unui alt contract⁴, de exemplu un contract de schimb sau de întreținere.

Condiția prețului determinat sau determinabil este reluată de art. 1661-1664 C. civ. Deși este o cerință destul de complexă, care ar putea da naștere în practică la situații interpretabile, mai ales prin admiterea caracterului determinabil al acestuia și posibilitatea determinării sale de către un terț, în realitate, dorința de securitate a tranzacțiilor civile face ca, atât părțile contractante, cât și persoana care instrumentează aceste tranzacții să facă o aplicare mai rigidă a dispozițiilor legale, în sensul de a determina clar prețul în momentul semnării contractului.

Prețul sincer și serios constituie, în opinia noastră, două ipoteze distincte, chiar dacă ele sunt tratate, uneori, în doctrină, mai ales în doctrina mai veche, ca fiind

¹ Art. 1650 C. civ.: „(1) Vânzarea este contractul prin care vânzătorul transmite sau, după caz, se obligă să transmită cumpărătorului proprietatea unui bun în schimbul unui preț pe care cumpărătorul se obligă să îl plătească. (2) Poate fi, de asemenea, transmis prin vânzare un dezmembrământ al dreptului de proprietate sau orice alt drept”.

² F. Moțiu, *Contracte speciale*, ed. a VI-a revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 51.

³ *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, art. 1-2664, coord. Flavius Baias, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1744.

⁴ *Ibidem*.

una și aceeași condiție a prețului. De altfel, art. 1665 C. civ. prevede două situații diferite. Astfel, alin. (1) al dispoziției legale menționate stabilește sancțiunea nulității relative pentru actul de vânzare al cărui preț este fictiv, adică este prevăzut în contract, însă cumpărătorul nu are intenția de a-l plăti, iar vânzătorul nu are intenția de a-l cere. Dacă părțile nu intenționează în mod real să plătească, respectiv să solicite plata prețului, aceasta echivalează cu inexistența prețului, adică prețul nu este sincer, nu este real, caz în care contractului de vânzare îi lipsește unul din elementele de valabilitate⁵. „*Sine pretio nulla est venditio*”⁶. Desigur, actul poate fi calificat drept donație deghizată, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru acest contract, însă nu va fi vânzare⁷.

În practică apreciem că este dificil de verificat caracterul sincer al prețului, chiar și în cazul vânzării de bunuri imobile. În ipoteza în care prețul nu depășește suma de 50.000 lei⁸, plata prețului se face în majoritatea situațiilor în numerar, pentru celeritatea operațiunii juridice, or, în aceste circumstanțe este greu de verificat dacă prețul s-a plătit efectiv, de vreme ce părțile declară în contract că plata s-a efectuat, iar această declarație, potrivit art. 228 din Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995 constituie chitanță liberatorie pentru executarea obligației de plată. Notarul public care autentifică actul nu are, în opinia noastră, obligația de a solicita dovezi suplimentare în acest sens. În ipoteza în care prețul depășește suma de 50.000 lei, legea prevede obligativitatea efectuării plății prin virament bancar pentru ceea ce depășește valoarea menționată⁹, situație în care se poate face dovada plății acestei diferențe de preț cu actele doveditoare eliberate de instituția bancară¹⁰. Însă nimic nu împiedică părțile ca,

⁵ *Idem*, p. 1746.

⁶ Ulpian citat de D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul al VIII-lea, Tipografia națională, Iași, 1905, p. 580.

⁷ M. L. Istrătoaie, *Obligațiile vânzătorului în Noul Cod civil și legislația consumeristă*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 94.

⁸ Art. 10 din Legea nr. 70 din 2 aprilie 2015 pentru întărirea disciplinei financiare privind operațiunile de încasări și plăți în numerar și pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 193/2002 privind introducerea sistemelor moderne de plată, cu modificările și completările ulterioare: „Operațiunile de încasări și plăți în numerar între persoanele fizice, altele decât operațiunile de încasări și plăți realizate prin intermediul instituțiilor care prestează servicii de plată autorizate de Banca Națională a României sau autorizate în alt stat membru al Uniunii Europene și notificate către Banca Națională a României, potrivit legii, efectuate ca urmare a transferului dreptului de proprietate asupra unor bunuri sau drepturi, a prestării de servicii, precum și cele reprezentând acordarea/restituirea de împrumuturi, se pot efectua în limita unui plafon zilnic de 50.000 de lei/tranzacție. Sunt interzise încasările și plățile fragmentate în numerar pentru tranzacțiile mai mari de 50.000 de lei, precum și fragmentarea unei tranzacții mai mari de 50.000 de lei”.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Art. 1504 alin. (1) C. civ.: „Dacă plata se face prin virament bancar, ordinul de plată semnat de debitor și vizat de instituția de credit plătitore prezumă efectuarea plății, până la proba contrară”.

ulterior perfectării tranzacției, să își restituie prestația pecuniară. Alin. (2) al art. 1665 C. civ. stipulează că, „dacă prin lege nu se prevede altfel, vânzarea este anulabilă când prețul este într-atât de disproportionat față de valoarea bunului, încât este evident că părțile nu au dorit să consimtă la o vânzare”. Este vorba aici despre cerința ca prețul vânzării să fie serios. Caracterul serios al prețului rezultă din definiția acestuia, dată de doctrină, potrivit căreia prețul „corespunde valorii lucrului vândut”¹¹. Întrebarea care se pune este ce înseamnă preț serios și când prețul încetează să mai fie serios? Deci care este limita dintre caracterul serios și caracterul nesperios al prețului?

Prețul este serios atâta timp cât se concretizează într-o sumă de bani care reflectă în mod corect valoarea bunului vândut. Prețul este un echivalent valoric al bunului, ceea ce înseamnă că se impune să existe o proporție între quantumul prețului și valoarea bunului, ținându-se cont și de eventualele elemente subiective raportate la relațiile dintre părțile contractante¹². Așadar, dacă prețul nu corespunde valorii bunului vândut, această proporție dintre valoarea bunului și suma plătită cu titlu de preț dispăre, ceea ce înseamnă că prețul nu este serios atunci când este disproportionat față de valoarea reală a lucrului vândut. Or, dacă prețul nu este în proporție cu lucrul vândut, el este derizoriu¹³. Prin urmare, prețul este nesperios când este derizoriu. Dar când este prețul derizoriu? Cât de mare trebuie să fie dezechilibrul dintre acesta și valoarea bunului pentru a aprecia prețul ca fiind derizoriu? Oferă legiuitorul un criteriu pe baza căruia să se poată face această apreciere? Răspunsul este unul negativ. Legiuitorul român nu oferă un astfel de criteriu, fapt care, în practică, duce la discrepanțe în aplicarea art. 1665 C. civ.

Doctrina¹⁴ consideră că prețul este derizoriu atunci când există o disproportionare atât de mare între preț și valoarea reală a bunului vândut, încât el nu poate constitui un motiv suficient pentru vânzător de a consimți la transmiterea dreptului de proprietate prin vânzare, astfel că obligația asumată de către acesta este lipsită de cauză, situație în care nu se poate considera că părțile și-au dat consimțământul pentru a încheia un contract de vânzare.

Aceasta înseamnă că nu orice disproportionare face ca prețul să fie nesperios, ci una suficient de mare, astfel încât, practic, să nu existe preț. Atât în practica judiciară¹⁵,

¹¹ F. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, ed. a III-a actualizată și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 61.

¹² F. Moțiu, *op. cit.*, 2015, pp. 55-56.

¹³ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul al VIII-lea, Tipografia națională, Iași, 1905, p. 580; C. Hamangiu, N. Georgean, *Codul civil adnotat*, vol. IV, Ed. SOCEC & Co. S.A.R., p. 587.

¹⁴ A se vedea F. Deak, *op. Cit.*, 2001, p. 65; D. Dunca, E. Ungureanu, *Contracte speciale. Aspecte teoretice și practice. Note de curs*, Ed. Notarom, București, 2017, p. 56; M. L. Istrătoaie, *op. cit.*, 2013, p. 94.

¹⁵ ÎCCJ, secția I civilă a stabilit, prin Decizia nr. 1597/14.02.2006 faptul că „Prețul trebuie să fie,

cât și în doctrină¹⁶ s-a apreciat că pot exista diferențe între valoarea bunului și prețul plătit, prin aceasta dându-se expresie libertății de voință a subiectelor de drept, însă aceste diferențe trebuie să aibă o justificare, cum ar fi legătura de rudenie dintre vânzător și cumpărător sau, pur și simplu relațiile strânse dintre părți. Nu poate fi admisă, însă, o disproporție care nu are o explicație coerentă. În cazul în care dezechilibrul dintre suma plătită ca preț și valoarea bunului nu se justifică în niciun fel, această diferență va constitui o donație, eventual. Legea civilă nu recunoaște ca valabile vânzările simbolice, adică acele acte prin care se transmite dreptul de proprietate asupra unui bun pentru o sumă nesemnificativă¹⁷.

În concluzie, este posibilă perfectarea vânzării în care părțile au stabilit un preț inferior valorii bunului, dacă acesta nu este atât de mic, încât să se considere că nu există. Prețul care este inferior valorii lucrului vândut se numește în doctrină preț vil. Cele două ipoteze nu trebuie confundate. Astfel, dacă neseriozitatea prețului reprezintă o cauză de nulitate a contractului de vânzare, vilitatea prețului nu constituie o astfel de cauză, ceea ce înseamnă că în caz de vilitate actul este valabil¹⁸.

Cine apreciază, însă, în lipsa unui criteriu al prețului derizoriu, când avem de-a face cu un preț vil și când avem de-a face cu un preț neserios? În mod suveran, instanța de judecată. Problema este că, odată ce avem dispoziția din Codul civil care interzice prețul derizoriu și avem și o condiție de formă impusă de legiuitor pentru actele translativ de bunuri imobile, nu ar trebui să se ajungă la situația în care să intervină instanța de judecată. Fără a insinua lipsa de bună-credință a participanților la circuitul civil, considerăm că soluția constă în cenzurarea voinței părților în momentul semnării contractului de vânzare. Vorbim despre contractul de vânzare de bunuri imobile. De fapt, nu este vorba neapărat de cenzurarea voinței părților, cât, mai degrabă de o aplicare riguroasă și strictă a art. 1665 C. civ., care, el însuși cenzurează voința părților.

Situațiile din practică în care părțile solicită autentificarea unui contract de vânzare ce are obiect un bun imobil pentru un preț care este infim, raportat la valoarea bunului respectiv, sunt extrem de numeroase. O soluție ar fi ca notarul public care autentifică actul, în temeiul art. 1258 C. civ. și art. 9 din Legea nr. 36 /1995 a notarilor publici și a activității notariale, republicată, cu modificările și completările

de regulă, proporțional cu valoarea lucrului vândut, părțile fiind însă libere să determine valoarea bunului și deci prețul lui, care poate fi astfel superior ori inferior valorii reale a bunului. Prin noțiunea de preț serios, în sensul art. 1303 C. civ., urmează a se înțelege prețul care constituie o cauză suficientă a obligației luate de vânzător de a transmite dreptul de proprietate asupra bunului ce formează obiectul vânzării. Seriozitatea prețului depinde de existența unei proporții între cuantumul prețului fixat de părțile contractante și valoarea reală a bunului vândut¹⁹.

¹⁶ A se vedea D. Alexandresco, *op. cit.*, 1905, p. 581; *Culegere de practică notarială. Spețe comentate*, vol. II, Colectiv de autori, Ed. Notarom, București, 2014, p. 60.

¹⁷ *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, art. 1-2664*, coord. Flavius Baias, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1747.

¹⁸ D. Alexandresco, *op. cit.*, 1905, p. 581; F. Moțiu, *op. cit.*, 2015, p. 56.

ulterioare, să cenzureze voința părților din contract referitor la acest aspect al prețului, lucru care se poate realiza prin două modalități: fie explică părților prevederile legale și necesitatea respectării acestora, pentru ca ele să reconsidere clauza contractuală privind prețul, fie refuză autentificarea actului, în baza art. 9 și art. 140-145 din Legea nr. 36/1995, menționată anterior.

În primul rând, art. 9 din Legea nr. 36/1995 prevede faptul că notarul public este obligat să se asigure că actul pe care îl instrumentează nu cuprinde clauze contrare legii sau bunelor moravuri, iar dacă acesta constată că există astfel de clauze, trebuie să refuze autentificarea actului. O clauză care ar stabili un preț derizoriu este o clauză contrară art. 1665 C. civ., deci norma juridică invocată poate constitui temei pentru refuzul autentificării contractului în aceste condiții.

Apoi art. 1258 C. civ. prevede răspunderea notarului public care are cunoștință de existența unei cauze de nulitate absolută sau relativă ce rezultă din însuși cuprinsul actului¹⁹. În mod injust, în opinia noastră, dispoziția legală menționată vizează în mod special comportamentul notarului public, iar nu culpa părților contractante²⁰, ceea ce determină și mai multă diligență în astfel de situații. Pentru antrenarea acestei răspunderi, textul art. 1665 C. civ. impune îndeplinirea următoarelor condiții: să existe o cauză de nulitate care să rezulte din cuprinsul actului instrumentat și să existe un prejudiciu. Nu interesează tipul actului din punct de vedere al condițiilor de formă impuse de lege, dispoziția legală nefăcând nicio distincție în această privință între actele pentru care este cerută forma solemnă *ad validitatem* și actele consensuale, dar încheiate în formă autentică²¹. Mai mult decât atât, unii autori²² consideră că art. 1258 C. civ. instituie un caz de invocare a nulității relative din oficiu, prețul derizoriu fiind tocmai o cauză de nulitate relativă.

Având în vedere toate aceste considerente, apreciem că este recomandat ca notarul public să nu autentifice un contract de vânzare de bunuri imobile în care părțile stipulează un preț infim, comparativ cu valoarea bunului vândut. Întrebarea este în funcție de ce poate aprecia notarul dacă prețul este infim, neavând un criteriu legal de apreciere? Ar trebui să ia în calcul prețul practicat pe piața imobiliară pentru imobile asemănătoare sau prețul minim stabilit în funcție de valorile din expertiza întocmită la cererea Camerei notarilor publici? Considerăm că

¹⁹ Art. 1258 C. civ. – Repararea prejudiciului în cazul nulității contractului încheiat în formă autentică: „În cazul anulării sau constatării nulității contractului încheiat în formă autentică pentru o cauză de nulitate a cărei existență rezultă din însuși textul contractului, partea prejudiciată poate cere obligarea notarului public la repararea prejudiciilor suferite, în condițiile răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie”.

²⁰ *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, art. 1-2664*, coord. Flavius Băias, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pp. 1317-1318.

²¹ *Idem*, p. 1318.

²² G. Boroi, C. A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, ed. a 2-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 261.

cel mai obiectiv criteriu este cel stabilit prin expertiza menționată, întrucât creează o practică unitară. Aceasta este, de fapt, problema, practica neunitară în materie.

Argumentul adus de practicienii care nu consideră oportun să facă o aplicare mai rigidă a art. 1665 C. civ., privind prețul derizoriu se referă la libertatea de voință a părților contractante. Aceasta face ca în circuitul civil să apară acte translative de bunuri imobile în care prețul plătit în schimbul bunurilor este în mod evident derizoriu. Este, oare, libertatea de voință a părților un principiu suficient prin sine însuși pentru a eluda aplicarea normei legale? În opinia noastră, nu este posibil ca părțile, prin voința lor, să deroge de la o normă legală care nu permite derogarea, căci art. 1665 C. civ. nu permite practicarea prețului derizoriu, ci doar practicarea unui preț care poate fi inferior, în mod justificat, valorii bunului vândut. Nu ar însemna că prin acordarea priorității voinței părților contractante s-ar înlătura aplicarea dispoziției legale menționate, dispoziție care instituie o cauză de nulitate? Or, art. 1246 C. civ. prevede în alin. (4) faptul că „Prin acordul părților nu pot fi instituite și nici suprimate cauze de nulitate. Orice convenție sau clauză contrară este considerată nescrisă”. Una din consecințe ar fi suprimarea cauzei de nulitate prevăzută de Codul civil. O altă consecință ar fi lipsirea de conținut a conceptului de act juridic civil cu titlu oneros. Actul cu titlu oneros este, potrivit art. 1172 C. civ., acel act în virtutea căruia fiecare parte se obligă esențialmente în considerarea avantajului material obținut în schimb. De esența contractului cu titlu oneros sau a contractului sinalagmatic, pentru că despre un astfel de act este vorba, este stipularea unor prestații reciproce. Între aceste prestații trebuie să existe un echilibru, ca și cerință de bază a justiției comutative sau contractuale²³. Prețul disproporționat față de valoarea bunului este o ipoteză care nu corespunde cerințelor justiției contractuale, întrucât una din părțile contractante este prejudiciată ca urmare a dezechilibrului dintre prestația sa și prestația celeilalte părți, ceea ce duce la necesitatea desființării actului²⁴ sau, în unele opinii din doctrină, la reechilibrarea prestațiilor prin plata diferenței corespunzătoare din preț²⁵.

Considerăm că, într-o astfel de situație, contractul este lipsit de scop, atât în sensul *de causa proxima*, cât și în sensul de *causa remota*. Lipsește contraprestația cumpărătorului, iar, în această situație, obligația vânzătorului nu mai are nicio justificare, pentru că nu se prefigurează nicio obligație echivalentă, astfel că actul nu mai poate fi considerat unul sinalagmatic²⁶.

§3. Condiția existenței unui titlu de proprietate valid

Contractul de vânzare este, potrivit art. 1650 C. civ., acel act prin care vânzătorul transmite sau își asumă obligația de a transmite cumpărătorului proprietatea

²³ C. Larroumet, *Les obligations. Le contrat*, Ed. Economica, Paris, 2003, pp. 385-386.

²⁴ *Idem*, p. 386.

²⁵ C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil Français*, Ed. Cosse, Marchal & Cie, Paris, 1871, p. 417.

²⁶ H. Capitaint, *De la cause des obligations*, Ed. Dalloz, Paris, 1924, p. 147.

unui bun, un dezmembrământ sau orice alt drept, în schimbul unui preț. Indiferent că vorbim de dreptul de proprietate asupra unui bun sau de un alt drept, pentru a putea transmite un astfel de drept, înstrăinătorul trebuie să aibă un titlu asupra acestuia, care să permită transmisiunea. În cazul transferului de bunuri, vânzătorul trebuie să aibă calitatea de proprietar, căci, altfel, devin incidente dispozițiile legale referitoare la vânzarea bunului altuia²⁷. „*Nemo dat quod non habet*”. Nimeni nu poate transmite un drept altcuiva, dacă nu deține acest drept.

În cazul actelor translative de drepturi reale imobiliare, pentru ca actul să poată fi autentificat și transferul proprietății să se poată realiza, trebuie îndeplinite *a priori* două condiții: vânzătorul să prezinte un titlu de proprietate valid și imobilul să fie înscris în Cartea funciară. Problema este că Legea cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, care este lege specială față de Codul civil, permite înscrierea în cartea funciară a dreptului de proprietate asupra construcțiilor edificate înainte de 1 august 2001, chiar dacă solicitantul nu deține un titlu de proprietate. Aceasta dă naștere în practică la următoarea situație: vânzătorul solicită notarului public autentificarea unui contract de vânzare asupra unui imobil compus din teren intabulat în cartea funciară pe baza unui act de proprietate și construcție fără acte de proprietate, intabulată în baza unui certificat de atestare fiscală. Practic, Legea nr. 7/1996 pune notarul care autentifică actul în situația de a nu avea o soluție, întrucât dacă acceptă să instrumenteze contractul, încalcă dispozițiile legale care impun condiția firească a existenței unui titlu de proprietate, dacă refuză instrumentarea actului, aceasta va rămâne fără efecte, pentru că respectiva construcție rămâne intabulată în cartea funciară fără act de proprietate.

În ceea ce privește condiția existenței unui act de proprietate, avem art. 228 din Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, care prevede obligații clare pentru notarul public. Astfel, potrivit dispoziției legale menționate, notarul trebuie să verifice situația juridică a bunului imobil și să solicite înstrăinătorului să prezinte titlurile de proprietate. *Per a contrario*, notarul public nu va autentifica contractul de vânzare, dacă vânzătorul nu prezintă titlul de proprietate, pentru că aceasta ar însemna să nesocotească obligația prevăzută de lege.

Apoi, avem art. 1687 C. civ., care prevede obligația vânzătorului de a preda bunul imobil, obligație care nu se poate executa altfel decât prin remiterea cheilor imobilului și a actelor de proprietate către cumpărător²⁸. Întinderea obligației de predare se referă fără dubiu și la predarea actelor doveditoare ale proprietății²⁹.

²⁷ Pentru mai multe detalii, a se vedea F. Moțiu, *op. cit.*, 2015, p. 22.

²⁸ *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, art. 1-2664*, coord. Flavius Baias, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1760.

²⁹ M. L. Istrătoaie, *op. cit.*, 2013, p. 110.

În opinia noastră, cele două norme menționate condiționează transferul dreptului de proprietate asupra bunurilor imobile de existența unui titlu de proprietate valid, fără a institui vreo excepție în această materie.

Referitor la condiția existenței cărții funciare pentru imobilul ce urmează fi înstrăinat, mai multe norme impun această cerință. În primul rând, art. 1676 C. civ. prevede faptul că „În materie de vânzare de imobile, strămutarea proprietății de la vânzător la cumpărător este supusă dispozițiilor de carte funciară”. Apoi, art. 885 C. civ. dispune în alin. (1) că „Sub rezerva unor dispoziții legale contrare, drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau faptului care a justificat înscrierea”. Aceste două articole trebuie interpretate prin raportare la art. 56 și art. 76 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Codului civil. Astfel, art. 1676 și art. 885 C. civ. prevăd că drepturile asupra bunurilor imobile se constituie sau se transmit numai prin înscrierea lor în cartea funciară, nefiind suficient acordul de voință al părților exprimat în forma cerută de lege, ceea ce înseamnă că, până la data înregistrării cererii de înscriere în registrul de publicitate, nu operează transferul proprietății, înscrierea în cartea funciară având efect constitutiv de drepturi. Însă art. 76 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Codului civil dispune că dispozițiile art. 976-915 C. civ. referitoare la cartea funciară se aplică numai actelor sau faptelor juridice încheiate, săvârșite sau produse după intrarea în vigoare a Codului civil. Iar art. 56 din același act normativ prevede următoarele: (1) Dispozițiile Codului civil privitoare la dobândirea drepturilor reale imobiliare prin efectul înscrierii acestora în cartea funciară se aplică numai după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială și deschiderea, la cerere sau din oficiu, a cărților funciare pentru imobilele respective, în conformitate cu dispozițiile Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare. (2) Până la data prevăzută la alin. (1), înscrierea în cartea funciară a dreptului de proprietate și a altor drepturi reale, pe baza actelor prin care s-au transmis, constituit ori modificat în mod valabil, se face numai în scop de opozabilitate față de terți”.

Cele două dispoziții din Legea de punere în aplicare a Codului civil amână efectul constitutiv al înscrierii în cartea funciară pentru un termen incert³⁰, însă, aceasta nu înseamnă că nu se mai impune înscrierea. Înscrierea trebuie realizată pentru a asigura opozabilitatea față de terți a actului juridic civil. De altfel, potrivit art. 18 C. civ., drepturile în legătură cu bunurile care aparțin persoanelor sunt supuse publicității, iar potrivit art. 20 C. civ., publicitatea asigură opozabilitatea

³⁰ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 441; Adina Calotă Ponea, *Drept civil. Drepturi reale*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2007, p. 256 și urm.; Adina Calotă Ponea, *Considerații privind sistemul actual de publicitate imobiliară*, în *Revista de Științe Juridice* nr. 3-4/2005, p. 69-75.

dreptului, îi stabilește rangul și condiționează constituirea sau efectele juridice ale acestuia. La aceste texte normative se adaugă legea de punere în aplicare a codului civil, care, așa cum am menționat anterior, prevede, momentan, publicitatea în scop de opozabilitate față de terți, dar și Legea nr. 36/1995, care stabilește obligația notarului de a comunica registrelor de publicitate actele din care rezultă drepturi supuse publicității³¹ și Regulamentul de punere în aplicare a normei legale menționate, care impune obligația notarului de a verifica în registrele de publicitate sarcinile și măsurile de indisponibilizare a imobilelor și de a solicita extrasul de carte funciară pentru autentificare³². Legea nr. 7/1996 a cadastrului și publicității imobiliare prevede expres în art. 35 alin. (1) faptul că notarul public care autentifică un act prin care se constituie, se transmite, se modifică sau se stinge un drept real imobiliar este obligat să solicite, din oficiu, înscrierea în cartea funciară și în art. 36 alin. (1) faptul că „Actele notariale prin care se transmite, se modifică, se constituie sau se stinge un drept real imobiliar se încheie numai dacă bunurile imobile sunt înscrise în cartea funciară”, cu excepțiile prevăzute de lege.

În concluzie, legiuitorul condiționează transferul drepturilor reale imobiliare de îndeplinirea succesivă și cumulativă a două condiții: să existe un titlu de proprietate și imobilul să fie înscris în cartea funciară. În același timp, Legea nr. 7/1996 permite, prin intermediul art. 37 alin. (2), intabularea construcțiilor edificate înainte de 1 august 2001 doar în baza documentației cadastrale și a certificatului de atestare fiscală din care să rezulte achitarea tuturor taxelor datorate autorității administrației publice locale în a cărei rază se află situată construcția, chiar dacă nu există autorizație de construire, care ar avea, în acest caz, rol de titlu de proprietate. Apreciem că această dispoziție legală, nu numai că dă naștere la o situație discriminatorie între subiectele de drept, respectiv cei care edifică o construcție după 1 august 2001 și nu o pot intabula fără autorizație de construire și cei care au edificat construcții înainte de această dată, deși obligativitatea autorizației exista și înainte de 2001, dar creează și un blocaj în circuitul civil, pentru că legea condiționează în mod incontestabil transmiterea proprietății de existența unui titlu de proprietate. Pare că interesul normei ar fi achitarea contribuțiilor fiscale către stat, iar nu corectitudinea și securitatea circuitului civil. De asemenea, trebuie menționat că la vânzarea unei astfel de construcții nu se poate face aplicarea art. 565 C. civ., potrivit căruia „în cazul imobilelor înscrise în cartea funciară, dovada dreptului de proprietate se face cu extrasul de carte funciară”, pentru că această dispoziție legală va produce efecte abia după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială și deschiderea, la cerere sau din oficiu, a cărților funciare.

Chiar Legea nr. 7/1996 prevede, în art. 24 alin. (3), faptul că înscrierea dreptului de proprietate sau a altui drept real asupra unui imobil se face în baza

³¹Art. 80 alin. (3) din Legea nr. 36/1995.

³²Art. 228 din Regulamentul de punere în aplicare a Legii nr. 36/1995.

înscrisului autentic notarial sau a certificatului de moștenitor, a hotărârii judecătorești definitive și irevocabile (când este cazul) sau „pe baza unui act emis de autoritățile administrative, în cazurile în care legea prevede aceasta, prin care s-au constituit ori transmis în mod valabil”. Aceleași condiții de înscriere sunt prevăzute de Codul civil³³. Prin urmare, legea menționează expres actele care au valoare de titluri de proprietate și pe baza cărora se poate face intabularea. Când vorbește de acte emise de autoritățile administrative, norma legală menționată specifică faptul că sunt acte prin care drepturile ce urmează a fi înscrise „s-au constituit ori transmis în mod valabil”. Certificatul de atestare fiscală nu reprezintă act de proprietate și, deci, nu face dovada proprietății. Un act administrativ în sensul art. 24 alin. (3) din lege ar putea fi un act prin care s-a constituit sau reconstituit dreptul de proprietate în baza legilor fondului funciar³⁴.

Deci, inițial Legea nr. 7/1996 condiționează înscrierea imobilelor în cartea funciară de existența unui document justificativ al proprietății, apoi permite înscrierea pe baza certificatului fiscal a construcțiilor edificate înainte de 1 august 2001 fără autorizație de construire, deși aceasta era obligatorie din 1991³⁵, apoi, în 2011 intră în vigoare O.U.G. nr. 7, publicată în M. Of. nr. III/11.02.2011, care modifică Legea nr. 350/2001 privind amenajarea teritoriului și urbanismul republicată, cu modificările și completările ulterioare și care interzice intrarea în legalitate a unor construcții edificate fără autorizație de construire sau care nu respectă prevederile autorizației de construire³⁶, dar rămâne în vigoare art. 28 din Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții republicată, cu modificările și completările ulterioare, care, contrar dispozițiilor O.U.G. nr. 7/2011, permite intrarea în legalitate a construcțiilor edificate fără autorizație sau cu nerespectarea autorizației, stabilind că decizia aparține autorității administrative competente³⁷.

³³Art. 888 C. civ.: „Înscrierea în cartea funciară se efectuează în baza înscrisului autentic notarial, a hotărârii judecătorești rămase definitivă, a certificatului de moștenitor sau în baza unui alt act emis de autoritățile administrative, în cazurile în care legea prevede aceasta”.

³⁴ *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, art. 1-2664*, coord. Flavius Băias, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 916.

³⁵ Art. 1 din Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții republicată, cu modificările și completările ulterioare impune condiția obținerii autorizației de construire pentru edificarea construcțiilor.

³⁶ Art. 56¹ din Legea nr. 350 din 6 iunie 2001 privind amenajarea teritoriului și urbanismul: republicată, cu modificările și completările ulterioare: „Nu pot fi inițiate și aprobate documentații de urbanism care au ca scop intrarea în legalitate a unor construcții edificate fără autorizație de construire sau care nu respectă prevederile autorizației de construire”.

³⁷ Art. 28 din Legea nr. 50 din 29 iulie 1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții republicată, cu modificările și completările ulterioare: (1) „O dată cu aplicarea amenzii pentru contravențiile prevăzute la art. 26 alin. (1) lit. a) și b) se dispune oprirea executării lucrărilor, precum și, după caz, luarea măsurilor de încadrare a acestora în prevederile autorizației sau de desființare a lucrărilor executate fără autorizație ori cu nerespectarea prevederilor acesteia,

După toate aceste dispoziții legislative contradictorii, în funcție de practica complet diferită a autorităților administrative competente la care face referire Legea nr. 50/1991 și de cea a oficiilor de cadastru și publicitate imobiliară, la fel de neunitară, apar în circuitul civil construcții intabulate fără acte de proprietate, construcții care nu pot fi intabulate, pentru că nu au fost edificate înainte de 1 august 2001, construcții pentru care, deși au fost edificate ulterior acestei date, autoritatea administrativă decide că nu poate emite autorizație de construire pentru a intra în legalitate.

Autorizația de construire este un act care, pe lângă faptul că face dovada proprietății, permite autorităților administrației publice locale să controleze edificarea de construcții și să se asigure ca sunt respectate regulile de urbanism și de constructibilitate³⁸. Prin înscrierea în cartea funciară a unor construcții fără autorizație de construire, indiferent că este obținută înainte de edificarea construcției sau după, prin intrarea în legalitate, ca urmare a concluziei autorităților administrative precum că edificiul corespunde normelor, nu există nicio garanție că au fost respectate regulile de urbanism și normele privind calitatea edificiilor, or tocmai în aceasta constă scopul autorizației³⁹.

Toate aceste norme contradictorii, la care se adaugă practica neunitară a autorităților chemate să facă aplicarea lor, duc la consecințe pe care le suportă subiectele de drept, titulari ai dreptului de proprietate. Astfel, în primul rând apar construcții care, fiind intabulate fără autorizație, deci fără verificarea respectării regulilor de urbanism și de construire, pot reprezenta un real pericol, atât pentru proprietarii lor, cât și pentru proprietarii imobilelor vecine. Apoi, nu se va putea da curs autentificării unui act de vânzare ce are ca obiect o astfel de construcție, doar pe baza extrasului de carte funciară pentru autentificare, pentru că acesta nu face dovada dreptului de proprietate. În al treilea rând, se creează o situație discriminatorie între proprietarii care au edificat construcții fără autorizație înainte și după 1 august 2001, ambii, încălcând, de altfel, legea. Pe de altă parte, înscrierea în cartea funciară a unui drept real creează prezumția relativă a existenței aceluși drept în folosul celui căruia a fost înscris⁴⁰.

În cazul cadastrului sistematic, art. 13 din Legea nr. 7/1996 prevede că, dacă nu există acte de proprietate, în cartea funciară se va nota posesia de fapt asupra

într-un termen stabilit în procesul-verbal de constatare a contravenției. (2) Decizia menținerii sau a desființării construcțiilor realizate fără autorizație de construire sau cu nerespectarea prevederilor acesteia se va lua de către autoritatea administrației publice competente, pe baza planurilor urbanistice și a regulamentelor aferente, avizate și aprobate în condițiile legii, sau, după caz, de instanță. Pentru lucrări ce se execută la clădirile prevăzute la art. 3 lit. b) este necesar avizul Ministerului Culturii și Cultelor”.

³⁸ R. Bischin, *Autorizația de construire-intrarea în legalitate*, Ed. C.H. Beck, București, 2018, pp. 52-53.

³⁹ *Idem*, p. 79.

⁴⁰ Art. 900 C. civ.: (1) „Dacă în cartea funciară s-a înscris un drept real în folosul unei persoane, se prezumă că dreptul există în folosul ei”.

imobilului, iar, la împlinirea termenului de 3 ani, în condițiile prevăzute de lege, se va intabula dreptul de proprietate în favoarea ultimului posesor notat în cartea funciară. Considerăm că, pentru rațiuni identice, aceeași soluție ar trebui adoptată și pentru construcțiile edificate fără autorizație de construire, cu condiția respectării normelor de urbanism.

§4. Concluzii

Norma juridică este adoptată întotdeauna pentru a ocroti o valoare socială. Fie că este vorba despre un interes particular, al unui anumit subiect de drept, al unei părți dintr-un raport juridic civil sau despre un interes general, care ocrotește o valoare apreciată ca fiind prioritară, aceea a societății, acest scop trebuie să fie atins, altfel menținerea în vigoare a normei nu se mai justifică. Problema este că atunci când se face aplicarea normei, intră în joc și interesele subiectelor de drept, care nu se armonizează întotdeauna cu scopul legii. Întrebarea este ce interes are prioritate? Acela al destinatarilor legii sau acela ocrotit prin aceasta din urma? Aici apar discrepanțele dintre lege, teoria legii și practică.

În cazul ipotezei prețului derizoriu tocmai despre acest conflict de interese este vorba, respectiv interesul normei juridice și interesul părților contractului de vânzare sau, mai bine zis, interesul cumpărătorului. Având în vedere dispozițiile 9 din Legea nr. 36/1995 și cele ale art. 1258 C. civ., este recomandat să nu se încheie un act dacă se constată că este incidentă o cauză de nulitate. Întrebarea este dacă poate fi voința părților superioară acestor dispoziții legale. Cu alte cuvinte, ce este mai important? Interesul părților contractante sau interesul ocrotit prin norma juridică? Dacă am aprecia interesul părților ca fiind prioritar, practic am determina inaplicabilitatea dispozițiilor legale menționate anterior, precum și a art. 1665 C. civ., care interzice prețul derizoriu. Și atunci ce se întâmplă cu fundamentul normelor juridice respective? Apoi, legea trebuie interpretată astfel încât să își găsească aplicarea, iar nu să rămână fără efecte⁴¹, or, dacă am considera că în cazul prețului derizoriu, părțile pot, prin voința lor, să nu țină cont de dispozițiile legale, este ca și cum am determina inaplicabilitatea acestora. Aceasta, în primul rând. În al doilea rând, așa cum am menționat deja, prin acordarea priorității voinței părților contractante, s-ar permite acestora să suprimă o cauză de nulitate relativă, lucru interzis prin art. 1246 C. civ. În al treilea rând, o astfel de atitudine anulează complet ideea de contract cu titlu oneros sau sinalagmatic, iar contractul de vânzare este, esențialmente, un astfel de act.

În concluzie, apreciem că este de preferat a se face o aplicare rigidă a art. 1665 C. civ., privind prețul derizoriu, fără a admite excepții de la regula instituită de norma legală respectivă.

⁴¹ I. Dogaru, N. Popa, D. C. Dănișor, S. Cercel, *Bazele dreptului civil, vol. 1. Teoria generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 361.

În ceea ce privește cea de-a doua ipoteză analizată, aceea a construcțiilor intabulate în cartea funciară, deși nu există acte de proprietate pentru acestea, situația este mult mai complicată, pentru că, așa cum am arătat, coexistă dispoziții legale contradictorii. În opinia noastră, prevederile Legii nr. 7/1996 care permit înscrierea construcțiilor pe baza certificatului de atestare fiscală încalcă un principiu inerent oricărui transfer de proprietate, indiferent care ar fi obiectul său, acela al dobândirii legale a unui bun. Condiția existenței unui titlu de proprietate valid, care să justifice calitatea de proprietar a transmitătorului, precum și actele translativ subsecvente, constituie o cerință firească, care se subînțelege din toate dispozițiile legale care vizează vânzarea. Nu considerăm că este recomandat transferul bunului, atâta timp cât proprietarul nu poate face dovada proprietății sale.

Înalta Curte de Casație și Justiție, în Decizia nr. 7294/26.II.2012 stabilește că „[...] dobândirea ilegală a unei proprietăți nu poate fi convertită într-un titlu – pe nicio cale, inclusiv judecătorească – și nici nu poate asigura beneficiarului ei garanțiile legale prevăzute pentru aceasta în reglementările interne și internaționale[...]”⁴². Edificarea unei construcții fără autorizație de construire înseamnă dobândirea ilegală a proprietății, căci s-a făcut cu încălcarea normei care impunea obținerea prealabilă a autorizației.

Se creează o situație discriminatorie. Persoanele care au construit înainte de 1 august 2001 își pot intabula construcțiile, deși nu pot dovedi în niciun fel dreptul de proprietate asupra acestora, cei care au construit după 1 august 2001 depind de decizia autorităților administrative competente, care pot să permită sau nu intrarea în legalitate, iar cei care beneficiază de cadastrul sistematic au un cu totul alt tratament. Aceștia sunt notați în cartea funciară ca posesori, așa cum prevede art. 13 din Legea nr. 7/1996. Apoi, după trei ani de la data notării în cartea funciară a posesiei, din oficiu, ultimul posesor va fi intabulat ca proprietar, dacă nu a fost notat niciun litigiu prin care se contestă înscrierile din cartea funciară. Dreptul de proprietate se va putea înscrie și la cererea posesorului sau a succesorilor acestuia, „în baza actului de proprietate, ca urmare a dobândirii dreptului de proprietate prin oricare dintre modalitățile prevăzute de lege”, așa cum prevede alin. (7) lit. b) din dispoziția legală menționată. Soluția în cazul persoanelor care beneficiază de cadastrul sistematic este logică, pentru că ei sunt posesori neproprietari, deci este firesc să se noteze posesia și abia apoi, dacă sunt îndeplinite toate condițiile, dreptul de proprietate. Considerăm că ar fi oportună aceeași soluție și în cazul construcțiilor edificate fără autorizație de construire, pentru este aceeași situație. Și acei constructori sunt posesori neproprietari. Prin introducerea în circuitul civil a unor imobile fără acte de proprietate, Legea nr. 7/1996 nu face decât să creeze un blocaj. Ar fi de preferat să nu se transfere prin intermediul unor acte juridice civile, bunuri pentru care vânzătorii nu pot face dovada dreptului de proprietate.

⁴² R. Bischin, *op. cit.*, p. 80.

NORMELE EUROPENE DE COMPETENȚĂ PROCESUALĂ ÎN MATERIE CIVILĂ. APLICABILITATE, SEMNIFICAȚII ȘI REZONANȚA CU NORMELE INTERNE SIMILARE SAU ECHIVALENTE (II)

Lect. univ. dr. Anamaria GROZA*
Universitatea din Craiova,
Facultatea de Drept

Abstract

*European rules concerning procedural competence in civil matters apply in case of private law disputes, with elements of extraneity. These rules are included in Regulation 1215/2012 considered to be *lex generalis* and in some sector regulations, considered to be *lex specialis*. These regulations are part of the judicial cooperation in civil matters and have as objective implementation of a simplified and efficient system of conflict of jurisdiction norms, able to make foreseeable the competent jurisdiction. Even distinct, the European regulations are characterised by common institutions, a certain sense of the moment when a court shall be deemed to be seised, common rules regarding *lis pendens* and related actions or jurisdiction based on appearance. A main feature which expresses the European integration is preference for the residence, as attraction point for jurisdiction, in detriment of citizenship.*

*The Romanian Code of civil procedure reflects many of the specific principles of European regulations, as the general provisions outlined by defendant's residence; cases of special and exclusive jurisdiction; norms aimed to protect the so called weak part of the contract (consumers, insured). The Code contains special provisions united under the title „international civil trial”, which represent in many cases applications of European regulations, but also generate conflict with these especially regarding *lis pendens* and related actions.*

Key-words: *judicial cooperation in civil matters; international jurisdiction; habitual residence; lis pendens, related actions*

* Lector universitar doctor la Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept și judecător la Tribunalul Olt. Articolul reprezintă punctul de vedere al autoarei și nu angajează instituțiile în cadrul cărora aceasta își desfășoară activitatea profesională. Autoarea poate fi contactată la adresa anamariagroza80@gmail.com.

III. Regulamentul 650/2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor

1. Domeniul de aplicare

Regulamentul 650/2012 vizează facilitarea funcționării pieței interne prin eliminarea obstacolelor din calea liberei circulații a persoanelor care doresc să își exercite drepturile născute dintr-o succesiune cu elemente de extraneitate, precum și să permită cetățenilor Uniunii să își pregătească succesiunea în prezența unor astfel de elemente. Acesta se aplică succesiunilor persoanelor decedate, respectiv oricărei forme de transfer de bunuri, drepturi și obligații pentru cauză de moarte, care se efectuează sub forma unui act voluntar de transfer sau ca efect al legii. Regulamentul prevede crearea unui certificat european de moștenitor, care trebuie să permită fiecărui moștenitor, legatar sau având-cauză menționat în acest certificat, să probeze în alt stat membru calitatea sa și drepturile sale succesoriale¹.

Vocația regulamentului este de a *uniformiza* regulile conflictuale în statele membre în materie de succesiuni și de a reglementa toate aspectele de drept civil ale succesiunilor persoanelor decedate, cu elemente de extraneitate. Acesta a fost conceput astfel încât autoritatea care se ocupă de succesiune să aplice, în cele mai multe situații, propria lege². „Opțiunea de a supune întreaga succesiune legii reședinței obișnuite a defunctului în momentul decesului a fost preferată posibilității de a opta pentru legea cetățeniei, reținută de dreptul internațional privat a numeroase state membre. O astfel de opțiune reflectă mai fidel realitatea, căci de cele mai multe ori în statul reședinței obișnuite se găsește centrul intereselor și marea majoritate a bunurilor defunctului. Totalitatea succesiunii, bunuri mobile și imobile, va fi de acum înainte supusă aceleiași legi, totalitatea problemelor succesoriale de la devoluțiune la partaj atât pentru bunurile mobile, cât și imobile va fi de competența unui tribunal unic”³.

Sunt exceptate expres din domeniul de aplicare al regulamentului, materiile fiscală, vamală, administrativă; statutul persoanelor fizice, relațiile de familie și relațiile având efecte comparabile acestora; capacitatea juridică a persoanelor fizice, dispariția, absența sau moartea prezumată a unei persoane fizice; aspectele patrimoniale ale

¹ CJUE, *Kubicka*, cauza C-218/16, hotărârea din 12 octombrie 2017, pct. 59.

² În materia competenței, a se vedea posibilitatea ca părțile interesate să aleagă competența instanțelor din statul membru pentru a cărui lege a optat defunctul, din punct de vedere al dreptului material.

³ C. Toader, Primele aplicații în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene ale Regulamentului nr. 650/2012 privind succesiunile europene, cu elemente de drept succesoral comparat, *Revista Română de Drept European* nr. 1/2018, p. 21.

relațiilor matrimoniale și ale relațiilor cu efecte comparabile căsătoriei⁴, potrivit legii; obligațiile de întreținere, cu excepția celor pentru cauză de moarte; condițiile de formă ale dispozițiilor privind aspecte patrimoniale pentru cauză de moarte întocmite în formă verbală; drepturile de proprietate și bunurile constituite sau transferate altfel decât prin succesiune; chestiunile reglementate de dreptul societăților comerciale.

Regulamentul 650/2012 se diferențiază de celelalte regulamente din domeniul competenței procesuale în materie civilă prin noțiunea de „instanță judecătorească” cu care operează. În contextul Regulamentului 1215/2012, termenul de instanță judecătorească trebuie asociat cu autoritățile judiciare, deoarece acestea garantează, în principal, instrumentarea unei proceduri judiciare care oferă garanții de independență și de imparțialitate, precum și respectarea principiului contradictorialității⁵. Conform art. 3 alin. (2) din Regulamentul 650/2012, sintagma de instanță judecătorească include autoritățile judiciare, dar și celelalte autorități și profesioniști din domeniul juridic competenți în materie de succesiuni, cu condiția ca aceste autorități și profesioniști să ofere garanții în ceea ce privește imparțialitatea și dreptul tuturor părților de a fi audiate și cu condiția ca hotărârile pronunțate de aceștia să poată face obiectul unei căi de atac sau al unui control de către o autoritate judiciară; și să aibă o forță și un efect similare cu cele ale unei hotărâri a unei autorități judiciare privind aceleași aspecte. Această accepțiune extinsă se justifică prin specificul materiei succesiunilor, care permite și presupune implicarea și a altor profesioniști din domeniul juridic în întocmirea actelor de transmisiune succesorală.

2. Competența procesuală

Competența de drept comun de a decide cu privire la *ansamblul succesiunii*, denumită „competența generală” de regulament, aparține instanțelor judecătorești din statul membru în care defunctul a avut *reședința obișnuită* în momentul decesului. „Așadar, art. 4 din Regulamentul nr. 650/2012 determină competența internațională a instanțelor judecătorești ale statelor membre referitoare la procedurile care vizează măsuri privind succesiunea în ansamblul său, cum ar fi, printre altele, eliberarea certificatelor naționale de moștenitor, independent de natura contencioasă sau necontencioasă a acestor proceduri”⁶. Curtea a decis că „art. 4 din

⁴ CJUE a decis că art. 1 alin. (1) din regulamentul trebuie interpretat în sensul că intră în domeniul de aplicare al regulamentul menționat o dispoziție națională care prevede, la decesul unuia dintre soți, o compensare forfetară a creșterii patrimoniale care intră sub incidența comunității legale prin majorarea cotei-părți succesorală a soțului supraviețuitor (*Mahnkopf*, cauza C-558/16, hotărârea din 1 martie 2018).

⁵ A se vedea CJUE, *Pula Parking*, cit. supra, pct. 54 și urm. În această cauză, Curtea a decis că notarii publici din Croația nu pot fi asimilați unei instanțe de judecată.

⁶ CJUE, *Oberle*, cauza C-20/17, hotărârea din 21 iunie 2018, pct. 44.

Regulamentul nr. 650/2012 trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări a unui stat membru precum cea în discuție în litigiul principal, care prevede că, deși defunctul nu își avea reședința obișnuită în acest stat membru în momentul decesului, instanțele din acest din urmă stat rămân competente să elibereze certificate naționale de moștenitor, în cadrul unei succesiuni cu elemente de extraneitate, atunci când unele bunuri succesoriale sunt situate pe teritoriul statului membru menționat sau dacă defunctul avea cetățenia aceluiași stat membru⁷. O asemenea normă națională încalcă atât litera regulamentului, cât și scopul acestuia de unitate și claritate, prin crearea unei singure instanțe (cu foarte puține excepții⁸) competente să soluționeze toate aspectele ce decurg din succesiunea pentru cauză de moarte.

Dacă defunctul nu a avut reședința obișnuită, la data decesului, într-un stat membru, competența în materie de succesiune revine instanțelor din statul membru în care sunt situate bunurile care fac parte din succesiune, cu condiția ca defunctul să fi avut cetățenia statului membru respectiv la data decesului. În măsura în care condiția referitoare la cetățenie nu este îndeplinită, competența revine tot instanțelor din statul membru unde sunt situate bunurile, dacă defunctul a avut reședința obișnuită în acest stat membru și nu au trecut mai mult de cinci ani de la schimbarea reședinței obișnuite, la momentul sesizării instanței. În subsidiar, dacă nici aceste condiții nu sunt îndeplinite, competența de a se pronunța cu privire la bunuri (iar nu la succesiune, în ansamblul său), revine instanțelor statului membru în care sunt situate bunurile ce fac parte din patrimoniul succesoral.

Regulamentul a consacrat, sub denumirea de „forum necessitatis”, o competență judecătorească pentru cazuri excepționale, atunci când competența procesuală nu poate fi stabilită conform regulilor de mai sus. Pentru a funcționa acest caz de competență, trebuie îndeplinite cumulativ condiția existenței unui caz excepțional; imposibilitatea inițierii sau desfășurării într-un termen rezonabil a unei proceduri într-un stat terț cu care cauza are o legătură strânsă și existența unei legături suficiente cu statul membru al instanței sesizate.

Persoanele pot opta ca legea care se va aplica din punct de vedere material succesiunii lor în ansamblu, să fie legea statului a cărui cetățenie o au în momentul alegerii legii sau în momentul decesului⁹. În acest caz, părțile vizate de dezbaterea succesiunii (de regulă, moștenitorii dar nu numai), pot conveni ca instanțele din statul membru a cărui lege a fost aleasă de defunct, să dețină competența exclusivă de a soluționa toate chestiunile referitoare la succesiunea respectivă. Soluția aleasă de regulament este logică, fiind mult mai facil ca o instanță să aplice legea materială a

⁷ Oberle, *cit. supra*, pct. 59.

⁸ Instanțele statelor membre în care își au reședința persoanele interesate sunt competente să ia act de declarațiile acestora privind acceptarea sau renunțarea la succesiune, la legat sau la rezerva succesorală, limitarea răspunderii cu privire la sarcinile succesiunii.

⁹ Art. 22 din Regulament.

țării sale, decât norme juridice ale unui alt stat membru. În acest caz, dacă a fost sesizată o altă instanță (cea de la reședința obișnuită a defunctului sau cea prevăzută pentru cazurile în care defunctul nu mai avea reședința pe teritoriul Uniunii la data decesului), aceasta își va declina corespunzător competența în favoarea celei alese prin acordul părților la procedura succesorală. Dacă un astfel de acord nu există, iar defunctul a optat pentru o altă lege materială decât cea a instanței sesizate, instanța sesizată inițial poate, la cererea unei părți la procedură, să își decline competența în favoarea instanței pentru a cărei lege materială a optat defunctul. Pentru a declina cauza, instanța inițial investită trebuie să aprecieze că cealaltă instanță este mai în măsură să hotărască cu privire la succesiune, având în vedere circumstanțele de natură practică ale succesiunii, precum reședința obișnuită a părților și locul unde sunt situate bunurile.

În situația în care instanța în favoarea căreia a fost declinată competența în baza unui acord de alegere a competenței, constată prezența în cadrul procedurii instrumentate a unor părți care nu au fost parte la respectivul acord, păstrează cauza spre soluționare, atât timp cât aceste părți se înfățișează fără a contesta competența instanței. Dacă aceste părți contestă competența instanței, ea este obligată să decline cauza în favoarea instanței de la reședința obișnuită a defunctului sau a celei competente în cazul în care defunctul nu a avut reședința obișnuită pe teritoriul Uniunii.

Dacă patrimoniul defunctului cuprinde bunuri situate într-un stat terț, la cererea uneia dintre părți, instanța competentă poate decide să limiteze procedura succesorală și să nu se pronunțe cu privire la bunurile respective, atunci când hotărârea sa nu va fi recunoscută în statul terț.

Alături de instanțele competente în cazurile de mai sus, instanțele statelor membre în care își au reședința persoanele interesate sunt competente să ia act de declarațiile acestora privind acceptarea sau renunțarea la succesiune, la legat sau la rezerva succesorală, limitarea răspunderii cu privire la sarcinile succesiunii. Condiția esențială este ca legislația statului membru respectiv să permită efectuarea unor astfel de declarații în fața instanțelor judecătorești.

Măsurile provizorii pot fi dispuse de instanțele de judecată din statele membre, chiar dacă acestora nu le revine competența soluționării pe fond a cauzelor.

3. Verificarea competenței și garantarea dreptului la apărare

Deși nu este reglementată expres obligația instanței de a-și verifica din oficiu competența, apreciem că instanțele vor efectua această verificare, deoarece atunci când nu sunt competente, regulamentul le obligă să își decline, din oficiu, competența. Implicit, instanțele își vor verifica în prealabil competența și dată fiind complexitatea procedurii (cu element de extraneitate), este recomandat să fie consemnate în actul de procedură și temeiurile juridice ale competenței.

În situația în care pârâtul are reședința obișnuită pe teritoriul unui alt stat membru decât cel în care s-a intentat acțiunea și nu se prezintă în fața instanței, aceasta este obligată să suspende procedura până când se demonstrează că pârâtul a primit actul de procedură în timp util pentru a-și pregăti apărarea sau, cel puțin, că au fost întreprinse toate demersurile necesare în acest scop.

4. Litispendență și conexitate

Data sesizării instanței este reglementată identic precum în Regulamentul 1215/2012¹⁰, atunci când procedura succesorală este inițiată conform principiului disponibilității. În cazul în care procedura este inițiată din oficiu, data sesizării este data adoptării deciziei de inițiere a procedurii de către instanță sau data înregistrării dosarului de către instanță.

În caz de litispendență, cea de-a doua instanță sesizată este obligată să suspende procedura de judecată, până în momentul în care prima instanță sesizată își stabilește competența. Iată un argument suplimentar în sprijinul ideii că instanțele sunt obligate să-și verifice din oficiu competența, în toate cazurile. Dacă prima instanță și-a confirmat competența, cea de-a doua instanță este obligată să-și decline competența în favoarea primei instanțe sesizate.

În situația de conexitate, instanțele sesizate ulterior pot suspenda judecata până la stabilirea competenței primei instanțe sesizate. Ulterior acestui moment, instanța/instanțele sesizate ulterior *pot, la cererea uneia dintre părți*, să decline competența în favoarea primei instanțe, cu condiția ca legea procesuală a primei instanțe să permită conexarea cauzelor.

IV. Regulamentul 2201/2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești

1. Domeniul de aplicare

Regulamentul 2201/2003 se aplică materiilor civile reprezentate de divorț, separarea de drept, anularea căsătoriei¹¹, atribuirea, exercitarea, delegarea, retragerea totală sau parțială a răspunderii părintești. Stabilirea sau contestarea filiației, adopția, numele copilului, emanciparea, obligația de întreținere, actele fiduciare, succesiunile și măsurile luate ca urmare a faptelor penale săvârșite de copii sunt excluse din

¹⁰ Art. 14 din regulamentul.

¹¹ O acțiune în anularea căsătoriei introdusă de un terț după decesul unuia dintre soți intră în domeniul de aplicare al Regulamentului nr. 2201/2003, însă terțul nu se poate prevala de criteriile de stabilire a competenței prevăzute pentru soți (CJUE, *Mikolajczyk*, cauza C-294/15, hotărârea din 13 octombrie 2016).

domeniul material de aplicare al acestui regulament. Dispunerea față de un minor a unei măsuri care presupune privarea de libertate intră în domeniul de aplicare a regulamentului, doar dacă are ca scop protecția copilului, iar nu un scop exclusiv sau preponderent punitiv¹². De asemenea, intră în acest domeniu de aplicare și o măsură de luare în îngrijire imediată și plasamentul unui copil în afara familiei de origine, chiar dacă această hotărâre a fost pronunțată în conformitate cu normele de drept public privind protecția copilului¹³.

2. Competența procesuală

Spre deosebire de materia succesiunii pentru cauză de moarte, instanțele competente să soluționeze *divorțul, separarea de drept și anularea căsătoriei* sunt numeroase, scopul fiind *flexibilitatea* sporită prin garantarea posibilității părților de a opta pentru instanța situată cel mai convenabil în raport cu situația lor concretă. Sunt, deopotrivă, instanțe competente cele din statul membru în care se află reședința obișnuită a soților; cele din statul membru în care se află ultima reședință obișnuită a soților, în condițiile în care unul dintre ei încă locuiește acolo; cele din statul membru în care se află reședința obișnuită a părâtului; cele din statul membru în care se află reședința obișnuită a unuia dintre soți în caz de cerere comună; cele din statul membru în care se află reședința obișnuită a reclamantului în cazul în care acesta a locuit acolo cel puțin un an înainte de introducerea cererii de chemare în judecată; cele din statul membru de cetățenie a celor doi soți. Curtea a calificat aceste reguli, drept criterii generale de competență, între care nu este stabilită o ierarhie, toate criteriile obiective enunțate la articolul respectiv fiind alternative¹⁴. Acestea răspund scopului regulamentului de a institui „norme de conflict suple pentru a ține seama de mobilitatea persoanelor și pentru a proteja și drepturile soțului care a părăsit țara în care se afla reședința obișnuită comună, garantând totodată existența unui factor de legătură real între persoana interesată și statul membru care își exercită competența”¹⁵.

În cazul în care competența nu se poate determina potrivit acestor criterii, ea este stabilită în fiecare stat membru, de legislația respectivului stat. Instanțele judecătorești competente în materia divorțului, separării de drept și anulării căsătoriei sunt competente în orice chestiune privind răspunderea părintească ce apare în contextul divorțului, separării de drept și anulării căsătoriei, cu condiția ca competența instanței să fi fost acceptată expres sau într-un alt mod neechivoc de către soți și de către titularii răspunderii părintești, iar această „extindere” de competență să fie în interesul superior al copilului. Această competență durează

¹² CJUE, *Health Service Executive*, cauza C-92/12, hotărârea din 26 aprilie 2012.

¹³ CJUE, *A*, cauza C-523/07, hotărârea din 2 aprilie 2009.

¹⁴ CJUE, *Mikołajczyk*, cit. supra, pct. 40 și 46.

¹⁵ CJUE, *Mikołajczyk*, cit. supra, pct. 50.

până la definitivarea hotărârii judecătorești pronunțate în privința cererii de divorț, separare de drept sau anulare căsătorie.

Instanțele competente în materia *răspunderii părintești* privind un copil sunt cele din statul membru în care are reședința obișnuită copilul respectiv, la data sesizării instanței. Aceste instanțe își păstrează competența timp de 3 luni de la *mutarea legală* a copilului într-un alt stat membru, doar în cazul modificării unei hotărâri privind dreptul de vizită pronunțată în acest stat membru înainte de mutarea copilului, dacă titularul dreptului de vizită continuă să locuiască în statul membru al fostei reședințe obișnuite a copilului. Din perspectiva Regulamentului 2201/2003, răspunderea părintească „include ansamblul drepturilor și al obligațiilor conferite unei persoane fizice sau unei persoane juridice în temeiul unei hotărâri judecătorești, al unui act cu putere de lege sau al unui acord în vigoare privind persoana sau bunurile unui copil. Enumerarea efectuată de art. 1 alin. (2) din acest regulament nu este exhaustivă, ci doar orientativă”¹⁶. Noțiunea de „răspundere părintească”, în sensul Regulamentului nr. 2201/2003, trebuie interpretată în sensul că acoperă deciziile referitoare în special la încredințarea și la reședința copilului, dar nu include contribuția părinților la cheltuielile de creștere și de educare a copilului, care se circumscrie noțiunii de „obligație de întreținere” și intră în domeniul de aplicare al Regulamentului nr. 4/2009¹⁷.

În afară de prezența fizică a copilului într-un stat membru, noțiunea de *reședință obișnuită* corespunde „locului care exprimă o anumită integrare a copilului într-un mediu social și familial. În acest scop, trebuie mai ales să fie luate în considerare durata, regularitatea, condițiile și motivele sejurului pe teritoriul unui stat membru și ale mutării familiei în acest stat, cetățenia copilului, locul și condițiile de școlarizare, cunoștințele lingvistice, precum și raporturile familiale și sociale întreținute de copil în statul respectiv”¹⁸.

Instanțele de mai sus rămân competente în cazul *deplasării sau reținerii ilicite* a unui copil, până în momentul în care copilul își stabilește o nouă reședință obișnuită într-un alt stat membru și se îndeplinește, cumulativ, una din următoarele condiții: persoana sau organismul căruia i-a fost încredințat copilul consimte la deplasarea sau reținerea acestuia; copilul a locuit în noul stat membru o perioadă de cel puțin un an după ce persoana sau instituția căreia i s-a încredințat copilul a avut cunoștință de locul în care acesta se află. Această normă de competență are caracter special în raport cu cea întemeiată pe reședința obișnuită a copilului¹⁹.

¹⁶ CJUE, *Gogova*, cauza C-215/15, hotărârea din 21 octombrie 2015, pct. 27. În această cauză, Curtea a precizat că o cerere a unui părinte privind necesitatea obținerii unui pașaport de către copilul său, astfel încât să poată circula într-un alt stat membru cu copilul respectiv, fără consimțământul celuilalt părinte, care nu coopera, intră în domeniul material de aplicare a regulamentului.

¹⁷ CJUE, *OF*, cauza C-759/18, hotărârea din 3 octombrie 2019.

¹⁸ CJUE, *A.*, *cit. supra*, pct. 44.

¹⁹ CJUE, *CV*, cauza C-85/18 PPU, hotărârea din 10 aprilie 2018, pct. 42.

În cazul în care reședința copilului nu poate fi stabilită și nu se aplică nici cazurile de prorogare de competență din materia divorțului, separării de drept și anulării căsătoriei, problemele legate de răspunderea părintească sunt soluționate de instanțele din statul membru în care este prezent copilul (*competența bazată pe prezența copilului*). Dacă nici prin aplicarea acestei reguli nu poate fi determinată o instanță competentă, competența este reglementată în fiecare stat membru de dreptul statului respectiv (*competența reziduală*).

În caz de urgență, instanțele din statele membre pot dispune măsuri provizorii sau asiguratorii cu privire la persoanele sau bunurile prezente pe teritoriul național, chiar dacă competența de soluționare a fondului revine instanțelor din alte state membre. „Aceste măsuri sunt aplicabile copiilor care, având reședința obișnuită într-un stat membru, locuiesc cu titlu temporar sau ocazional în alt stat membru și se găsesc într-o situație de natură să dăuneze grav bunăstării lor, inclusiv sănătății sau dezvoltării lor, justificând astfel adoptarea imediată a unor măsuri de protecție”²⁰. Măsurile dispuse de către instanțele naționale, în temeiul propriilor dispoziții de drept, încetează să-și producă efectele, atunci când instanțele competente să soluționeze fondul cauzelor dispun măsurile pe care le apreciază corespunzătoare.

3. Instanța mai bine plasată pentru a soluționa cauza

În cazul în care instanțele competente să soluționeze cauzele privind răspunderea părintească conform regulilor anterioare, consideră că o instanță dintr-un alt stat membru, cu care copilul are o legătură specială, este mai bine plasată pentru a soluționa cauza sau o parte specifică a acesteia, iar acest lucru ar fi în interesul superior al copilului, poate să suspende procedura și să invite părțile să depună o cerere la instanța judecătorească respectivă sau să solicite instanței respective să-și exercite competența cu privire la cauză. Solicitarea sa ar echivala cu un act de sesizare al celeilalte instanțe, iar un astfel de demers se poate face la cererea uneia din părți, din oficiu sau la solicitarea instanței judecătorești cu care copilul are o legătură specială (în acest caz, trimiterea se va putea efectua numai prin acceptarea cel puțin a uneia dintre părți).

Pentru a determina instanța mai bine plasată pentru a soluționa cauza, adică instanța cu care copilul are o legătură specială, regulamentul stabilește următoarele elemente de legătură: reședinței obișnuite deținută sau dobândită ulterior de către copil, calitatea de resortisant al statului respectiv, reședința obișnuită a titularilor răspunderii părintești, locul situării bunurilor cu privire la care se referă măsurile de protecție. În situația în care această instanță, mai bine plasată în raport de interesul superior al copilului și specificul măsurilor ce se cer a fi dispuse, își stabilește competența, prima instanță sesizată își declină competența în favoarea acesteia.

²⁰ CJUE, A., *cit. supra*, pct. 48.

4. *Litispendență și conexitate*

Data sesizării instanței se stabilește conform modului prevăzut de Regulamentele 1215/2012 și 650/2012. Apreciem (și în acest caz), că instanța este obligată să-și verifice din oficiu competența, urmând a se declara necompetentă dacă contestată incidența temeiurilor juridice care justifică competența instanțelor dintr-un alt stat membru. În acest caz, Curtea a stabilit că instanța nu este obligată să trimită cauza unei instanțe dintr-un alt stat membru, dar dacă protecția interesului superior al copilului o impune, instanța națională care s-a declarat necompetentă din oficiu trebuie să informeze cu privire la acest lucru instanța judecătorească competentă din alt stat membru²¹.

Dacă pârâtul își are reședința obișnuită într-un alt stat membru decât statul în care s-a introdus acțiunea, iar acesta nu se prezintă, instanța va suspenda din oficiu procedura atât timp cât nu se stabilește că acest pârât a fost pus în situația de a primi actul de sesizare a instanței sau un act echivalent în timp util pentru a-și asigura apărarea sau că s-au luat toate măsurile necesare în acest scop.

Atât în caz de litispendență, cât și în caz de conexitate, cea de a doua instanță sesizată suspendă din oficiu procedura, până când se stabilește competența primei instanțe. În urma stabilirii competenței de către prima instanță sesizată, orice altă instanță sesizată ulterior își declină competența în favoarea acesteia. Tot ca un element distinct al acestui regulament în raport cu cele deja analizate, se reține posibilitatea părții care a introdus acțiunea la cea de a doua instanță sesizată de a intenta acțiunea respectivă la prima instanță.

Dispozițiile privind litispendența și conexitatea *nu* sunt aplicabile în cazul în care o instanță judecătorească dintr-un stat membru este sesizată doar pentru a pronunța măsuri provizorii, iar o instanță judecătorească dintr-un alt stat membru este sesizată în al doilea rând cu o cerere prin care se urmărește luarea aceluiași măsuri, fie cu titlu provizoriu, fie cu titlu definitiv, această a doua instanță fiind competentă să soluționeze fondul cauzei. Dacă, în pofida eforturilor depuse de instanța judecătorească sesizată în al doilea rând pentru a fi informată cu privire la cauza aflată pe rolul primei instanțe, iar aceasta nu dispune de niciun element care să-i permită să se determine obiectul și cauza unei cereri introduse la o altă instanță judecătorească și atunci când interesul copilului impune pronunțarea unei hotărâri judecătorești susceptibile de recunoaștere în alte state membre decât cel al instanței sesizate în al doilea rând, această din urmă instanță judecătorească are obligația ca, după un termen rezonabil de așteptare a răspunsurilor la întrebările formulate privind cauza aflată pe rolul primei instanțe, să continue examinarea cererii cu care este sesizată. Durata acestui termen rezonabil de așteptare trebuie să țină seama de interesul superior al copilului și împrejurările specifice litigiului în cauză²².

²¹ CJUE, *A*, cit. *supra*, pct. 69-71.

²² CJUE, *Purrucker*, cauza C-296/10, hotărârea din 9 noiembrie 2010.

V. Regulamentul 4/2009 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere

1. Domeniul de aplicare

Regulamentul 4/2009 urmărește protejarea interesului creditorului obligației de întreținere, considerat a fi partea mai vulnerabilă în cadrul unei acțiuni privind o obligație de întreținere²³. Astfel, acesta dispune de mai multe instanțe deopotrivă (alternativ) competente din punct de vedere internațional în fața cărora să își introducă cererea, inclusiv cea de la domiciliul său. Regulamentul 4/2009 se aplică obligațiilor de întreținere care decurg dintr-o relație de familie, rudenie, căsătorie sau alianță. Acesta nu se aplică în cazul obligațiilor de întreținere ce rezultă dintr-un contract, făcându-se aplicarea Regulamentului 11215/2012. În sfera sa de aplicare, noțiunea de „instanță judecătorească” include autoritățile administrative ale statelor membre competente în aspecte referitoare la obligațiile de întreținere, cu condiția ca aceste autorități să ofere garanții în ceea ce privește imparțialitatea și dreptul părților de a fi audiate și cu condiția ca hotărârile pronunțate de acestea în temeiul legii statului membru în care își au sediul să poată face obiectul unei căi de atac sau al unui control de către o autoritate judiciară; și să aibă o forță și un efect similare cu cele ale unei hotărâri a unei autorități judiciare privind aceleași aspecte.

2. Competența procesuală

Competența de a soluționa cauze în materia obligației de întreținere, cu element de extraneitate, aparține, în mod *alternativ*: instanțelor de la locul reședinței obișnuite a pârâtului; instanțelor de la locul reședinței obișnuite a creditorului; instanțelor competente în temeiul legii forului într-o acțiune privind starea persoanei în cazul în care cererea cu privire la o obligație de întreținere este accesorie respectivei acțiuni, cu excepția cazurilor în care respectiva competență se întemeiază exclusiv pe cetățenia uneia dintre părți; instanțelor competente în temeiul legii forului într-o acțiune privind răspunderea părintească atunci când cererea cu privire la o obligație de întreținere este accesorie respectivei acțiuni, cu excepția cazurilor în care respectiva competență se întemeiază numai pe cetățenia uneia dintre părți. Aceste criterii de stabilire a competenței internaționale nu sunt ierarhizate²⁴.

Curtea de Justiție a decis că în cazul în care o instanță dintr-un stat membru este sesizată cu o acțiune privind separarea sau desființarea legăturii conjugale dintre părinții unui copil minor, iar o instanță din alt stat membru este sesizată cu o acțiune privind răspunderea părintească asupra acestui copil, o cerere având ca

²³ A se vedea considerentul 15 al Regulamentului.

²⁴ CJUE, *R*, cauza C-468/18, hotărârea din 5 septembrie 2019, pct. 43.

obiect o obligație de întreținere față de același copil este accesorie numai acțiunii privind răspunderea părintească²⁵. Cu același prilej, instanța Uniunii a considerat că, prin natura sa, o cerere având ca obiect obligațiile de întreținere față de copiii minori este legată intrinsec de acțiunea în răspundere părintească. Însă, „faptul că o instanță s-a declarat necompetentă să se pronunțe asupra unei acțiuni referitoare la exercitarea răspunderii părintești față de un copil minor nu aduce atingere competenței acesteia de a se pronunța asupra unor cereri în materie de obligații de întreținere în favoarea lui dacă această competență poate fi întemeiată pe art. 3 lit. (a) din Regulamentul nr. 4/2009 sau pe art. 5 din acest regulament”²⁶.

Cu excepția obligației de întreținere privind un copil mai mic de optsprezece ani, regulamentul oferă părților posibilitatea alegerii instanțelor competente să soluționeze litigiile existente între ele sau potențiale, însă limitează această alegere la un set de instanțe cu care părțile prezintă o anumită legătură: statul membru în care una dintre părți își are reședința obișnuită; statul membru a cărui cetățenie o deține una dintre părți; între foștii soți, instanțele competente să soluționeze litigiile acestora în materie matrimonială sau instanțele din statul membru în care s-a aflat ultima reședință obișnuită comună a soților pe parcursul a cel puțin un an. În absența unei stipulații contrare, competența astfel aleasă de părți este *exclusivă*, iar acordul părților trebuie să respecte anumite cerințe de formă²⁷.

De asemenea, este competentă instanța din statul membru în fața căreia se înfățișează pârâtul, dacă această înfățișare nu are ca scop contestarea competenței instanței. Acest temei de stabilire a competenței se aplică doar în situația în care competența nu poate fi determinată potrivit regulilor enunțate anterior. Pentru a elimina situațiile de necompetență, regulamentul stabilește că dacă nu a putut fi stabilită o instanță competentă în baza criteriilor de competență enunțate, sunt competente instanțele statului membru al cetățeniei comune a părților. În continuarea aceluiași raționament, în cazuri excepționale, instanțele dintr-un stat membru sunt competente să soluționeze o cauză, dacă procedura nu se poate iniția sau desfășura în mod rezonabil sau este imposibil să se desfășoare într-un stat terț cu care litigiul are o legătură strânsă. Ca o condiție suplimentară, dar și esențială, litigiul trebuie să prezinte o legătură suficientă cu statul membru al instanței sesizate.

Instanțele competente să modifice o hotărâre judecătorească pronunțată în această materie de către o instanță dintr-un stat membru în care creditorul își are reședința obișnuită, sunt, în principiu, tot instanțele acestui stat, dacă creditorul și-a menținut reședința în acest stat²⁸. În schimb, „instanțele statului membru care au adoptat o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat în materie de răspundere părintească și de obligații de întreținere față de un copil minor nu mai sunt

²⁵ CJUE, A, cauza C-184/14, hotărârea din 16 iulie 2015.

²⁶ CJUE, R, *cit. supra*, pct. 40.

²⁷ A se vedea art. 4 alin. (2) din Regulament.

²⁸ Pentru derogări, a se vedea art. 8 din regulament.

competente să se pronunțe cu privire la o cerere de modificare a dispozițiilor stabilite prin această decizie în măsura în care reședința obișnuită a acestui copil se situează pe teritoriul unui alt stat membru. Competența de a se pronunța cu privire la cererea menționată revine instanțelor din acest din urmă stat membru”²⁹.

Instanțele din statele membre sunt competente să dispună măsurile provizorii sau asigurătorii prevăzute de legislația lor națională, chiar dacă competența de soluționare a fondului respectivelor cauze aparține instanțelor dintr-un alt stat membru.

3. Litispendență și conexitate

Regulamentul a definit data sesizării instanței în același mod precum regulamentele deja analizate³⁰. Aceeași garanție importantă este prevăzută în cazul dreptului de apărare. Instanțele competente sunt obligate să suspende procedura de judecată dacă pârâțul care are reședința pe teritoriul unui alt stat membru nu se prezintă și nu se poate stabili că pârâțul a primi actul de procedură în timp util pentru pregătirea apărării sau că au fost întreprinse toate demersurile necesare în acest scop. Însă, spre deosebire de regulamentele anterioare, Regulamentul 4/2009 stabilește obligația instanței necompetente de a-și declina din oficiu competența și, pe cale de consecință, de a trimite dosarul instanței competente.

În caz de litispendență, instanța din statul membru sesizată ulterior suspendă din oficiu acțiunea până în momentul în care se stabilește competența primei instanțe sesizate, iar după ce aceasta își stabilește competența, se declină competența de soluționare în favoarea primei instanțe. În caz de conexitate, instanța sesizată ulterior are facultatea de a suspenda judecata și, la cererea uneia dintre părți, poate să-și declină competența, cu condiția ca respectivele cauze să fie de competența primei instanțe sesizate și ca legea după care se conduce aceasta să permită conexarea acțiunilor.

VI. Regulamentul 848/2015 privind procedurile de insolvență

1. Domeniul de aplicare

Regulamentul 848/2015 se aplică procedurilor colective publice, inclusiv procedurilor provizorii, care se întemeiază pe legislația privind insolvența și în cadrul

²⁹ CJUE, *W și alții*, cauza C-499/15, hotărârea din 15 februarie 2017.

³⁰ În sensul prezentului capitol, se consideră că o instanță este sesizată: (a) la data la care actul de sesizare a instanței sau un alt act echivalent a fost depus la instanță, cu condiția ca reclamantul să nu fi neglijat în continuare să ia măsurile pe care era obligat să le ia pentru ca actul să fie notificat sau comunicat pârâțului; sau (b) în cazul în care actul trebuie notificat sau comunicat înainte de fi depus la instanță, la data primirii acestuia de către autoritatea responsabilă pentru notificare sau comunicare, cu condiția ca reclamantul să nu fi neglijat în continuare să ia măsurile pe care era obligat să le ia pentru ca actul să fie depus la instanță (art. 9 din regulament).

căroră, în scopul salvării, al ajustării datoriilor, al reorganizării sau al lichidării: activele unui debitor sunt indisponibilizate integral sau parțial și este desemnat un practician în insolvență; activele și activitatea unui debitor fac obiectul controlului sau supravegherii de către o instanță suspendare temporară a unei proceduri de executare individuale este acordată de o instanță sau prin efectul legii, pentru a permite desfășurarea de negocieri între debitor și creditorii acestuia, cu condiția ca procedura în cazul căreia se dispune suspendarea: să prevadă măsuri adecvate de protecție a masei credale și, dacă nu se ajunge la un acord, să preceadă uneia dintre procedurile menționate anterior. Din perspectiva Anexei A și a legislației române, regulamentul are vocație de a se aplica procedurii insolvenței, reorganizării judiciare, procedurii falimentului și concordatului preventiv.

Regulamentul nu se aplică întreprinderilor de asigurare, instituțiilor de credit, firmelor de investiții și altor firme, instituții și întreprinderi, în măsura în care acestea fac obiectul Directivei 2001/24/CE și organismelor de plasament colectiv.

Curtea de Justiție a precizat că fostul Regulament nr. 44/2001 (al cărui continuator este Regulamentul 1215/2012) are vocația de a se aplica în privința tuturor aspectelor de drept civil și comercial, cu excepția acțiunile care derivă direct dintr-o procedură de insolvență și care sunt strâns legate de aceasta³¹. Prin urmare, numai acțiunile care derivă direct dintr-o procedură de insolvență și care sunt strâns legate de aceasta intrau în domeniul de aplicare al Regulamentului nr. 1346/2000 (al cărui continuator este Regulamentul 848/2015). Astfel, acțiunea introdusă împotriva unui terț de un reclamant care acționează în temeiul unei cesiuni de creanță consimțite de lichidatorul desemnat în cadrul unei proceduri de insolvență, având ca obiect dreptul de revocare pe care acest lichidator îl are potrivit legii naționale aplicabile acestei proceduri, face parte din noțiunea de materie civilă și comercială în sensul Regulamentului 44/2001³².

2. Competența procesuală

Conform art. 3 alin. (1) din regulament, competența de a deschide procedura principală de insolvență revine instanțelor din statul membru pe teritoriul căruia se află *centrul intereselor principale ale debitorului*, definit ca locul în care debitorul își administrează în mod obișnuit interesele și care este verificabil de către terți. În cazul *persoanelor juridice*, centrul intereselor principale este prezumat relativ (până la proba contrarie) ca fiind locul unde se află sediul social, cu condiția ca acest sediu să aibă o vechime de cel puțin 3 luni în statul membru respectiv anterior sesizării instanței cu deschiderea procedurii. Instanțele statului membru pe teritoriul căruia se află centrul intereselor principale ale debitorului la data depunerii

³¹ CJUE, *F-Tex SIA*, cauza C-213/10, hotărârea din 19 aprilie 2012, pct. 29.

³² CJUE, *F-Tex SIA*, *cit. supra*.

cererii de deschidere a procedurii rămân competente, chiar dacă debitorul își transferă centrul intereselor principale într-un alt stat membru ulterior depunerii cererii, dar înainte de deschiderea procedurii³³.

Conform jurisprudenței Curții, „centrul intereselor principale ale unei societăți debitoare trebuie determinat acordând prioritate locului administrației centrale a acestei societăți, astfel cum acesta poate fi stabilit prin elemente obiective și verificabile de către terți. În ipoteza în care organele de conducere și de control ale unei societăți se află la locul sediului social, iar deciziile de administrare a acestei societăți sunt luate în acest loc, de o manieră verificabilă de către terți, prezumția prevăzută de această dispoziție nu poate fi răsturnată. În ipoteza în care locul administrației centrale a unei societăți nu se află la sediul social al acesteia, existența unor active sociale, precum contracte de exploatare financiară într-un alt stat membru decât cel în care se află sediul social al acestei societăți, nu poate fi considerată un element suficient pentru a răsturna această prezumție decât cu condiția ca o apreciere globală a tuturor elementelor relevante să permită stabilirea faptului că centrul efectiv de conducere și de control al societății menționate, precum și conducerea intereselor societății se situează, de o manieră verificabilă de către terți, în acest alt stat membru”³⁴. Pentru răsturnarea prezumției potrivit căreia acest centru se află la locul sediului social, este necesară o apreciere globală a ansamblului elementelor relevante, care să permită să se stabilească faptul că, într-un mod verificabil de către terți, centrul efectiv de conducere și de control al persoanei juridice se află într-un alt stat membru decât cel în care își are sediul social³⁵.

În cazul unei *persoane fizice* care exercită o activitate independentă sau profesională, centrul intereselor principale este locul principal de desfășurare a activității, în absența unor probe care ar dovedi contrariul, cu condiția continuității acestui loc pentru cel puțin 3 luni anterior sesizării instanței în statul membru respectiv. În cazul celorlalte persoane fizice, centrul intereselor principale se presupune a fi locul în care persoana fizică își are reședința obișnuită, în absența unor probe care ar dovedi contrariul. Această prezumție se aplică doar dacă reședința obișnuită nu s-a mutat într-un alt stat membru în cele șase luni anterioare solicitării de deschidere a procedurii de insolvență. Această competență are caracter exclusiv, motiv pentru care nu se va pune nici problema de litispendență sau conexitate internațională.

Instanțele unui stat membru pe teritoriul căruia debitorul nu are centrul intereselor sale principale, însă deține totuși un sediu³⁶, sunt competente să deschidă o

³³ CJUE, *Staubitz-Schreiber*, cauza C-1/04, hotărârea din 17 ianuarie 2006.

³⁴ CJUE, *Interedil Srl*, cauza C-396/09, hotărârea din 20 octombrie 2011, pct. 59.

³⁵ CJUE, *Rastelli Davide e C*, cauza C-191/10, hotărârea din 15 decembrie 2011.

³⁶ Acesta presupune existența unei structuri care să cuprindă un minim de organizare și o anumită stabilitate în vederea desfășurării unei activități economice. Numai existența unor bunuri

procedură de insolvență împotriva acestui debitor, denumită *procedură secundară* sau *teritorială de insolvență*, care se va limita la bunurile debitorului situate pe teritoriul celui de-al doilea stat membru. Această procedură poate fi deschisă doar înaintea deschiderii procedurii principale de insolvență și doar în anumite cazuri: procedura principală nu poate fi deschisă din cauza condițiilor stabilite prin legislația statului membru pe al cărui teritoriu se află centrul intereselor principale ale debitorului; solicitarea de deschidere a procedurii este făcută de un creditor a cărui creanță a luat naștere din exploatarea unui sediu situat pe teritoriul statului membru în care se solicită deschiderea procedurii teritoriale sau de o autoritate publică care, în temeiul legislației statului membru pe al cărui teritoriu este situat sediul, are dreptul de a solicita deschiderea procedurii de insolvență.

Atât timp cât o procedură principală de insolvență este în desfășurare, nu se poate deschide nicio altă procedură principală. Orice procedură deschisă în timpul desfășurării unei proceduri principale nu poate fi decât o procedură secundară, ale cărei efecte se limitează la bunurile debitorului situate pe teritoriul statului membru în care este deschisă această procedură³⁷.

Spre deosebire de celelalte regulamente, Regulamentul 848/2015 stabilește, în sarcina instanțelor sesizate cu cereri de deschidere a unei proceduri de insolvență, obligația de a examina din oficiu competența și de a arăta, în hotărârea de deschidere a procedurii, criteriile care stabilesc competența instanței. Potrivit art. 5 din regulamentul, debitorul sau orice creditor poate ataca în instanță hotărârea de deschidere a procedurii principale de insolvență din motive de competență internațională.

Instanța competentă pentru a deschide procedura de insolvență, devine competentă pentru a soluționa orice acțiune care decurge în mod direct din procedura de insolvență și care este strâns legată de aceasta, precum acțiunile revocatorii³⁸.

VII. Dreptul european și dreptul național: analiză comparativă

Regulamentele europene reglementează competența procesuală în materia raporturilor juridice litigioase de drept privat, cu element de extraneitate. *Raporturile juridice de drept public nu intră în sfera de reglementare europeană, prevalând suveranitatea statală*. Regulamentul 1215/2012 este *legea generală* în materie, iar celelalte regulamente se aplică strict în domeniul lor material, precizat la începutul fiecăruia. *Ca element de atragere a competenței se observă prevalența reședinței obișnuite a pârâtului sau a persoanei ce se dorește a fi protejată inclusiv prin norma de procedură, iar nu a cetățeniei*.

izolate sau a unor conturi bancare nu corespunde, în principiu, acestei definiții (CJUE, *Interedil Srl*, cit. *supra*, pct. 64).

³⁷ CJUE, *Rastelli Davide e C*, cit. *supra*, pct. 15.

³⁸ CJUE, *Seagon*, cauza C-339/07, hotărârea din 12 februarie 2009.

Comparând regulile europene în materie de competență cu cele naționale, constatăm că regăsim multe dintre acestea în Codul român de procedură civilă, intrat în vigoare la 15 februarie 2013.

Principiul conform căruia competența este determinată de domiciliul pârâtului este unul extrem de vechi, creație a dreptului roman și prezent atât în Codul de procedură civilă din 1865, cât și în Codul actual. În dreptul procesual civil românesc, regula *actor sequitur forum rei* este, în majoritatea cazurilor, de *ordine privată*. Aceasta semnifică că nerespectarea ei poate fi invocată doar de partea al cărei interes este protejat de normă, în concret de către pârâtul chemat în fața altei instanțe decât cea de la domiciliul său, celelalte părți sau instanța neputând invoca nerespectarea sa.

Situația este cu totul diferită în cazul litigiilor cu element de extraneitate comunitar. Deoarece neajunsurile chemării unei persoane, ca pârât, în fața unei instanțe necompetente din punct de vedere internațional sunt mult mai mari pentru această persoană dat fiind că persoana nu domiciliază în acel stat, soluțiile ce pot fi dispuse de instanțe se stabilesc în funcție de *prezența* sau nu a *pârâtului în proces*. Potrivit art. 28 alin. (1) din Regulamentul 1215/2012, „dacă pârâtul domiciliat pe teritoriul unui stat membru este acționat în justiție înaintea unei instanțe dintr-un alt stat membru și nu se înfățișează în fața acesteia, instanța se declară din oficiu necompetentă, cu excepția cazului în care competența sa rezultă din dispozițiile prezentului regulament”. În *procedura aferentă raporturilor cu element de extraneitate, regula actor sequitur forum rei este, în principiu, obligatorie, de ordine publică*. Însă, în contextul acestei reguli, dreptul Uniunii ne familiarizează și cu o instituție necunoscută juristului național, respectiv *competența bazată pe prezența pârâtului*. Astfel, în situația în care pârâtul este chemat în judecată în fața instanțelor unui stat membru pe teritoriul căruia nu are reședința obișnuită și nici nu funcționează cazurile speciale sau exclusive de competență, și, cu toate acestea se prezintă personal sau printr-un reprezentant împuternicit de acesta și nu contestă competența respectivei instanțe, aceasta devine competentă să soluționeze cauza. În această situație, putem afirma că regula *actor sequitur forum rei* are caracter de ordine privată.

Sursă de inspirație pentru juristul național este și modul în care *citarea prin publicitate a pârâtului* se reflectă în regulamentele europene în materie procesuală. În sistemul român de drept, conform art. 167 C. pr. civ., dacă reclamantul învederează și dovedește instanței că a efectuat toate demersurile care i-au stat în putință dar nu a reușit să afle domiciliul pârâtului sau un alt loc unde ar putea fi citat acesta potrivit legii, instanța va putea încuviința citarea pârâtului prin publicitate. Textul de lege nu condiționează recurgerea la această modalitate de citare de convingerea efectivă a instanței că nu poate fi determinat un loc concret în care pârâtul să fie citat. Dreptul european, astfel cum a fost interpretat de Curtea de Justiție, impune condiția ca instanța sesizată să se fi asigurat anterior că toate

demersurile impuse de principiile diligenței și buneii-credințe au fost întreprinse pentru a-l găsi pe pârât³⁹. Dacă instanța constată că pârâtul nu a putut primi actul de sesizare a instanței sau un alt act echivalent în timp util pentru pregătirea apărării sau că nu au fost întreprinse toate demersurile necesare în acest sens, are obligația de a suspenda acțiunea⁴⁰.

În societățile moderne dinamice, criteriul domiciliului sau sediului pârâtului nu poate fi unicul criteriu de determinare a competenței. Sistemele procesuale trebuie să fie flexibile și să permită opțiunea părților între mai multe instanțe deopotrivă competente teritorial. Regulamentele europene au creat și ele o rețea de instanțe naționale deopotrivă competente în anumite materii, iar aceste cazuri poartă denumirea de *competență specială*. Astfel cum am arătat într-o notă de subsol, doctrina românească a denumit această competență „alternativă”, denumirea fiind mult mai sugestivă decât cea de competență specială. Nu suntem în prezența derogării de la regula *actor sequitur forum rei*, deoarece acțiunea poate fi introdusă și la instanța de la reședința obișnuită a pârâtului, iar alegerea între mai multe instanțe competente îi aparține, atât în dreptul național, cât și în materia litigiilor cu element de extraneitate, reclamantului. Cazurile de competență specială se bazează pe un anumit punct de legătură cu un stat membru, cu care și pârâtul are adesea o anumită relație sau spre care s-a îndreptat în activitatea sa sau în care, prin apropierea de starea de fapt a litigiului, șansele unei bune administrări a justiției sunt mai mari. *Anumite puncte de legătură din dreptul european sunt similare cu cele de legătură din dreptul național*: locul executării obligației în materie contractuală; locul unde s-a produs fapta delictuală în materie delictuală și cvasidelictuală; cazul pluralității de pârâți; domiciliul creditorului obligației de întreținere; situarea unei unități (dezmembrământ) al persoanei juridice în litigiile legate de activitatea acestei unități (sucursale, agenții, punct de lucru etc.), domiciliul consumatorului, asiguratului, locul situării bunurilor asigurate sau al producerii riscului asigurat. În materie de divorț, criteriile de competență din legislația națională sunt subsecvente, iar nu alternative precum în regulamentul european specific.

Cazurile de *competență exclusivă* din dreptul european se reflectă în cele reglementate de Codul de procedură civilă: acțiunile reale imobiliare, acțiunile în materie de societate; succesiunea pentru cauză de moarte, acțiunile introduse împotriva consumatorilor; insolvența și concordatul preventiv. Codul de procedură civilă a implementat *protecția sporită* pe care dreptul european o acordă în cazul consumatorilor și persoanelor asigurate sau beneficiare ale contractelor de asigurare, prin crearea, după caz, a posibilității acestora de a se adresa mai multor instanțe deopotrivă competente teritorial, respectiv prin obligativitatea introducerii acțiunii împotriva acestora doar la instanța de la domiciliul lor.

³⁹ CJUE, *Hypoteční banka*, cauza C-327/10, hotărârea din 17 noiembrie 2011.

⁴⁰ Art. 28 alin. (2) din Regulament.

Principiul de drept procesual național conform căruia *cererile adiționale, accesorii sau incidentale* se introduc la instanța competentă să soluționeze cererea principală, se regăsește și în cazul litigiilor cu elemente de extraneitate comunitare.

Atât dreptul național, cât și cel rezultat din regulamentele europene adoptate în cadrul cooperării judiciare în materie civilă, fac posibilă *alegerea competenței de către părți*. Părțile pot determina această competență mai înainte ca între ele să se declanșeze un litigiu judiciar sau după ce acesta s-a declanșat. În sistemul românesc de drept procesual, o astfel de convenție anterioară litigiului trebuie încheiată în scris și ea poate privi doar acele situații în care Codul nu a reglementat competența teritorială exclusivă a instanțelor, pentru a păstra caracterul imperativ al acesteia și a nu crea posibilitatea eludării ei. În anumite materii (protecția consumatorilor, asigurările civile) astfel de convenții nu pot fi încheiate înainte de nașterea dreptului la despăgubire. Dreptul european este mai generos în privința condițiilor de formă ale unei astfel de convenții prevăzând că ea trebuie să fie încheiată în scris, verbal cu confirmare scrisă sau într-o formă conformă cu obiceiurile statornicite între părți. De asemenea, sunt admise în materie de asigurări, consumatori și raporturi de muncă și convenții de alegere a competenței anterioare nașterii unui litigiu între părți, însă acestea extind, de regulă, instanțele care pot fi sesizate de partea considerată dezavantajată contractual. Interesant este că o astfel de competență, în prezența elementului de extraneitate comunitar, devine exclusivă. În schimb, în dreptul național, reclamantul va putea să sesizeze fie instanța aleasă anterior, fie instanța de la domiciliul pârâtului, fie o instanță competentă alternativ, fără ca instanța sesizată, în absența opoziției pârâtului, să poată declina acțiunea în favoarea instanței alese de părți. Practic, în dreptul intern, alegerea competenței de părți desemnează un caz de competență alternativă cu regim special (am făcut mențiunea special, deoarece în cazul competențelor alternative propriu-zise, opoziția pârâtului în fața competenței alese de reclamant nu va putea conduce la declinarea acțiunii).

În dreptul național, instanțele sunt obligate să-și verifice temeiurile competenței generale, materiale și teritoriale și să le menționeze în încheierea de ședință aferentă primului termen de judecată la care părțile au fost legal citate și au putut pune concluzii. Dreptul european analizat nu cuprinde o obligație expresă a instanțelor în acest sens. Însă, dată fiind complexitatea unui astfel de litigiu, importanța alegerii corecte a instanței fiind în strânsă legătură cu respectarea dreptului la apărare și cu recunoașterea și executarea ulterioară a hotărârii pronunțate, corelată cu obligația ca instanța să se declare din oficiu incompetentă dacă este cazul, face mai mult decât recomandabil ca temeiurile competenței internaționale să fie menționate în încheierea de ședință.

Necompetența internațională a instanțelor române se invocă sub forma *excepției de necompetență internațională*. Aceasta este o excepție de procedură, imperativă,

de ordine publică, care poate fi invocată în orice stare a procesului, inclusiv direct în fața instanțelor de recurs. Prin urmare, ea va putea fi invocată de instanță din oficiu, de procuror dacă participă la judecata cauzei, precum și de oricare dintre părți. Conform art. 132 alin. (4) C. pr. civ., „dacă instanța se declară incompetentă și respinge cererea ca inadmisibilă întrucât este de competența unui organ fără activitate jurisdicțională sau ca nefiind de competența instanțelor române, hotărârea este supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară”. Prin urmare, în situația în care instanța stabilește că nu este competentă să soluționeze respectivul litigiu cu element de extraneitate comunitar, aceasta respinge cererea de chemare în judecată ca *inadmisibilă*. Este această soluție conformă cu dreptul european?

În materia litigiilor cu element de extraneitate se aplică procedura specială prevăzută de Codul de procedură civilă, intitulată „Procesul civil internațional”. Normele europene în materie de competență se regăsesc în mai multe din dispozițiile acestei părți (prorogarea voluntară de competență în favoarea instanțelor române, forul de necesitate, dispunerea măsurilor provizorii etc.). Potrivit art. 1071 C. pr. civ., instanța sesizată verifică din oficiu competența sa internațională, procedând conform regulilor interne privind competența, iar dacă stabilește că nu este competentă nici ea, nicio altă instanță română, respinge cererea ca nefiind de competența jurisdicției române, sub rezerva aplicării prevederilor referitoare la forul de necesitate. Hotărârea instanței este supusă recursului la instanța ierarhic superioară. Incompetența internațională a instanței române poate fi invocată în orice stare a procesului, chiar și direct în căile de atac. Așadar, conform acestei norme care se aplică cu prioritate litigiilor cu element de extraneitate, fiind norma specială în raport cu art. 132 alin. (4) C. pr. civ. (ce poate fi calificat ca normă generală), instanța nu va respinge acțiunea ca inadmisibilă, ci ca nefiind de competența jurisdicției române. În această privință, se impune o mai bună corelare a textelor din Codul de procedură civilă român, deoarece ambele au vocația de a se aplica în aceeași situație, dar prescriu soluții diferite.

În stadiul actual al reglementării naționale, *declinarea* unei cauze de către o instanță română unei instanțe considerată competentă, sesizată mai înainte, dintr-un alt stat membru în caz de litispendență sau conexitate, nu este prevăzută. Conform art. 1076 C. pr. civ., „când o cerere este pendinte în fața unei instanțe străine și este previzibil că hotărârea străină va fi susceptibilă de recunoaștere sau de executare în România, instanța română sesizată ulterior cu o cerere între aceleași părți, având același obiect și aceeași cauză, *poate* (s.n.) suspenda judecata până la pronunțarea hotărârii de către jurisdicția străină. Instanța română va *respinge* (s.n.) cererea când hotărârea străină pronunțată este susceptibilă de a fi recunoscută conform dispozițiilor prezentei cărți. În cazul suspendării prevăzut la alin. (1), dacă jurisdicția străină se declară incompetentă sau dacă hotărârea străină pronunțată nu este susceptibilă de a fi recunoscută în România, instanța română repune

procesul pe rol la cererea părții interesate. Faptul că o cauză este sau nu pendinte în fața jurisdicției străine se determină conform legii statului în care are loc procesul”. *Acest articol din Cod este contrar reglementărilor europene, deoarece în caz de litispendență comunitară, cea de-a doua instanță investită trebuie să suspende judecată, neavând o facultate în acest sens.* Posibilitatea suspendării apare doar în cazul conexității comunitare. În al doilea rând, apreciem că interpretarea regulamentelor europene în caz de litispendență se opune respingerii acțiunii de cea de-a doua instanță, deoarece se poate crea confuzie existând două hotărâri între aceleași părți, cu același obiect și cauză, posibil diferite, ambele pronunțate pe fond. Într-o asemenea situație, instanța națională va constata conflictul între norma națională și cea din regulamentul european echivalentă și va declina cauza către instanța sesizată inițial (obligatoriu în caz de litispendență/facultativ dar recomandabil în caz de conexitate), aparținând unui alt stat membru.

În final, arătăm că această analiză comparativă este parțială, fiind surprinse doar câteva aspecte generale. Sperăm că vom reuși continuarea sa într-un studiu următor.

CONCEPTE DE DREPT CONTEMPORAN (II): CULTURĂ JURIDICĂ, TRANSPLANT JURIDIC, MULTILINGVISM, TRADUCERE JURIDICĂ

*Drd., M.B.S. Adela Teodorescu CALOTĂ,
Universitatea din Craiova,
Facultatea de Drept*

Abstract

The present paper is a theoretical debate on and a jurilinguistic study and analysis of the concepts of „legal culture”, „legal transplant”, „multilingualism” and „legal translation” – key pieces in the puzzle which describes contemporary legal reality. To understand certain segments of the legal science, such is legal language in general, or legal conceptualism in particular, we must closely and carefully examine a series of complex socio-cultural and linguistic phenomena which go beyond the sphere of national research preoccupations and which will be approached in what follows.

Keywords: *legal culture; legal transplant; multilingualism; legal translation.*

Cultura juridică

Conceptul de „cultură juridică” ocupă un loc proeminent în cercetarea juridică comparativă. Însă, ca oricare alt concept care prin însuși natura sa este vag și de la care se pornește în dezvoltarea unor teorii divergente, cel de „cultură juridică” sfidează definițiile clare, practice, „termenul [fiind] folosit cu diverse înțelesuri, cu diverse scopuri și în diverse contexte”¹.

De regulă, atunci când spunem că dreptul este expresia unei culturi², ceea ce înseamnă că ne vom referi la cultură ca la „o chestiune de mentalitate, un mod cu totul distinctiv de abordare a dreptului și a experienței juridice”³, comparăm

¹ Manuel Guțan, *Sisteme de drept comparate. Introducere în teoria generală a dreptului comparat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 328.

² Cf. Deborah Cao, *Translating Law*, Multilingual Matters Ltd, Clevedon, Buffalo, Toronto, 2009, p. 31.

³ Roger Cotterrell, *Comparative Law and Legal Culture*, în *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 721.

întotdeauna prin referire la ceea ce este intern, la ceea ce noi credem că știm despre drept, contrapunând culturii altora propria noastră cultură. În acest caz se pune accent pe diferență, pe singularitate și „identitate juridică închisă”⁴, conceptul de cultură este „invariabil invocat ca manifestându-se *contra* a ceva”⁵, iar „actorii mediului juridic, în special juriștii, privesc lumea din cadrul unei culturi care dă formă tuturor percepțiilor lor juridice și care le diferențiază de percepțiile oamenilor care nu fac parte din aceeași cultură”⁶.

Din această perspectivă, specificitatea dreptului înțeles ca „parte a expresiei ontologice, epistemologice, gnoseologice a unei anumite societăți”⁷, ca izvorând din „atitudini adânc simțite, inculcate despre ce este și ar trebui să fie dreptul, și cum ar trebui să fie tradus în instituții, roluri instituționale și proceduri și norme [...]”⁸, declanșează o criză a comunicării juridice. Ideile de comparabilitate a culturilor juridice, de transplantare a dreptului dintr-un sistem juridic în altul și traductibilitate a conceptelor care aparțin unor familii juridice diferite devin irealizabile, sau își pierd rostul în contextul incomensurabilității tradițiilor juridice, o consecință a „particularităților și diferențelor epistemologice, de mentalitate și praxis ireconciliabile între culturile juridice [...]”⁹.

„Formidabilele dificultăți ale traducerii culturale”¹⁰ nu trebuie totuși să lase loc numai unei teorii care etichetează orice dialog juridic intercultural ca fiind un fiasco. Din contră, ideea de cultură este maleabilă, nu șablonardă, ea incluzând atât o componentă a diferenței, cât și o alta a similarității care „acordă atenție comunicării și nevoii de amplificare și îmbunătățire a ei la nivel intercultural, chiar dacă întotdeauna va exista «distorsiune», iar «comparația perfectă» este imposibilă”¹¹. Altfel spus, ar trebui să înțelegem conceptul de „cultură” ca reprezentând un compromis între un tip de negativism care se naște din „importanța protejării integrității separate a culturilor juridice [de ceea ce este perceput a fi] un proces al unei omogenizări nedorite” și un tip de optimism care „accentuează posibilitatea depășirii diferențelor interculturale și extinderea posibilităților comunicative între culturi”¹². Opțiunea pentru unul sau altul dintre cele două moduri de conceptualizare nu ar reprezenta o soluție la problemă, ci ar transforma cultura juridică într-un concept generic, stereotipic.

⁴ Manuel Guțan, *op. cit.*, 2014, p. 333.

⁵ Roger Cotterrell, *op. cit.*, 2006, p. 718.

⁶ *Ibidem*, p. 722.

⁷ Manuel Guțan, *op. cit.*, 2014, p. 327.

⁸ Chrisje Brants, *Legal Culture and Legal Transplants. Netherlands National Report*, în *Legal Culture and Legal Transplants. Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law*, Jorge A. Sánchez Cordero (ed.), International Academy of Comparative Law, 2011, p. 678.

⁹ Manuel Guțan, *op. cit.*, 2014, pp. 326-327.

¹⁰ Roger Cotterrell, *op. cit.*, 2006, p. 724.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

Un tip de înțelegere îmbunătățit, mai sceptic, specific, de tip deschis în ceea ce privește practicile culturale¹³ devine cu atât mai necesar și relevant cu cât conceptele de „cultură juridică”, „societate” și „drept” se schimbă, capătă noi valențe care le acordă statutul de „entități pluraliste, care se intersectează, hibride”¹⁴. Din punctul acesta de vedere, ar fi lipsit de noimă să accedem la o viziune totalizatoare asupra culturii și a societății în general, care „nu reușește să ia în considerare rolul actorilor individuali în generarea semnificațiilor și, în special, care eșuează în a ține seama de înțelesurile și opiniile contradictorii din cadrul fiecărei culturi”¹⁵. Așadar, nu putem vorbi despre etanșeitatea culturală a unui sistem juridic pentru că este imposibil să punctăm cu exactitate elementele esențiale, conținutul, scopul și limitele unei anumite culturi, astfel încât ea să poată fi în mod perfect distinctă față de toate celelalte¹⁶. Și nici nu ar fi util să facem acest lucru. Faptul că dreptul este înglobat într-o cultură juridică de obicei diferită, iar câteodată radical diferită de alte culturi, nu echivalează cu concluzia că dreptul nu dispune de un conținut determinat în afara unui anumit cadru cultural, ci mai degrabă cu ideea că înțelesul dreptului nu este niciodată complet determinat, iar fiecare interpret influențează, într-o măsură mai mică sau mai mare, modul în care el este înțeles¹⁷. „În consecință, chiar dacă înțelesul dreptului, ca orice alt element cultural, poate fi manipulat, rearanjat, transformat și distorsionat atunci când este dat mai departe, transmiterea dreptului dintr-o cultură în alta poate avea încă loc”¹⁸.

Transplantul juridic

Metafora transplantului juridic a devenit o „paradigmă centrală”¹⁹ a studiilor care se apleacă asupra „proces[elor] de transmitere a cunoașterii, practicilor și instituțiilor juridice dintr-o societate sau jurisdicție în alta”²⁰, fiind exploatată până în punctul reinventării ei în contexte și din perspective mereu altele, și deopotrivă criticată și apărată, decăzută și repusă în drepturi.

Conceptul de „transplant juridic” este o invenție terminologică a contemporaneității, – ales, așa cum afirmă critica, „*faute de mieux* [...]” pentru a surprinde

¹³ Cf. Annelise Riles, *Comparative Law and Socio-Legal Studies*, în *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 799.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, p. 798.

¹⁶ Roger Cotterrell, *op. cit.*, 2006, p. 725.

¹⁷ Cf. Michele Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, în *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 469-470.

¹⁸ *Ibidem*, p. 470.

¹⁹ Michele Graziadei, *op. cit.*, 2006, p. 443.

²⁰ Annelise Riles, *op. cit.*, 2006, p. 795.

difuziunea graduală a dreptului sau natura continuă a procesului care uneori conduce la schimbare juridică prin apropierea ideilor străine²¹ – însă nu și un fenomen nou, „circulația modelelor juridice” găsimu-și exemplul în recepția, în Evul Mediu, a dreptului roman în Europa continentală și în Scoția, în difuziunea codurilor civile în Europa și în afara ei – codul civil francez, de pildă, s-a răspândit nu numai în sisteme juridice europene, ci și în America Centrală și de Sud, în Asia, „codul civil japonez din 1898 fiind în mare parte influențat de modelul german, cu toate că împrumută totodată și caracteristici ale celui francez”, în Africa și Orientul Mijlociu²² – sau în difuziunea *common law*-ului în perioada și ulterior perioadei colonialismului, „azi legile jurisdicțiilor aflate cândva sub control britanic împărțind încă multe caracteristici comune distinctive”²³.

În general, problematica transplantului juridic ține de explicarea cauzelor și efectelor acestuia și de posibilitatea sau imposibilitatea realizării lui, ca urmare a modului în care înțelegem relația dintre drept și societate, pe de o parte, și noțiunile de cultură juridică și limbă, pe de altă parte. Ca atare, dezbaterile tind să fie purtate în alb și negru, nelăsând loc niciunei nuanțe care să coloreze spectrul analitic. Înțeasă în raport cu ideea de autonomie a dreptului față de societate, sau din contră, „dependență culturală invariabilă și constantă a dreptului importat de cultura societății importatoare”²⁴, sau în raport cu ideea de cultură înțeasă ca reprezentând „un sistem de înțelesuri unificat și indigen”²⁵, sau cu cea de limbă ca „fiind atât de strâns legată de cultură, încât termenii unei limbi nu pot avea același înțeles într-o alta”²⁶, metafora transplantului juridic, indiferent de terminologiile alternative propuse spre a veni în optimizarea ei, sau chiar a o înlocui, se transformă treptat într-un fixism abstract. Numai o reperspectivizare a ei și a noțiunilor conexe poate să reafirme utilitatea transplantului în cadrul studiilor ce privesc elementele de drept și limbaj juridic contemporane.

În primul rând, fenomenul transferurilor juridice este eclectic în sensul că nu este întotdeauna ușor să „determinăm cine a produs inovația inițială care se transformă ulterior în model”²⁷ și ambiguu în sensul că „mijloacele intelectuale utilizate pentru îndeplinirea [transferurilor] și condițiile și scopurile lor materiale generează adesea [o] lipsă de claritate, [d]e obicei fiecare actor în acest joc [având] mize diferite, motivații diferite și mijloace (de exemplu, lingvistice sau conceptuale) diferite la îndemână”²⁸. Din punctul acesta de vedere, devine mult mai complicat să

²¹ Michele Graziadei, *op. cit.*, 2006, p. 443.

²² *Ibidem*, pp. 447-449.

²³ *Ibidem*, p. 452.

²⁴ Manuel Guțan, *op. cit.*, 2014, p. 291.

²⁵ Michele Graziadei, *op. cit.*, 2006, p. 469.

²⁶ *Ibidem*, p. 468.

²⁷ *Ibidem*, p. 454.

²⁸ *Ibidem*, p. 455.

clarificăm metafora transplantului, pornind de la identificarea unei origini a ei și până la înțelegerea complexităților care contribuie la remodelarea ei în cultura juridică gazdă.

Rămânând tot în aceeași sferă a discuțiilor, nu trebuie să uităm nici că circulația modelelor juridice este de necontestat; în pofida formalei diviziuni a sistemelor juridice globale în familii juridice, în funcție de asemănările, respectiv diferențele dintre acestea, putem afirma că niciun sistem juridic nu este cu adevărat pur sau unic, în sensul unei evoluții a conceptualismului și a instituțiilor juridice în absența oricăror influențe externe. De aici derivă necesitatea operării unei reconceptualizări a noțiunii înseși de comparație, luând în considerare faptul că, de exemplu, „o simplă comparație între «sistemul francez» și «sistemul american» pare a fi inadecvată, dacă acceptăm că «sistemul francez» este, de fapt, format din multe ordini normative coexistente, fragmentare, câteodată integrate, altele conflictuale, [...] cu diferite articulări cu alte culturi și cu arena juridică globală”²⁹.

Apoi, metafora „crudă” a transplantului juridic își pierde relevanța în condițiile în care dihotomia rigidă între drept și societate își pierde ea însăși importanța³⁰. Posibilitatea, sau imposibilitatea transferurilor noționale și instituționale dintr-o societate în alta, dintr-un sistem juridic în altul este, de regulă, explicată în baza a două teze. Astfel, în prim plan se afla teza *watsoniană*, sau „transferistă” ce are la bază ideea că dreptul este de sine stătător în raport cu societatea, ceea ce duce la concluzia că transferul conceptelor juridice dintr-un sistem juridic în altul este posibil. Atât Alan Watson, cât și William Ewald resping teza absolutistă conform căreia dreptul trebuie perceput ca o simplă reflecție a societății³¹. Din perspectiva acestei teze, funcția dreptului, înțeles ca oglindă a societății, este menținerea ordinii sociale³². „Dreptul reflectă climatul intelectual, social, economic și politic al epocii sale. Dreptul este inseparabil de interesele, scopurile și înțelegerile care modelează în profunzime sau constituie viața socială și economică. El reflectă, totodată, idei, idealuri și ideologii specifice care fac parte dintr-o «cultură juridică» distinctă – acele atribute de conduită și atitudine care fac ca dreptul unei societăți să fie diferit de cel al unei alte societăți”³³. În sprijinul teoriei autonomiei dreptului față de schimbările sociale și în contra ideii de mai sus, Ewald sugerează faptul că reformele juridice au loc în mod independent față de forțele sociale și că, din această perspectivă, „nu este nevoie să cercetăm caracterul societății sau al schimbării sociale pentru că dreptul nu este o reflecție a societății”³⁴. La polul opus stă teza *legrandiană*, sau cea „culturalistă”

²⁹ Annelise Riles, *op. cit.*, 2006, p. 794.

³⁰ Cf. *ibidem*, p. 800.

³¹ Cf. *ibidem*, p. 795.

³² Brian Z. Tamanaha, *Law and Society*, în *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. II, Dennis Patterson (ed), Blackwell Publishing, Malden, Oxford, 2010, f.p.

³³ Steven Vago, *Law and Society*, ed. IX, Pearson Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ, 2009, p. 3.

³⁴ Annelise Riles, *op. cit.*, 2006, p. 795.

ce afirmă că dreptul este, de fapt, un produs socio-cultural și ca atare nu poate fi conceput în izolare față de influențele societății, culturii, indivizilor. Din punctul de vedere al lui Pierre Legrand, conceptul de „transplant juridic” este irealizabil³⁵. Ceea ce susținătorii *watsonieni* numesc transfer juridic, Legrand numește „formă a cuvintelor lipsită de sens”³⁶. Teza pornește de la ideea că fiecare societate dispune de o cultură și de un sistem juridic diferite și ca atare conferă conceptelor sensuri specifice. Așadar, „dat fiind faptul că înțelesul unei norme este specific unei culturi particulare, înțelesul rămâne în urmă dacă însăși cultura nu poate fi la rândul ei transplantată”³⁷. În cazul acesta conceptele sau structurile juridice transferate recrează prin imitație o iluzie a formei inițiale, nefiind posibilă o transpunere a întregului bagaj cultural juridic ce însoțește o noțiune străină și, astfel, ea neputând fi înțeleasă în deplinătatea ei. Diviziunea strictă între drept și societate își pierde însă, în optica noilor teorii comparative și socio-juridice, „utilitatea analitică”, dată fiind nevoia de examinare mai sofisticată a rolului pe care dreptul îl joacă în societate și, invers, a impactului pe care societatea îl are asupra dreptului, în contextul practicilor transnaționale, cooperării la nivel global și a pluralismului juridic. Iar transplantul juridic, tocmai pentru că funcționează pe baza ambelor dimensiuni de mai sus, nu mai trebuie înțeles în lumina unei „false alegeri între explicațiile «sociale» și «juridice» ale schimbării juridice”³⁸.

Mai departe, aplicarea unor înțelesuri imuabile conceptelor de cultură juridică și limbă deformează metafora transplantului. Transferurile juridice sunt înțelese în general ca „acte de reiterare «condiționate de un anumit cadru epistemologic, de o anumită mentalitate»”³⁹. Este adevărat că eșecul sau succesul unui transplant juridic este condiționat de particularitățile unui anumit context cultural și, în egală măsură, de modul în care noi înțelegem să îl adaptăm propriilor noastre convingeri și mentalități. Ceea ce este însă greșit este să presupunem că aceste „cadre epistemologice” sunt perfect ermetice și că ele funcționează în baza unor procese mecanice, previzibile și facil etichetabile. Din contră, „[d]acă dreptul este cultură, noi ar trebui să fim deschiși ideii că dreptul, similar culturii, este rezultatul mișmașurilor, împrumuturilor, amestecurilor care au loc, în ritmuri diferite, încă de la începuturile timpului”⁴⁰. Atunci când ne referim la înțelegerea și adaptarea transplanturilor prin filtrul propriilor noastre mentalități, nu ar trebui să concepem procesul de

³⁵ Cf. Jacques du Plessis, *Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems*, în *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 487.

³⁶ Pierre Legrand, *What Legal Transplants?*, în *Adapting Legal Cultures*, David Nelken, Johannes Feest (ed.), Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 63.

³⁷ *Ibidem*, p. 487.

³⁸ Annelise Riles, *op. cit.*, 2006, p. 800.

³⁹ *Ibidem*, pp. 797-798.

⁴⁰ Michele Graziadei, *op. cit.*, 2006, p. 469.

importare a dreptului ca fiind guvernat de statică, ci ca fiind bazat pe învățare care este „atât imitativă, căci ea necesită urmarea unui model, cât și improvizatională și experimentală, pentru că modelul trebuie testat”⁴¹. Și, nu în ultimul rând, atunci când vorbim despre imposibilitatea transplantului juridic ca urmare a interdependenței dintre limbă și cultură, omitem de multe ori două lucruri esențiale: că „întrebarea dacă poate fi comunicarea transfrontalieră vreodată «completă» asumă [în mod eronat] că poate exista comunicare «completă» în interiorul oricărui sistem lingvistic”⁴² și că „viața noastră de zi cu zi este ea însăși un monument al neînțelegerilor, indiferent de limba pe care o vorbim”⁴³. A admite că dreptul este legat de o limbă și cultură specifice și că dificultățile de natură lingvistică (conceptuală sau terminologică) sunt inerente procesului de transplantare a dreptului dintr-un sistem juridic în altul, că înțelesul nu poate supraviețui călătoriei în întregime⁴⁴, sau că nu este exclus ca transplanturile să devină „iritanți juridici”, că este posibil ca „dreptul societății importatoare să nu asimileze complet dreptul importat, ci să lase loc unei «dinamici evoluționiste în care înțelesul normei externe este reconstruit, iar contextul intern suferă o schimbare fundamentală»”⁴⁵, nu presupune a adopta punctul de vedere extrem conform căruia orice transfer juridic este imposibil, iar orice transplant este un mimetism lipsit de sens, sau o *formă fără fond*.

Perspectivile comparative contemporane aruncă o lumină diferită asupra relațiilor dintre drept și societate, pe de o parte, și dintre drept, cultură și limbă, pe de altă parte, schimbând totodată și modul în care natura schimbărilor juridice ar trebui percepută. Pentru a înțelege transplanturile trebuie mai întâi să înțelegem că „«dreptul» este, de fapt, o generalizare care denotă un colaj de artefacte juridice”, că „în cadrul aceleiași sistem juridic acționează o multiplicitate de factori”, că, „[a]tunci când recunoaștem această multiplicitate, putem vedea că ceea ce traversează granițele este divers ca substanță și formă, chiar dacă poate părea ochiului neantrenat a fi pur și simplu «drept»” și că „[v]iziunile unificate asupra culturilor juridice și ordinilor juridice ar trebuie să fie înlocuite cu un tablou mai analitic, dinamic și realist al dreptului [...]”⁴⁶. Cu alte cuvinte, pentru a înțelege metafora transplantului în complexitatea ei trebuie să înțelegem că studiul comparativ al transferurilor juridice „arată că disonanța și contradicția, consistența și coerența

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, p. 468.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cf. David Nelken, *Comparatists and Transferability*, în *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Pierre Legrand, Roderick Munday (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 441.

⁴⁵ Gunther Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, *The Modern Law Review* 61.1, 1998, p. 12 și Manuel Guțan, *op. cit.*, 2014, p. 292.

⁴⁶ Michele Graziadei, *op. cit.*, 2006, pp. 471-472.

sunt în egală măsură caracteristici ale dreptului”⁴⁷.

Multilingvismul

Ce înseamnă multilingvism și ce urmări are acest fenomen în plan juridic? Ar putea rezolva o *lingua franca* problemele legate de confuzii conceptuale și lipsa de terminologie armonizată la nivelul Uniunii Europene? Și, ce este și conferă unicitate conceptului de „drept multilingv”?

Multilingvismul în domeniul juridic este o chestiune complexă și intens dezbătută deopotrivă de specialiști din varii domenii cum sunt dreptul comparat, lingvistica și teoria și practica traducerii, precum și din instituții naționale și internaționale, a căror muncă de cercetare este destinată conservării și gestionării pluralității lingvistice ca garanție a diversității culturale⁴⁸.

În timp însă, de la primele dispoziții care au pus bazele regimului lingvistic al Comunității Economice Europene, până la politica lingvistică actuală a UE, ideea de multilingvism a devenit semnificativ mai importantă, însă nu mai puțin controversată și problematică, reiterând în ochii specialiștilor angoasa *babelonienei* „confusio linguarum” – care poate fi tradusă prin întrebarea dacă și în ce măsură poate fi diversitatea lingvistică fructificată într-o „condiție istorică a stabilizării unor valori naționale”, sau dacă nu cumva se transformă dorința de promovare, la nivel transnațional, a multilingvismului, ca marcă a conservării „spiritului, caracterului național și uzanțelor ce protejează [...] obiceiurile”, într-o „surzenie culturală față de poliglotism”⁴⁹.

Pe de o parte, rațiunea de a fi a multilingvismului se justifică chiar prin monolingvism, adică prin dreptul conferit fiecărui cetățean al Uniunii de a se exprima în propria sa limbă. „Pentru bancherul din Londra, UE este un animal politic care vorbește fluent engleza... însă în același timp, un fermier din Creta poate comunica cu instituțiile UE ca și cum în acestea s-ar vorbi doar elena”⁵⁰.

Pe de altă parte însă, politica lingvistică a UE, fundamentată pe „respectarea diversității lingvistice în toate statele membre și pe crearea unui dialog intercultural pe tot teritoriul UE”⁵¹, este îngreunată de probleme de ordin economic și practic

⁴⁷ *Ibidem*, p. 472.

⁴⁸ Cf. Ginevra Peruginelli, *Multilingual Legal Information Access: an Overview*, în *Harmonising Legal Terminology*, Elena Chiochetti, Leonhard Voltmer (ed.), LexAlp, Bolzano, 2008, p. 12.

⁴⁹ Umberto Eco, *În căutarea limbii perfecte*, Dragoș Cojocaru (trad.), Ed. Polirom, Iași, 2002, pp. 270-271.

⁵⁰ Emma Wagner, *Translation Practices Explained: Translating for the European Union*, Routledge, Florența, KY, SUA, 2014, p. 105.

⁵¹ A se vedea http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/ro/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.13.6.html.

privind gestionarea unui număr mare de limbi și combinații lingvistice⁵². Din aceste cauze, discuțiile privind multilingvismul se poartă întotdeauna la două extreme, și anume promovarea în continuare a diversității și egalității lingvistice în Europa, și suportarea costurilor aferente serviciilor lingvistice (i.e. traducere și interpretare) care sunt estimate a însuma aproximativ 1% din bugetul general anual al Uniunii⁵³, respectiv alternativa introducerii treptate a unei *lingua franca*, o soluție într-adevăr convenabilă din punctul de vedere al reducerii semnificative a costurilor și al proiectelor care vizează armonizarea terminologiei juridice la nivelul Uniunii, însă încă sever contestată și, uneori chiar, etichetată drept neverosimilă.

Promovarea unei *lingua franca* prin care chestiuni legate de echivalența conceptelor transpuse dintr-un sistem juridic în altul să poată fi diminuate sau chiar eliminate este o chestiune delicată, cu precădere în spațiul european. Problema principală în cazul transferurilor conceptuale realizate într-o *lingua franca* este aceea a lipsei „unei directe corelații între limba utilizată în comunicare și cultura(ile) subiacentă(e) cu rol de sistem(e) juridic(e)”⁵⁴. De aici și reticența vizavi de o „limbă juridică universală” prin care comunicarea juridică să poată fi realizată în afara oricăror iritări de natură culturală, socială, politică, economică etc. În contextul globalizării și diluării categoriilor de stat și sistem de drept național, are loc un proces complex al evoluției limbilor în cursul căruia limbile gazdă absorb conceptele străine, acestea alterându-se pe măsura asimilării lor și, în sens invers, acumularea de cuvinte importate afectând și transformând limba gazdă⁵⁵.

În acest context, un fenomen interesant este cel al importării masive a limbii engleze în spațiul european, remarcându-se aici faptul că „vocabularul importat pare să înlocuiască cuvinte ce există deja, fără să adauge sensuri noi”⁵⁶. Luând în considerare acest aspect, dar și lipsa unei armonii, a unei coerențe conceptuale la nivel european, ambiția de a se crea o limbă *pan-europeană*, care să faciliteze rezolvarea problemelor legate de consecvența și adecvarea *acquis*-ului⁵⁷ pare destul de fragilă. Ideea de creare a unei *lingua franca* trezește rivalități latente, iar Europa nu dispune în momentul de față, și probabil nici nu o va face în viitorul apropiat, de o „cultură, o identitate, sau o *marcă* de gândire” proprie, comună tuturor statelor membre ale Uniunii. În aceste condiții, „dreptul UE... este în mare măsură

⁵² Cf. Ginevra Peruginelli, *op. cit.*, 2008, p. 12.

⁵³ A se vedea https://europa.eu/european-union/about-eu/figures/administration_en.

⁵⁴ Alenka Kocbek, *The Challenges of Intercultural Legal Communication*, International Journal of Euro-Mediterranean Studies, 1, 2008, pp. 54-55.

⁵⁵ Cf. Vivian Grosswald Curran, *Comparative Law and Language*, în *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 694.

⁵⁶ Vivian Grosswald Curran, *op. cit.*, 2006, p. 694.

⁵⁷ A se vedea *European Contract Law: the Draft Common Frame of Reference – European Union Committee* la <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldecom/95/9507.htm>.

dependent de termenii și sistemele conceptuale ale sistemelor juridice naționale ale Statelor Membre”⁵⁸. Iar impunerea unei *lingua franca* în Europa este privită cu scepticism, căci incompatibilitățile conceptuale sunt exacerbate de specificitățile culturilor juridice care compun mozaicul european.

În plan juridic, schimbarea unghiului de perspectivă de la mono- la multilingvism, respectiv de la dimensiunea națională la cea transnațională, dă naștere unor noi complexități ce țin de problematica referitoare la incongruențele conceptuale și la modul diferit de interpretare a conceptelor la nivelul sistemelor juridice naționale. În concret, în contextul Uniunii Europene, aceste complexități țin de faptul că „multilingvismul afectează comprehensibilitatea documentelor juridice dintr-o dublă perspectivă: pe de o parte, dificultatea stabilirii unor corespondențe de sens între concepte care reflectă diferite sisteme juridice (și contexte sociale/ culturale), în scopul determinării unor *echivalențe orizontale coerente*, [iar] pe de altă parte, nevoia *garantării coerenței verticale* între limbajul juridic al sistemelor naționale și cel al Uniunii Europene, din moment ce directivele europene prevăd măsuri care ar trebui să fie puse în aplicare în legislațiile naționale”⁵⁹.

Ce se înțelege, mai exact, prin conceptul de „drept multilingv”? Cele două cuvinte care compun sintagma ne indică că am putea defini conceptul ca „*drept exprimat în două sau mai multe limbi*”⁶⁰. Cu toate că, în esență, definiția este corectă, problemele asociate conceptului trădează faptul că, dincolo de a fi o simplă „chestiune de traducere”⁶¹ care intră în sfera de analiză a jurilingvisticii și a domeniilor conexe, dreptul multilingv este o noțiune însuflețită, în permanentă schimbare, care generează întrebări „încărcate de emoție și identitate”⁶², situată adânc în „cadrul social și politic complex ce își are originea în istoria, tradițiile și obiceiurile unei anumite comunități”⁶³. Unicitatea și problematica multilingvismului juridic este dată tocmai de inedita combinație dintre nevoia de rigoare, precizie și claritate în „producerea multilingvă de texte legislative [ca] parte constitutivă a procesului legislativ”⁶⁴ și necesitatea înțelegerii conceptelor în lumina unor considerente socio-culturale ce îngreunează desăvârșirea celor trei principii de mai sus.

Traducerea juridică

⁵⁸ Susan Šarčević, *Creating a Pan-European Legal Language*, în *Legal Discourse across Languages and Cultures*, Maurizio Gotti, Christopher John Williams (ed.), Berna: Peter Lang, 2010, p. 27 și Samantha Hargitt, *op. cit.*, 2013, pp. 433-434.

⁵⁹ Daniela Tiscornia, Maria Teresa Sagri, *Legal Concepts and Multilingual Contexts in Digital Information*, *Beijing Law Review* 3, 2012, p. 75 (*emfazele autorului acestei lucrări*).

⁶⁰ Colin D. Robertson, *Multilingual Law: A Framework for Analysis and Understanding*, Oxon, New York: Routledge, 2016, p. 13.

⁶¹ *Ibidem*, p. 3.

⁶² *Ibidem*, p. 4.

⁶³ Ginevra Peruginelli, *op. cit.*, 2008, p. 12.

⁶⁴ Deborah Cao, *op. cit.*, 2009, p. 150.

Conceptul de traducere este ambiguu; nu există un consens asupra unui principiu universal al traducerii⁶⁵, conceptul fiind interconectat cu alte noțiuni ca interpretarea, transferul, transformarea, negocierea, apropierea, echivalența, preluarea sau reproducerea. Indiferent de posibilele definiții care ar putea fi conferite procesului de traducere, el a devenit treptat o normalitate, o necesitate, un instrument indispensabil de comunicare, inclusiv în spațiul juridic, dar și o formă de putere – „cine traduce, stăpânește, conduce – sau măcar nu e stăpânit în mod conștient, fericit, are mai multe șanse de a fi respectat, e subiect, nu obiect”⁶⁶. Azi, „totul trebuie tradus. Totul trebuie în permanență tradus, supus traducerii. Totul trebuie tradus adică totul, tot timpul, în mod reflex, trebuie negociat, apropiat, transformat [...]. A prelua fără traducere înseamnă a prelua reflex, fără gândire, de-a gata, economic, *fast culture*, adică viață culturală de efemeridă, a înghiți orice (în toate sensurile) fără să mesteci și fără să digeri. [...] Traducerea e noua paradigmă și noua conștiință politică, singura pe măsura globalizării lumii”⁶⁷.

În acest context, este esențial să înțelegem conceptul de „traducere” nu ca simplă reflecție a lingvisticii și semioticii, ci în completitudine și complexitatea sa, ca parte integrantă a structurilor sociale, politice și culturale contemporane, ca legat de tradiții și mentalități și ca adânc înrădăcinat în istorie – pentru că traducerea „se naște numai din istorie și ca istorie: e pur contingentă [...]”. Traducerile însele sunt istorice, îmbătrânesc și trebuie refăcute”⁶⁸.

Traducerea dreptului nu este un fenomen nou, însă ei îi este și trebuie să îi fie acordată o atenție sporită, date fiind prevalența, însemnătatea, problemele aferente și efectele conexe producerii și interpretării textelor juridice multilingve în Uniunea Europeană, în cadrul căreia există 27 de state membre și sisteme juridice naționale și 24 de limbi oficiale și de lucru⁶⁹.

Particularitățile și dificultățile legate de incertitudinile lingvistice, de diversitatea sistemelor, culturilor și limbajelor juridice, cărora li se adaugă chestiunile care privesc *eurolimbajul* sau *eurojargonul* care poate fi definit ca fiind „pur și simplu un *nou* limbaj juridic”⁷⁰ și pe care îl întâlnim în așa numitele *eurotexte* ce reflectă „un vocabular redus, sensuri ce tind să fie universale [și un] inventar redus de forme

⁶⁵ Cf. Mark Shuttleworth, Moira Cowie, *Dictionary of Translation Studies*, Oxon, New York: Routledge, 2014, p. 185.

⁶⁶ Bogdan Ghiu, *Totul trebuie tradus: noua paradigmă*, Ed. Cartea Românească, București, 2015, p. 16.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁸ Adela Teodorescu Calotă, *Interviu cu Bogdan Ghiu*, Ramuri 9, 2015, p. 13.

⁶⁹ Acestea sunt: bulgară, croată, cehă, daneză, neerlandeză, engleză, estonă, finlandeză, franceză, germană, greacă, maghiară, irlandeză, italiană, letonă, lituaniană, malteză, poloneză, portugheză, română, slovacă, slovenă, spaniolă și suedeză. Pentru mai multe detalii în acest sens a se vedea https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-languages_ro.

⁷⁰ Karen McAuliffe, *Translation at the Court of Justice of the European Communities*, în *Translation Issues in Language and Law*, Frances Olsen, Alexander Lorz, Dieter Stein (ed.), Palgrave Macmillan, Basingstoke, New York, 2009, p. 106.

gramaticale [...]”⁷¹, precum și principiul egalei autenticități a tuturor versiunilor lingvistice ale unui act juridic, potrivit căruia toate versiunile lingvistice sunt prezumate a avea același sens și, în consecință, același efect juridic⁷², transformă subiectul traducerii juridice într-un controversat și interesant subiect de dezbatere. Cu atât mai mult cu cât, din punct de vedere juridic, statutul traducerii este delicat, utilizarea termenului de „text tradus” fiind de multe ori evitată sau chiar catalogată drept nepotrivită, dată fiind mai întâi eticheta de inferioritate care i s-ar conferi prin raportare la un original, și dat fiind principiul mai sus menționat care conferă tuturor versiunilor lingvistice egalitate în materie de competență și autoritate⁷³. Altfel spus, „din perspectiva dreptului, toate textele autentice sunt originale indiferent de modul în care au fost produse”⁷⁴, ceea ce problematizează într-o și mai mare măsură ceea ce se înțelege mai exact prin actul de traducere și care sunt consecințele acestuia într-un astfel de context.

A lucra cu informație juridică într-un mediu multilingv nu este un lucru ușor. Prin definiție, traducătorul nu este cel ce pur și simplu „traduce sau redă dintr-o limbă în alta”, ci cel ce „transformă, schimbă sau alterează, [...] ce transferă sau transportă”⁷⁵. În pofida impedimentelor ce intervin odată cu responsabilitatea de a traduce într-un cadru juridic multilingv, traducătorul trebuie să asigure transferarea fidelă a informației juridice din limba sursă în limba țintă. Scepticismul însă este puternic resimțit în această situație. Ca urmare a „deschiderii limbii”, i.e. „nu există mijloc prin care sensul cuvintelor să fie în mod cert determinat”⁷⁶, conceptele juridice sunt coborâte din *Raiul* unde ele există în „puritate absolută, libere de alianțele încâlcite cu viața umană”⁷⁷, către lupta mundană purtată de diverși actori ai scenei europene, fie ei autori ai textelor de lege, traducători, juriști-lingviști, interpreți sau judecători naționali pentru găsirea sensului comun al conceptelor juridice, fiecare în parte bucurându-se de privilegiul de a accesa și consulta documente ale Uniunii într-o limbă oficială sau de lucru la alegere. Aici, ambiguitățile de ordin traductologic pe de o parte, și interpretativ pe de altă parte, vor prospera și, cel mai important, pune în pericol „motto-ul Uniunii Europene – unitate în diversitate – [de altfel] fondat pe o contradicție ce formează contextul conceptual în

⁷¹ Mary Snell-Hornby, *The Turns of Translation Studies: New Paradigms or Shifting Viewpoints?*, John Benjamins Publishing, Amsterdam, Philadelphia, 2006, p. 142.

⁷² Cf. Agnieszka Doczekalska, *Drafting or Translation – Production of Multilingual Legal Texts*, în *Translation Issues in Language and Law*, Frances Olsen, Alexander Lorz, Dieter Stein (ed.), Palgrave Macmillan, Basingstoke, New York, 2009, p. 116.

⁷³ Cf. *ibidem*, p. 117.

⁷⁴ *ibidem*.

⁷⁵ *Oxford English Dictionary*, disponibil la <http://www.oed.com/view/Entry/204849?redirectedFrom=translator#eid>.

⁷⁶ Elina Paunio, Susana Lindroos-Hovinne, *Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law*, *European Law Journal* 16.4, 2010, p. 395.

⁷⁷ Aluzie la Rudolf von Jhering, *Im Juristischen Begriffshimmel*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, ed. XI, 1912, p. 245 în Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, *Columbia Law Review* XXXV.6, 1935, p. 809.

procesul de elaborare a politicilor europene”⁷⁸.

Concluzii

Evoluția noilor fenomene globale influențează și afectează iremediabil domeniul juridic, dar și percepția noastră asupra a ceea ce formează baza lui conceptuală și fundamentele lui structurale.

A înțelege modul în care un concept juridic funcționează în cadrul unei anumite culturi, sau a unui anumit sistem juridic, i.e. specificitatea acestuia, respectiv acele caracteristici care îl vor face uneori în practică dificil, nu trebuie să echivaleze cu a înțelege ideile de cultură sau sistem în termeni totalizatori. „În pofida faptului că ele sunt configurații unice produse de indivizii care le împărtășesc, culturile interacționează și se schimbă prin transmiterea elementelor culturale – în fiecare zi și în întreaga lume. Identitatea unui grup cultural nu este compromisă de schimbarea prin contactul cu o altă cultură, excepție făcând doar cazurile tragice. Din contră, apropierea selectivă a caracteristicilor culturale străine este adeseori crucială pentru menținerea unei culturi vii”⁷⁹.

Tot la fel, a recunoaște dificultățile și imperfecțiunile asociate proceselor de transplantare a dreptului dintr-o cultură juridică în alta, sau dintr-un sistem juridic în altul, nu înseamnă a cataloga ideea de transplantabilitate drept imposibilă sau superfluă. Circulația conceptelor, a instituțiilor, a modelelor juridice ș.a.m.d. are loc la nivel transfrontalier, indiferent de familiile, respectiv tradițiile juridice pe baza cărora se vorbește, de regulă, despre posibilitatea sau imposibilitatea transplanturilor juridice. „[...] Transferurile au loc chiar și în timp ce granițele între un sistem juridic și un altul sunt delimitate și chiar și acolo unde importanța dreptului în ceea ce privește identitatea unei societăți este accentuată”⁸⁰.

Problemele de limbă în drept capătă o notorietate aparte în contexte transnaționale, multilingve. Proporțional cu intensă promovare a politicilor multilingve și cu dezvoltarea proceselor de traducere juridică se amplifică și dificultățile legate de buna comunicare juridică în spații situate la întretăierea dintre diverse culturi, limbi și sisteme de drept. Există un echilibru precar între garanțiile lingvistice și egala autenticitate a versiunilor lingvistice; tot la fel între posibilitatea elaborării actelor normative în mai multe limbi, interpretarea acestora ulterioară de instanțe multilingve și traducerea jurisprudenței relevante în multiple limbi oficiale⁸¹.

⁷⁸ Patrick Studer, *Conceptual Contradiction and Discourses on Multilingualism*, în *Linguistic Diversity in Europe*, Patrick Studer, Iwar Werlen (ed.), Walter de Gruyter GmbH & Co., Berlin, Boston, 2012, p. 115.

⁷⁹ Michele Graziadei, *op. cit.*, 2006, p. 470.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 474.

⁸¹ Cf. Olga Łachacz, Rafał Mańko, *Multilingualism at the Court of Justice of the European*

A înțelege, utiliza și aplica corect limbajul juridic într-un context multilingv este un act complex. Dacă ne referim la exemplul Uniunii Europene, în procesul de manevrare a legislației multilingve avem de a face cu sarcina redutabilă de transferare a informației juridice dintr-o limbă dinamică și inerent indeterminată într-o alta pe baza manipulării unor concepte polisemice, adeseori intraductibile, legate de anumite culturi, familii și tradiții juridice, de multe ori hibride în componență, „respectând egalitatea și suveranitatea fiecărui stat membru”⁸², și de asamblare a informației juridice într-o formă clară și inechivocă care să faciliteze interpretarea obiectivă la nivel național și care să se preteze unui „raționament convingător, acceptabil și transparent”⁸³, ținând cont în același timp de multele și variatele grupuri de indivizi cărora acea informație juridică le va parveni în cele din urmă. Nu este, așadar, ușor ca abstractul să poată fi transpus în concret, ca o finalitate sau un obiectiv al dreptului care este posibil să fie exprimat cu claritate în teorie să își găsească, dând dovadă de aceeași transparență, ecoul în practică.

Union: Theoretical and Practical Aspects, Studies in Logic, Grammar and Rethoric 34, 2013, p. 75.

⁸² Lawrence M. Solan, *The Interpretation of Multilingual Statutes by the European Court of Justice*, Brooklyn Journal of International Law 34.2, 2009, p. 279.

⁸³ Elina Paunio, Susana Lindroos-Hovinneimo, *Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law*, European Law Journal 16.4, 2010, p. 395.

INSTANȚELE JUDECĂTOREȘTI ȘI STAREA DE URGENȚĂ – O LECȚIE AMERICANĂ

Lidia DAMIAN

Judecător, Judecătoria Bârlad

Abstract

The analysis in the present article tries to underline the similarities between the way government regulates in the exceptional states of emergency in Romania and the United States, drawing the conclusion that the two legal systems though very different by structure react in similar ways and are consistently backed by the judiciary in their undergoing. Starting as circumspect as the aristocrat jurist Alexis de Tocqueville¹ while his first contact with the American democracy, we see that history is cyclic and crisis –related human behavior alike.

Starting from the surprising derogation from the European Convention of Human Rights with the consequence of a much easier breaching of fundamental freedoms and liberties in the territory of Romania, the breach of freedom of movement and economic liberty are analyzed in respect of their encroachment in both legislations. Drawing from the most famous American cases in the constitutional history of the USA, the author starts to analyze the American case-law in emergency situation from the Second World War, the American Civil War and the Great Depression in relation to the first time Romanian law and jurisprudence.

In the field of curfew laws both the American government and the Romanian one have instilled laws that were upheld by the judiciary in both legislations, mainly without judging on the merits. Nevertheless, in this regard, the american exemples described stress the need of checks and bances between the three branches of state powers, expressing the need to delegate power to the Executive but with the prior factual consent of the legislative and the mandatory judicial control of the judiciary. The constitutional judicial review of delegate powers to the executive under scrutiny of the Romanian Constitutional Court is commented as well as the temporary relief provided to debtors by way of economic emergency that stirred the issuance of laws that protect them from their creditors meanwhile breaching the contractual liberties embedded in both legislations.

Keywords: state of emergency; rights and freedoms; free movement of citizens; military ordinance; unconstitutionality

¹ Alexis de Tocqueville, *Despre democrație în America*, Ed. Humanitas, București, 2017.

La data redactării prezentului articol România se află în stare de urgență determinată de pandemia de COVID-19, situație juridică reglementată normativ de art. 1 și 3 din O.U.G. nr. 1/1999, așa cum aceasta a fost modificată de Legea nr. 453/2004. În acest context, România a înțeles să activeze mecanismul de derogare prevăzut la art. 15 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (în continuare „CEDO”) fără să indice care dintre articolele CEDO nu vor mai fi aplicate pe teritoriul țării pe durata menținerii stării de urgență. Activarea acestui mecanism păstrează însă ca inviolabile un număr de articole, în speță cele referitoare la dreptul la viață, la interzicerea torturii, la interzicerea sclaviei, la nepedepsirea unei persoane fără incriminare legală, la imposibilitatea de a se introduce pedeapsa cu moartea, la imposibilitatea de a pedepsi o persoană de două ori pentru aceeași faptă.

Din punct de vedere doctrinar, părerile juriștilor sunt împărțite, unele voci considerând că această măsură este corespunzătoare cu starea de urgență deja instituită², altele subliniind pericolele la care ne putem expune, măsura adoptată de România, fiind, din punctul lor de vedere, una nejustificată și disproporționată³. În legătură cu acest drept de opt-out temporar de care a făcut uz statul nostru trebuie însă menționat că el mai este reprodus în forme similare și în alte texte legale, așa cum sunt de exemplu art. 4 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice din 1966, ratificat de România încă din 1974 sau art. 27 din Convenția Americană a Drepturilor Omului.

Din practica anterioară, activarea clauzei de la art. 15 CEDO pe teritoriul unui stat semnatar al Convenției a fost făcut în cazuri mult mai grave, cum sunt starea de război sau terorism, niciodată pentru o pandemie⁴. Așa cum vom vedea, prin decretul prezidențial de instituire a stării de urgență președintele țării a dispus derogarea de la protecția mai multor drepturi și libertăți cetățenești, derogare care de altfel, se putea face doar cu observarea dispozițiilor art. 53 din Constituția României și conform textului Constituției, „doar prin lege”. Dacă decretul prezidențial de instituire a stării de urgență este „lege” sau nu, rămâne să se pronunțe Curtea Constituțională în cadrul excepției de neconstituționalitate cu care a fost deja investită.

Instanța de contencios constituțional a fost investită de către Avocatul Poporului să se pronunțe asupra prevederilor art. 9, art. 14 lit. c1)-f) și art. 28 din O.U.G. nr. 1/1999 și O.U.G. nr. 34/2020 prin raportare la dispozițiile art. 1 alin. (4), art. 1 alin. (5), art. 23 alin. (11), art. 61(1), art. 53(1), art. 73, art. 115, art. 126 (2), art. 129 și 131(2) din Constituția României. În esență, Avocatul Poporului solicită Curții Constituționale să constate că, în baza actelor indicate mai sus, Președintele României, ca

² <https://www.juridice.ro/677375/starea-de-urgenta-romania-si-cedo.html> precum și <https://www.juridice.ro/677354/restrangerea-drepturilor-cetatenilor-in-lupta-cu-pandemia.html>.

³ <https://www.juridice.ro/677004/romania-a-derogat-de-la-cedo-oare-chiar-trebuia.html>.

⁴ Christoph Schreuer, *Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights*, *The Yale Journal of Public Order*, vol. 9, p. 112, <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1193&context=yjl>.

exponent al puterii executive, a emis acte cu depășirea atribuțiilor conferite de lege acestuia, interferând deci cu puterea legislativă a statului, în baza unor acte normative ce conțin dispoziții contrare legii fundamentale a țării.

Acuza adusă primului om în stat este că acesta a modificat legi organice și a încălcat în mod nepermis drepturile și libertățile cetățenilor, printre care dreptul la libera circulație, dreptul la muncă, dreptul la învățătură, dreptul la viață intimă, dreptul la libertatea întrunirilor etc. prin cele doua decrete de instituire, respectiv prelungire a stării de urgență, în speță Decretul nr. 195/2020 și Decretul nr. 240/2020. Menționăm însă că limitarea dreptului la liberă circulație este inclusă și la art. 20 lit. c), j) și o), articol asupra căruia Avocatul Poporului nu i-a solicitat instanței de contencios constituțional să se pronunțe.

În acțiunea să, Avocatul Poporului subliniază lipsa unei delegări a puterii legislative emise de către Parlament către Președintele țării, decretele de instituire și prelungire a stării de urgență emise de către acesta depășind competențele conferite lui de către lege. Investirea curții cu aceasta excepție de neconstituționalitate ne amintește de speța *Hirabayashi v. United States 320 U.S. 81 (1943)*⁵, litigiu în care de asemenea s-a pus problema delegării puterii legislative și a dreptului de a restricționa dreptul la libera circulație al cetățenilor.

În principiu, instanța supremă în speța *Hirabayashi* a menținut un ordin de limitare a dreptului la circulație care impunea cetățenilor cu descendența japoneză să rămână în case în intervalul orar 20.00-06.00. În afara diferenței raportate la verificarea abstractă a constituționalității legii în cazul românesc și concret în speța americană, în ambele cazuri se pune problema verificării restricțiilor de circulație din perspectiva acțiunii conjuncte a legislativului și a executivului, însă cu presupusa depășire a puterilor delegate de legislativ către executiv în situația din țara noastră. De subliniat este și că în contextul american limitarea dreptului la libera circulație pe timpul nopții era impus tuturor cetățenilor japonezi, germani sau italieni care se aflau pe teritoriul SUA, în timp ce în țara noastră limitarea acestui drept îi privea pe cetățenii de peste 65 de ani în intervalul 11-13 în timpul zilei și în timpul nopții, iar pe restul cetățenilor în timpul nopții.

În cazul american legislativul a confirmat restricțiile de circulație impuse prin Ordinul militar nr. 9066 prin intermediul actului din 21 martie 1942; în cazul nostru această autorizare punctuală *a posteriori* nu a existat și nu pare a fi necesară, ea fiind acordată executivului *a priori* și necondiționat de către acesta așa cum rezultă din textul O.U.G. nr. 1/1999 aprobată prin Legea nr. 453/2004 a Parlamentului României. Însă, indiferent dacă acordul legislativului îi este dat executivului ante sau post factum, întrebarea fundamentală adresată instanței americane este dacă aceste

⁵ La fel ca și *Korematsu* și acest caz a fost modificat în anii 80 în urma descoperii de dovezi contrare celor afirmate în timpul litigiului, de data aceasta prin procedura *coram nobis*, încă disponibilă la acel moment în câteva dintre statele americane.

două puteri pot, într-o acțiune conjunctă, să restrângă astfel drepturile și libertățile cetățenești în acord cu dispozițiile constituționale. Răspunsul instanței americane a fost că da. Judecătorii constituționali americani și-au întemeiat decizia pe prevederile art. I și II din Constituția americană arătând că atât președintele cât și legislativul au la dispoziție în timp de război/urgență o mare varietate de metode la care pot recurge pentru a contracara pericolul existent, mijloacele la care aceștia recurg nefiind revizibile de către instanțele de judecată, care „*nu pot revizui înțelepciunea acțiunilor acestora și nici nu pot să se substituie acestora. (...) acestea implică în mod necesar o anumită încălcare a libertății individuale, la fel ca și atunci când politica demarșează o zonă de incendiu sau când obliga cetățenii să rămână în case în timpul unui raid aerian. Niciuna dintre cele de mai sus nu pot constitui o încălcare a vreunui drept constituțional; ca și cele de mai sus, validitatea restricțiilor de circulație depinde de toate condițiile de la data emiterii acestora și care susțin impunerea lor*”.

Din perspectiva mea, cred că același trebuie să fie și răspunsul Curții Constituționale din țara noastră. Însă, în contradicție cu instanța americană, cred că modalitatea de realizare acestei atribuții de legiferare guvernamentală în situații excepționale precum starea de urgență trebuie să fie mereu verificabilă și censurabil de către celelalte două puteri în stat, în special de către judecătorii din instanțele naționale. Într-o opinie pe care o susțin s-a arătat că „*înstituirea acestor stări prin decret prezidențial, potrivit legii, presupune instituirea întregului regim juridic aplicabil, iar nu o simplă și formală declarare a existenței stării de urgență sau a stării de asediu prin decret prezidențial*”⁶. Rolul pur decorativ al președintelui în instituirea stării de urgență ar veni să șubrezească și mai mult măsurile ce trebuie luate într-o astfel de situație urgență prin raportare la obligația de celeritate pe care acesta o are în astfel de situații, eventuala lipsă de proporționalitate a măsurilor luate fiind cea care ar trebui supusă controlului judiciar.

De altfel, un rol pur formal în aceasta privință o are și legislativul, căci, conform art. 13 din O.U.G. nr. 1/1999 în situația în care Parlamentul nu încuviințează starea instituită, Președintele României revocă de îndată decretul, măsurile dispuse încetându-și aplicabilitatea. La art. 16 din același act normativ întâlnim și posibilitatea că legislativul să se impună și în privința scurtării perioadei de urgență declarată printr-un decret anterior către președintele țării.

În accepțiunea mea, decretul constituie *lege* în sensul prevăzut de Constituție, fără ca în identificarea elementelor ce îl definesc să ne limităm la denumirea formală de *lege*, căci, așa cum știm, tirania formelor este chiar mai periculoasă decât absența lor. Președintele țării, în activitatea sa de gestionare a crizei naționale nu poate avea atribuții pur decorative și nu poate emite o declarație-decret de

⁶ <https://www.juridice.ro/680432/care-este-natura-juridica-a-decretelor-presedintelui-romaniei-emise-pentru-instituirea-si-prelungirea-starii-de-urgenta.html>.

instituire a stării de urgență că apoi Parlamentul să procedeze la o și mai formală aprobare a acestuia, urmând ca toate celelalte decizii guvernamentale ce ar urma să organizeze activitățile de gestionare a crizei în perioada de urgență și care ar putea conduce la limitarea drepturilor și libertăților cetățenilor să fie luate exclusiv printr-o lege aprobată de Parlament în condițiile normale ale procesului legislativ cronofag reglementat în legislația națională, proces legislativ în mod evident incompatibil cu celeritatea cu care trebuie luate deciziile în timpul stării de urgență.

Revenind la speța americană, cu atât mai ciudată este soluția din *Hirabayashi v. United States* 320 U.S. 81 (1943) cu cât nevoia de control efectiv din partea puterii judecătorești este imperios necesară chiar și dacă ne uităm la principiul separării puterilor în stat, fundamentalul *checks and balances* american sau principiul de common law „*ubi jus, ibi remedium*” („când exista un drept, exista și un remediu”). Scrisorile federaliștilor americani Madison, Hamilton și Jay și mai mult decât atât, modul lor de a gândi bazele constituției americane conțin regula de aur a separării puterilor în stat și metoda acesteia –sistemul *checks and balances*: niciuna dintre cele trei puteri în stat nu are mai multe puteri decât cealaltă. Fiecare putere este ținută de un anume standard de comportament, fiecare dintre cele trei putând să le controleze pe celelalte. Cum spunea James Madison în faimoasa sa Scrisoare nr. 51 „*ambitiția trebuie făcută să contracareze ambiția*” (*Ambition must be made to counteract ambition*). Valabil și în privința sistemului constituțional românesc – puterea legislativă, executivă și judecătorească trebuie să poată să contribuie împreună la edictarea de legislație și trebuie să aibă la dispoziție pârgurile necesare pentru a se controla una pe cealaltă în scopul protejării drepturilor cetățenilor și a respectării prevederilor Constituției.

Așa cum arată în prezent cadrul legislativ, pare că ambiției puterii executive îi este neapărat necesară o ambiție mai puternică a celorlalte două, legislativă și judecătorească, însă nu printr-o lege în sensul obișnuit/literal al cuvântului, așa cum au înțeles cei care au citit textul art. 53 din Constituție, ci printr-o procedură legislativă expeditivă adaptată urgenței. În acest context, în materie de restricție a dreptului la liberă circulație, Curtea Supremă americană a mai hotărât, într-o perioadă contemporană cu speța deja discutată și dosarul *Korematsu v United States* 323 U.S. 214 (1944).

Ca localizare temporală, și această hotărâre a Curții Supreme de Justiție a venit în contextul celui de-al doilea război mondial, președintele Roosevelt semnând în data de 19.02.1942 Ordinul Executiv numărul 9066 prin care îl autoriza pe Secretarul de Război să dispună relocarea în masă a mai mult de 120.000 de cetățeni de etnie niponă aflați pe teritoriul SUA în tabere de detenție ce urmau a fi ocupate într-un interval de maxim 14 săptămâni de la emiterea ordinului. Taberele erau localizate în zone puțin prietenoase din punct de vedere geografic iar viața în interiorul acestora era caracterizată printr-o penurie a resurselor de tot felul. În

baza Ordinului numărul 9066 au fost emise acte normative secundare, printre care și Ordinul de excludere nr. 34. Fred Korematsu nu a respectat acest din urmă ordin și a fost arestat, fiind condamnat la 5 ani de închisoare cu suspendare și trimis către o tabără de detenție. În data de 18 decembrie 1944 instanța supremă a decis cu un vot de 6 la 3 că detenția a fost determinată de necesitatea militară generată de izbucnirea celui de-al doilea război mondial și nu a avut la bază discriminarea pe motive de rasă.

În 1983 cazul a fost redeschis pe baza a noi dovezi ce arătau că juriștii guvernamentali ce au formulat apărări în dosar au ascuns în mod deliberat informații ale agențiilor secrete americane care demonstau că americanii cu descendență japoneză, cum era și Fred Korematsu, nu reprezentau o amenințare pentru siguranța națională. Ce este definitiv în acest caz că și argument juridic se regăsește în opinia separată emisă în cauză de judecătorul Curții Supreme a SUA, Robert Jackson:

„Korematsu a fost născut pe teritoriul nostru, din părinți născuți în Japonia. Constituția îl consideră cetățean al SUA prin naștere și cetățean al Californiei prin reședință. Nu s-a prezentat nicio dovadă a lipsei de loialitate a acestuia față de țară. Korematsu a fost condamnat pentru o faptă ce în mod obișnuit nu este infracțiune. O faptă ce consta doar în a te afla în statul în care te-ai născut și în care ai trăit toată viața.(...) Dacă există vreo presupunere fundamentală care stă la baza sistemului nostru, este aceea că vinovăția este personală și nu ereditară. Chiar dacă toți antecesorii lui ar fi fost condamnați pentru trădare, Constituția interzice ca repercusiunile să fie suportate de acesta. Dar asistăm la încercarea de a transforma un act de altfel inocent într-o infracțiune doar pentru că prizonierul este fiul unor părinți pe care nu i-a ales și aparține unei rase la care nu poate renunța. Dacă Congresul ar edicta o astfel de lege în timp de pace, presupun că Curtea ar refuza să o pună în aplicare”.

În plus, același magistrat a arătat că drepturile civile protejate constituțional nu puteau fi încălcate tocmai de guvern chiar și în situația excepțională a stării de urgență, considerând că ordinul în speță nu era altceva decât o „legalizare a rasismului” care viola Clauza de Protecție Egala din cel de-al Paisprezecelea Amendament al Constituției Americane. Chiar dacă, peste ani, opinia judecătorului Jackson a fost confirmată de practica și de doctrina americană, ne interesează cum au justificat legalitatea unei asemenea măsuri judecătorești care au emis opinia majoritară, pentru că aceasta pare a fi tendința instanțelor de judecată în timp de urgență sau război – să sprijine necondiționat și fără prea multe analize politica guvernului, cu încălcarea drepturilor omului.

În principiu, instanța supremă a arătat în opinia majoritară că își menține linia de raționament din speța *Hirabayashi v. United States* 320 U.S. 81 (1943)⁷. Instanța

⁷ La fel ca și Korematsu și acest caz a fost modificat în anii 80 în urma descoperii de dovezi contrare celor afirmate în timpul litigiului, de data aceasta prin procedura *coram nobis*, încă disponibilă la acel moment în câteva dintre statele americane.

supremă americană a arătat că, chiar dacă impunerea unei veritabile deportări temporare în locuri anume stabilite impunea o mai mare restricție a drepturilor persoanelor decât limitarea părăsirii locuinței pentru o perioadă de timp, măsura a fost din nou considerată că fiind justificată în scopul prevenirii spionajului și sabotajului în zonele amenințate de atacurile japoneze. Observăm că măsura excluderii din zonele respective a fost luată de armata americană numai după ce a observat că cea anterioară, a restricționării circulației descendenților niponi a fost inefficientă. Și asta, doar pentru că, în scurtul timp ce îl aveau la dispoziție, autoritățile americane s-au aflat în imposibilitatea de a separa cetățenii cu descendență niponă loiali țării de cei neloiali, drept urmare, concentrarea acestora în tabere anume desemnate urmând să se aplice tuturor, fără excepție și fără alte cercetări prealabile. În principiu, opinia majoritară a instanței ne spune că armata „știe mai bine” în timp de război și nu e rolul instanțelor judecătorești să conteste acțiunile și actele militare ale reprezentanților acesteia, odată ce chiar Congresul american, cu girul dispozițiilor constituționale, le-a delegat în mod legal dreptul de a decide în astfel de materii.

Din perspectiva autohtonă actele secundare care pot face obiectul unei asemenea analize sunt ordonanțele militare. Acestea se emit în temeiul decretului de instituire a stării de urgență și a O.U.G. nr. 1/1999, iar scopul lor este acela de punere în aplicare a actului normativ și a măsurilor stabilite în decretul de instituire a stării de urgență. Denumirea „militare” din titlul acestor acte normative nu le face să devină neapărat acte cu caracter militar în sensul legislației specifice. În fond, ele sunt emise de către o singură persoană, în speță Ministrul Afacerilor Interne, în baza delegării ce i-a fost conferită de către președintele țării prin decretul de instituire a stării de urgență nr. 195/2020, ordonanța militară ca act administrativ nefiind definită nici jurisprudențial având în vedere că starea de urgență în România nu a mai fost instituită decât pentru o singură zi în perioada mineriadelor din anii '90.

Cât privește cenzurarea acestor acte pe calea instanței de judecată, dispozițiile normative ce constituie sediul materiei în această privință sunt conținute în textul legii nr. 554/2004 care definește la art. 2 lit. l) actul de comandament cu caracter militar ca fiind „actul administrativ referitor la problemele strict militare ale activității din cadrul forțelor armate, specifice organizării militare, care presupun dreptul comandanților de a da ordine subordonaților în aspecte privitoare la conducerea trupei, în timp de pace sau război ori, după caz, la îndeplinirea serviciului militar”. Art. 5 (1) lit. b) din același act conține regula conform căreia acestea nu pot fi atacate în contenciosul administrativ iar art. 5 (3) prevede în plus că acestea nu pot fi nici suspendate. Așadar, legea contenciosului administrativ, baza legală ce ar putea fi invocată pentru a ataca actul guvernului în timp de stare de urgență nu oferă, la prima vedere, vreun remediu pentru atacarea ordonanțelor militare. Cu

toate acestea, ordonanțele militare nu sunt nici definite în vreun act cu caracter normativ ca asimilate unui act de comandament cu caracter militar.

Legea pe care judecătorul trebuie să o aplice arată că actul de comandament presupune dreptul comandanților (ceea ce Ministrul de Interne nu este) de a da ordine subordonaților militari (deci nu civililor) în aspecte limitate clar la conducerea trupei (iar poporul român ca destinatar final al acestui act nu poate fi în niciun caz asimilat unei trupe de luptă) în timp de pace sau război (nu stare de urgență), ori după, caz la îndeplinirea serviciului militar. Dacă, din cele de mai sus judecătorul ajunge la concluzia că ordonanța militară nu este de fapt un act de comandament militar, înseamnă că nici regulile legate de lipsa controlului sau imposibilitatea suspendării acesteia nu îi sunt aplicabile. *Per a contrario*, aceste acte sunt supuse controlului instanței de judecată însă instanța nu poate dispune suspendarea acestora până la soluționarea acțiunii în anulare ce le privește. Este una dintre concesiile temporare pe care legiuitorul le face puterii executive într-o astfel de situație particulară.

Cât privește verificarea acestora din perspectiva obiectului unei excepții de neconstituționalitate, acest control nu cred că poate fi exercitat pentru că ordonanțele militare se apropie mai mult de natură juridică a ordinelor de ministru, acte ce nu sunt supuse verificării Curții Constituționale. În Decizia nr. 435/13.09.2005 publicată în M. Of. nr. 924/17.10.2005 legiuitorul negativ al tarii a statuat că *„excepția de neconstituționalitate nu vizează dispozițiile unei legi sau ale unei ordonanțe, ci se referă la acte normative ale ministrului sănătății și familiei(...)”. Această excepție este contrară prevederilor art. 146 lit. d) din Constituție precum și art. 29 (1) din Legea nr. 47/1992, iar potrivit alin. (6) al art. 29 din Legea nr. 47/1992, însăși instanța de judecată trebuia să respingă excepția, ca fiind inadmisibilă, printr-o încheiere motivată, fără a mai sesiza Curtea Constituțională”*.

În dosarul nr. 152/32/2020 soluționat la Curtea de Apel Bacău ce privea anularea dispozițiilor din una dintre ordonanțele militare emise în timpul stării de urgență referitoare la interzicerea participării la slujba de Paște soluția instanței de judecată a fost: *„Respinge că nefondată cererea având ca obiect anulare act administrativ”*. În lipsa motivării instanței de judecată singurele concluzii ce pot fi trase din modalitatea de formulare a minutei sunt că judecătorul cauzei a judecat dosarul pe fond, considerând că ordonanța militară este un act ce poate fi supus analizei instanței ordinare de contencios administrativ. Dacă în acest dosar magistratul a aplicat teoria descrisă mai sus – *„guvernul știe mai bine”* – a considerat măsurile de restricționare a accesului la biserică proporționale cu situația excepțională generată de pandemie sau avut alte considerente în vedere, rămâne să aflăm după ce hotărârea va fi făcută publică.

În alte spete precum cele ce au format obiectul dosarelor nr. 155/45/2020, 8143/3/2020 sau 1684/2/2020 calea procedurală urmată a fost greșit întrebuintată, ordonanța președințială neconstituind mijlocul adecvat de obținere a suspendării

actului administrativ. În dosarul nr. 1684/2/2020 pretenția supusă judecății a fost discriminarea pe criterii de vârstă raportat la cetățenii de peste 65 de ani care nu puteau ieși din case decât într-un anumit interval orar.

În linia soluției din dosarul nr. 152/32/2020 înregistrat la Curtea de Apel Bacău este și o mult mai veche hotărâre judecătorească americană, emisă aproape o sută de ani mai devreme de Korematsu. În timpul războiului civil intern dintre nord și sud determinat de abolirea sclaviei, curtea suprema a avut de analizat *Ex parte Milligan 71 U.S. 2 (1866)*⁸, unul din cazurile în care armata nu a părut să știe mai bine decât puterea judecătorească, aceasta din urmă desființând ca neconformă cu Constituția statului norma juridică ce permitea comisiilor militare să condamne persoanele în condițiile în care instanțele judecătorești ordinare erau încă funcționale. Nu cred că judecătorii americani au fost doar mai curajoși, chiar dacă afirmația judecătorului Davis „*Constituția Statelor Unite ale Americii reprezintă legea pentru conducători și oameni de rând atât în vreme de război cât și pe timp de pace și acoperă cu scutul său de protecție toate clasele de indivizi, în toate timpurile, sub toate circumstanțele*” a fost considerată la acea epoca ca fiind astfel.

Convingerea că în timp de război comandanții militari nu au dreptul de a aboli drepturile civile ale persoanelor, garanțiile constituționale operând în aceeași manieră și pe timp de pace și pe timp de război este însă una circumstanțiată și determinată *ratione temporis*; Milligan se judeca undeva la sfârșitul războiului civil și nu în mijlocul evenimentelor, așa cum se întâmpla în Korematsu. Un asemenea argument este detaliat chiar de Curtea Supremă în cuprinsul motivării în *Ex parte Milligan*, prin opoziție cu decizia sa anterioară, total contrară într-o situație similară, însă judecata în mijlocul războiului civil (*Vallandigham vs United States*): „*Atunci motivele de siguranță au fost amestecate cu exercițiul puterii; sentimentele și interesele care au prevalat sunt acum terminate. Acum, că siguranța publică este obținută, această întrebare, la fel ca și altele, poate fi discutată fără pasiune și fără amestecul altui element necesar în formarea raționamentului juridic*”.

Însă, explicația acestei decizii, în opoziție cu speța Korematsu poate sta și în argumente ce țin de nivelul conflictului (național vs internațional) sau al numărului victimelor/al prejudiciului produs, la fel cum poate depinde și de faptul că dl Milligan fusese condamnat la moarte prin spânzurare (sentință confirmată atunci de președintele Johnson) pe când Korematsu nu primise decât o condamnare cu suspendare. În plus, eliminarea totală a Habeas Corpus din Milligan, la bunul plac al președintelui țării, era considerată inadmisibilă de către judecători, chiar și în situația instituirii unei stări de urgență. De aceea, *Ex parte Milligan*, din perspectiva precedentului judiciar că izvor de drept în SUA, conduce și mai mult la concluzia că puterea delegată a executivului poate și trebuie să intre sub lupa autorității judecătorești, chiar și în astfel de situații de urgență.

⁸ <https://biotech.law.lsu.edu/cases/pp/Milligan.htm>.

Asistăm astfel în *Ex parte Milligan* la judecarea după modelul de interpretare constituțională „business as usual” model confirmat ulterior în 1935 și în *Schechter Poultry Corporation v United States 295 US at 528 (1935)* – model ce are la bază concepția că „condițiile extraordinare nu creează sau măresc puterea constituțională”. Acest model presupune că în starea de urgență nu se introduc puteri de urgență iar cadrul constituțional aplicabil înainte de existența acestei stări speciale este suficient și pentru soluționarea ei.

Doctrina Milligan, este și în prezent acerb criticată că fiind reflecția unei rigidități legale inexplicabile în timp de criză, Bruce Ackerman⁹ arătând, de exemplu, că: „*Dacă respectul pentru libertățile civile necesita paralizie guvernamentală, politicienii serioși nu vor ezita să sacrifice drepturile pe altarul războiului împotriva terorismului. Ei vor câștiga astfel aplauze populare (...)*”¹⁰.

„Îndrăzneală în cele bine chibzuite” cum spunea marele jurist și om de stat I. C. Brătianu este de observat și când analizăm dacă ordonanțele militare sunt supuse controlului judiciar și când analizăm dacă exista o delegare reală a atribuțiilor legislative în mâinile executivului. Și totul pentru că ambiția unora să poată ține în frâu ambiția altora, iar puterea să nu fie niciodată concentrată în mâinile unei singure ramuri sau, mai rău, în mâinile unui singur om.

De altfel, în materie de acte de urgență legate de aceeași pandemie de coronavirus, vecinii noștri cehi, prin vocea președintelui completului de judecată, judecătorul Štěpán Vyborný ce judecă la Instanța Municipală din Praga, au decis că toate actele emise de guvern în materie de urgență pe fondul pandemiei de Covid-19 sunt ilegale, arătând că „*Instanța trebuie să respingă practica ca doar un singur minister să dețină puterea în mâinile sale*”.

Pe fondul acestei situații excepționale, în context de pandemie, executivul românesc a mai luat și o alta măsură nemaivăzută până în prezent: a adoptat o ordonanță de urgență ce prevede posibilitatea amânării ratelor la creditele contractate de debitori până la sfârșitul anului, în speță O.U.G. nr. 37/2020. Este aceasta măsură justificată constituțional de deriva economică generată de stoparea economiei pentru cel puțin două luni de zile când o mare parte din angajații din mediul privat au trebuit să intre în șomaj tehnic și să rămână acasă în izolare? Deocamdată, textul ordonanței nu a fost atacat la Curtea Constituțională. Însă în cazul în care acest lucru se va întâmpla, jurisprudență americană ne oferă din nou un reper.

În cauza *Home Building & Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934)*, asistăm la prima speță în care Curtea Supremă a SUA a extins noțiunea de urgență

⁹ Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, Yale Law Journal, 2004, p. 1030.

¹⁰ Aceeași concepție a încălcării drepturilor omului în timp de stare de urgență și nu numai de guvernele contemporane care nici măcar nu se mai sfiesc să o ascundă sau să o camufleze în limbajul legilor profund discriminatorii o regăsim nuanțată și de Viktor Osiatynski în lucrarea sa *Human rights and their limits*, publicată în 2009 la Cambridge University Press.

la aspectele economice¹¹, arătând și de această dată că legislația națională contestată era constituțională, chiar dacă încălca Clauza Contractelor prevăzută în art. 1, secțiunea 10 a Constituției Americane. Scriind pentru opinia majoritară judecătorul Hughes a arătat că: *„în timp ce urgență nu creează putere, ea poate determina exercițiul puterii. Condițiile extraordinare nu creează sau măresc puterea constituțională”*.

Astfel, pe fondul mării recesiuni din anii '30 statul Minnesota a emis o lege prin care se suspendau drepturile creditorilor garantați împotriva debitorilor, aceștia din urmă putând să prelungească durata contractului de ipotecă dacă justificau lipsa veniturilor în fața unei instanțe judecătorești. Criticismul cu care a fost privită soluția din acest dosar în doctrina americană a fost justificat de frica unui eventual și intemperat intervenționism statal în relațiile contractuale private. Opinia majoritară a arătat că la momentul redactării Constituției americane, redactorii acesteia nu ar fi putut în niciun caz să imagineze toate posibilele probleme moderne, de aceea Constituția nu trebuie să fie privită într-un mod rigid¹². Acesta a fost motivul principal care a stat la baza acceptării încălcării clauzei de la art. 1 secțiunea 10 din Constituția americană. În plus, Curtea Supremă a considerat și că dispoziția analizată a trecut testul celor cinci factori relevanți: a existat o urgență veritabilă, legislația a fost edictată în scopul apărării publicului larg, remediul era construit pe un segment limitat al problemei, interesele creditorilor ipotecari nu erau prejudiciate serios și legislația era temporară.

În opinia lui O. Gross¹³ *„modelele de acomodare”¹⁴ sunt acele modele de regimuri constituționale de urgență. Ele sunt bazate pe premisa că normele constituționale și regulile juridice controlează răspunsul guvernamental în stare de urgență. Presupunerea fundamentală care definește aceste modele este ceea ce numim presupunerea de constituționalitate: oricum se răspunde provocărilor unei asemenea exigente, acestea sunt prezumate a face parte din normativul constituțional”*. Din perspectiva lui Gross, acest model de raționament al magistraților pe care îl întâlnim în Blaisdell se încadrează în modelul acomodării interpretative și face aplicarea comunei metode de analiză mai puțin riguroasă numită *balancing*, spre deosebire de *strict scrutiny* întrebuițat în *Korematsu*, metoda cu un înalt nivel de exigență utilizată când curtea are de-a face cu clasificările suspecte în special pe criterii de rasă.

¹¹ Pentru mai multe detalii despre starea de urgență: Dorsen, Rosenfeld, Sajo and Ber, *Comparative Constitutionalism*, West Publishing, 2004, p. 344.

¹² Pentru diferența în modul de interpretare a constituțiilor din perspectiva originaliștilor vs nonoriginaliști în SUA vezi și M. Rosenfeld, A. Sajo, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012.

¹³ O. Gross, *Law in times of crisis*, Cambridge University Press, p. 86.

¹⁴ Dintre care am amintit două: business as usual și cel al acomodării interpretativ.

Așadar, ceea ce am observat din jurisprudența enunțată mai sus este că, cel puțin din perspectiva americană, Curtea Supremă a SUA adoptă o atitudine de nonintervenție în privința actelor care se emit în interiorul stării de urgență de către instituțiile statului.

Frederick Schauer¹⁵ scrie și el că „deși deranjant, probabil că reacții similare cu aceea care a declanșat detenția japonezilor americani nu vor dispărea niciodată și, în vreme de război sau de isterie națională, instanțele judecătorești vor reacționa la fel cum au procedat în Korematsu. Simplul fapt că instanțele judecătorești vor ceda sub presiune nu echivalează totuși cu faptul că li se va spune că pot să cedeze sub presiune pentru că efectul unui asemenea mesaj s-ar putea să fie o creștere în privința cedării chiar și atunci când presiunea e mai mică”.

Evaluarea riscului în vreme de urgență e mai dificil de realizat căci tindem adesea să dăm crezare unor aspecte care nu sunt neapărat importante. De aceea, ceea ce trebuie evitat este că puterea excepțională pe care executivul o are în situații de urgență să nu se transforme într-una definitivă, căci puterea mărită, odată deținută, tinde să fie păstrată și după epuizarea situației ce a generat-o.

Concluzia ce rezulta spetele analizate mai sus este că în timp de urgență, instanțele fie aleg să nu se pronunțe pe fondul cauzei, arătând că nu stă în mâinile puterii judecătorești să decidă aspecte lăsate în sarcina exclusivă a executivului, decizia fiind percepută ca una de oportunitate și nu de legalitate, fie aleg să se pronunțe pe fond și să susțină punctul de vedere al executivului.

¹⁵ Frederick Schauer, *May Officials think religiously? In Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*, op. cit., p. 99.

ACCESUL LIBER LA JUSTIȚIE ÎN PROCESUL PENAL AL PĂRȚII RESPONSABILE CIVILMENTE

Dr. Mihaela Cătălina SCAFES (OPRAN)
Avocat, Baroul Dolj

Abstract

The Constitutional Court of Romania ruled that the provisions of art. 21 paragraph 1 of the Code of criminal procedure referred to art. 342 et seq. are unconstitutional, stating that the term provided by art. 21 paragraph 1 violates the right of free access to justice provided by art. 6 of the European Convention on Human Rights. In the given case, the legal person, as a civilly responsible party in a case before the Baia Mare First Court, considered that the term provided by art. 21 paragraph 1, which limits the procedural term until the civilly responsible party can be brought in the proceedings, by the interested party, at the latest to the beginning of the judicial inquiry, violates its right to make requests and raise exceptions regarding the legality of the evidence administration by the criminal investigation bodies in phase of the preliminary chamber procedure.

Keywords: *civilly responsible part, preliminary chamber procedure, free access to justice, criminal procedure.*

În ceea ce privește rolul statelor în garantarea dreptului de acces liber la justiție, Curtea de la Strasbourg lasă la simpla lor apreciere și posibilitatea de a limita acest drept, inclusiv prin stabilirea unor termene de declarare a căilor de atac, ca urmare a necesității de a asigura o bună administrare a justiției, dar cu respectarea proporționalității limitării impuse de cerințele legale de securitate, în scopul de a nu împiedica justițiabilii să se bazeze pe disponibilitatea exercitării unei căi de atac efective¹.

Asigurarea exercitării efective a dreptului de a se adresa instanțelor pentru protecția sau recunoașterea drepturilor individuale, este o componentă a principiului asigurării preemțiunii dreptului într-o societate democratică, prin crearea

¹ CEDO, Cauza Diaz Ochoa c. Spania, 423/03, 22 iunie 2006, disponibilă pe <http://hudoc.echr.coe.int/>.

auspiciilor unui proces echitabil². Un proces echitabil este o garanție importantă într-un stat democratic, pe care fiecare persoană trebuie să o aibă în cazul încălcării drepturilor sale, de către o altă persoană sau de către stat în sine, atât în ceea ce privește cauzele penale cât și cele civile.

Nu există nicio îndoială că statul trebuie să manifeste un interes permanent și să aloce resurse financiare și logistice, în scopul de a proteja dreptul de acces liber la justiție. O astfel de implicare din partea statului poate, printre altele, consta în: asigurarea faptului că nicio dispoziție de drept intern nu limitează posibilitatea de a prezenta o cerere în instanță pentru o anumită categorie de persoane în cazul în care cererea este susceptibilă de a fi promovat de toți indivizii; asigurarea că dreptul intern nu impune obligații administrative împovărătoare pentru partea care promovează cererea sau orice condiții legislative care să împiedice posibilitatea de a promova cereri la care este îndreptățit individul în raport de poziția sa procesuală.

Garanțiile accesului liber la justiție, astfel cum sunt recunoscute de către mecanismele internaționale de protecție, astfel cum sunt Convenția Europeană a Drepturilor Omului³ își găsesc aplicabilitate în principal în procedurile civile, datorită multitudinii de acțiuni ce pot fi exercitate în acest cadru și a regulilor care le guvernează.

Cu toate acestea, deoarece dreptul este recunoscut de Convenție în interiorul unui alt drept fundamental, respectiv dreptul la un proces echitabil, se impune o analiză a incidenței sale și în domeniul procedurii penale. Astfel, prezintă importanță modul în care acestea se poate manifesta față de părțile procesului penal și care ar fi particularitățile în raport cu cele regăsite în procesele civile.

Este evident că diferențele între procedurile civile și penale se vor reflecta și sub aspectul unor caracteristici proprii ale dreptului de acces liber la justiție în materie penală, în special având în vedere efectele acestuia, atât în cazul în care soluția definitivă a instanței va fi una de condamnare, dar și în ipoteza în care acuzațiile aduse de stat se dovedesc nefondate, odată ce simpla prezență, în calitate de inculpat, în procesul penal are potențialul de a crea un efect prejudiciabil, măcar moral, pentru respectiva persoană.

Accesul la justiție în materie penală, spre exemplu în cazul inculpatului, nu recunoaște aceeași accepțiune ca ideea comună a acestui concept. În concret, dreptul conține posibilitatea de a supune atenției unui judecător orice aspect cu privire la acuzația în materie penală⁴. Astfel, beneficiarul dreptului nu posedă un

² A se vedea Corneliu Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentarii pe articole*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 357.

³ Convenția Europeană a Drepturilor Omului recunoaște prin art. 6 dreptul fundamental la un proces echitabil.

⁴ Radu Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații. Vol. I*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 268.

drept de sesizare a instanței, ci pe cel de a realiza, după parcurgerea etapelor procesului, o finalitate a acuzațiilor sub aspect juridic în fața unei instanțe⁵.

Conținutul dreptului de acces la justiție al inculpatului presupune o garanție împotriva aplicării sancțiunilor cu caracter penal de către agenți ai puterii publice în lipsa controlului unui judecător⁶. Inculpatul are dreptul la analiza circumstanțelor cauzei sale de către un judecător care va putea pronunța astfel o hotărâre în cunoștință de cauză și dominată de obiectivitate. Astfel, s-a apreciat că „*este vorba nu atât de un drept de acces la un tribunal, cât despre dreptul unei persoane de supune unui judecător, în vederea adoptării unei decizii, orice acuzație ce ar fi adusă împotriva sa*”⁷. Rezultă deci că în materie penală, sub aspectul accesului liber la justiție, interesează posibilitatea persoanei acuzate de a-și face toate apărările pe care le apreciază necesară în cadrul unei proceduri judiciare legiferate în acest sens de stat, pentru ca hotărârea pronunțată de judecător să aibă în vedere și circumstanțele motivate ale acestuia. Înțelegem deci că accesul liber la justiție în materie penală presupune existența unor garanții acordate persoanei acuzate, că are posibilitatea de a-și face toate apărările necesare.

Doar că în procesul penal nu doar inculpatul suportă, în cazul constatării temeiniciei acuzațiilor, rigorile legii penale sub aspectul soluționării laturii penale, dar și a celei civile a procesului, odată ce, în cazul în care fost promovată o acțiune civilă în cadrul procesului penal, instanța este obligată să se pronunțe și asupra acțiunii civile⁸, regulă recunoscută în prezent de dispozițiile art. 25 și art. 397 C. pr. pen.

Acțiunea civilă în procesul penal urmărește recuperarea de către victima infracțiunii a pagubelor determinate de comiterea infracțiunii, respectiv „*tragerea la răspundere civilă delictuală a persoanelor responsabile potrivit legii civile pentru prejudiciul produs prin comiterea faptei care face obiectul acțiunii penale*”⁹. Curtea Europeană a Drepturilor omului a impus ideea conform căreia în cazul în care prejudiciul este născut din săvârșirea unei fapte pedepsită de legea penală, aceasta poate fi alăturată acțiunii penale, fiind important ca de la data când este posibilă constituirea de parte civilă și până la finalizarea procesului penal, latura civilă să fie strâns legată de derularea procedurii penale¹⁰. Astfel, se remarcă preocuparea legiuitorului, normală de altfel, de a asigura și repararea prejudiciului material și moral suferit de victima infracțiunii, în cadrul unei proceduri unice, în cursul procesului penal¹¹.

⁵ J. Velu, R. Ergec, *La Convention europeenne des droits de l'homme*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 468.

⁶ *Ibidem* 5.

⁷ Corneliu Bîrsan, *op. cit.*, p. 428.

⁸ Anastasiu Crișu, *Drept procesual penal*, ed. revizuită și actualizată conform Legii nr. 202/2010, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 523.

⁹ Art. 19 alin. (1) C. pr. pen.

¹⁰ CEDO, *Calvelli și Ciglio c. Italiei*, Hotărârea din 17 ianuarie 2002.

¹¹ Aceasta fiind regula, chiar dacă există și posibilitatea disjungerii acțiunii civile sau soluționarea acesteia este lăsată în sarcina instanței civile.

Sub aspectul reparării prejudiciului civil, art. 86 C. pr. pen. stabilește că partea responsabilă civilmente este acea persoană care, potrivit legii civile, are obligația legală sau convențională de a repara în întregime sau în parte, singură sau în solidar, prejudiciul cauzat prin infracțiune și care este chemată să răspundă în proces.

În formularea inițială a Codului de procedură penală¹² s-a stabilit că „*introducerea în procesul penal a părții responsabile civilmente poate avea loc, la cererea părții îndreptățite potrivit legii civile, în termenul prevăzut la art. 20 alin. (1)*”¹³, respectiv, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 20 alin. (1) C. pr. pen., **până la începerea cercetării judecătorești.**

Conform interpretării sistematice a dispozițiilor C. pr. pen., începerea cercetării judecătorești are loc atunci când este în stare de judecată¹⁴, respectiv după procedura de cameră preliminară și după citirea actului de sesizare. În aceste condiții, înseamnă că potrivit reglementării art. 21 alin. (1) C. pr. pen., partea responsabilă civilmente ar putea fi introdusă în procesul penal direct în faza de judecată în primă instanță, fără a putea propune probe și formula excepții sau apărări în faza de urmărire penală sau în procedura camerei preliminare.

Aceste prevederi legale au fost supuse controlului instanței de contencios constituțional, ca urmare a unei sesizări a Judecătoriei Baia Mare, ca urmare a unei excepții ridicată în fața acestei instanțe de persoana juridică – parte responsabilă civilmente, având în vedere că după finalizarea procedurii de cameră preliminară prin care s-a dispus trimiterea în judecată a inculpaților și înainte de primul termen de judecată, persoana vătămată a formulat, în temeiul art. 20 C. pr. pen., cerere de constituire de parte civilă – admisă de către instanța de judecată – solicitând introducerea în cauză, în temeiul art. 21 alin. (1) C. pr. pen., a respectivei societăți în calitate de parte responsabilă civilmente și tragerea la răspundere civilă a acesteia, precum și a inculpaților. Având în vedere că în cauza descrisă partea responsabilă civilmente a formulat cerere de redeschidere a procedurii în fața camerei preliminare, fiind respinsă ca inadmisibilă de instanță, aceasta a formulat excepția de neconstituționalitate descrisă anterior.

Asupra acestei sesizări, Curtea Constituțională a constatat că „*Nici procurorul și nici instanța nu pot limita disponibilitatea acțiunii civile, după cum niciunul dintre aceste organe judiciare nu se poate subroga în drepturile persoanei vătămate (...) formularea cererii de constituire ca parte civilă declanșează acțiunea civilă, în același timp luând naștere și contraacțiunea (de apărare) a celui sau celor împotriva cărora este îndreptată acțiunea civilă, subiect pasiv al acțiunii civile putând fi inculpatul sau partea responsabilă civilmente (...) prin introducerea sa în cauză sau datorită intervenției sale în proces, „persoana” responsabilă civilmente devine*

¹² Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală.

¹³ Art. 21 alin. (1) C. pr. pen.

¹⁴ Art. 376 alin. (1) C. pr. pen.

„parte” în acțiunea civilă din cadrul procesului penal și, în această calitate, dobândește, implicit, drepturile procesuale inerente contraacțiunii pe care o are inculpatul cu privire la acțiunea civilă din cadrul procesului penal, așadar ea poate invoca orice probe existente în dosarul cauzei penale sau poate propune administrarea de probe noi care ar demonstra că pretențiile părții civile sunt neîntemeiate. De altfel, Curtea observă că legiuitorul a reglementat, expres, faptul că partea responsabilă civilmente are, în ceea ce privește acțiunea civilă, toate drepturile pe care legea le prevede pentru inculpat [art. 21 alin. (4) C. pr. pen.]¹⁵.

În aceste condiții, Curtea Constituțională a admis excepția, declarând că prevederea art. 21 alin. (1) C. pr. pen este neconstituțională în ceea ce privește referirea la termenul prevăzut de art. 20 alin. (1), statuând că: „în condițiile în care constituirea ca parte civilă a persoanei vătămate se poate face în orice fază procesuală „până la începerea cercetării judecătorești” – introducerea în procesul penal a părții responsabile civilmente, ca și posibilitatea părții responsabile civilmente de a interveni în procesul penal, fiind corelate cu declarația de constituire de parte civilă în procesul penal – exercitarea efectivă de către partea responsabilă civilmente a drepturilor procesuale – recunoscute de lege și statuate în jurisprudența instanței de control constituțional – în faza camerei preliminare, așadar, liberul acces al acestei părți, depinde exclusiv de manifestarea de voință a persoanei vătămate. Or, Curtea constată că persoana vătămată, constituită ca parte civilă în procesul penal, are interese contrare părții responsabile civilmente, așa încât există posibilitatea ca aceasta să își exercite dreptul de a reclama reparații prin mijlocirea organelor judiciare în mod abuziv, cu scopul de a limita/exclude accesul părții responsabile civilmente în faza camerei preliminare care, astfel cum s-a arătat în precedent, are o importanță deosebită asupra fazelor de judecată ulterioare prin prisma obiectului ei (...)

În aceste condiții, Curtea constată că este necesar ca, prin normele procesual penale în materie, să se asigure dreptul părții responsabile civilmente de a formula cereri și excepții cu privire la legalitatea sesizării instanței, legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală, în procedura camerei preliminare, tocmai în vederea realizării unui echilibru între drepturi fundamentale relative aflate în concurs, și anume, dreptul de acces liber la justiție și dreptul la apărare ale persoanei vătămate ce se constituie parte civilă, pe de o parte, și dreptul de acces liber la justiție și dreptul la apărare ale părții responsabile civilmente, pe de altă parte”¹⁶.

Soluția Curții Constituționale este în acord cu dispozițiile art. 6 ale Convenției Europene a Drepturilor Omului, recunoscând astfel liberul acces la justiție al părții

¹⁵ CCR, Decizia nr. 257/2017 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 20 alin. (1) și art. 21 alin. (1) C. pr. pen., publicată în M. Of. nr. 472/22.06.2017, par. 17, 18 și 21.

¹⁶ *Ibidem* 16, par. 29 și 33.

responsabile civilmente în procesul penal ca fiind un drept fundamental care trebuie exercitat în toate fazele procesului penal sub forma prezentării apărărilor favorabile acestei părți.

Față de situația părții responsabile civilmente în procesul penal doctrina a stabilit că *„în soluționarea laturii civile, partea responsabilă civilmente are aceeași poziție ca și inculpatul, având aceleași posibilități procesuale în susținerea poziției sale (...) există o solidaritate procesuală între partea responsabilă civilmente și învinuit sau inculpat, probele administrate în soluționarea cauzei fiindu-le deopotrivă favorabile sau defavorabile, iar partea responsabilă civilmente poate demonstra că fapta săvârșită de învinuit sau inculpat nu poate atrage răspunderea sa civilă, deoarece nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege”*¹⁷.

Așadar, partea responsabilă civilmente va trebui să primească aceleași garanții procedurale ca și învinuitul sau inculpatul, astfel încât, sub aspectul liberului acces la justiție, să aibă posibilitatea de a se apăra eficient și de a supune atenției instanței toate solicitările acesteia în vederea formulării apărărilor specifice poziției sale procesuale.

Dincolo de argumentele deja expuse, trebuie avute în vedere și dispozițiile art. 21 alin. (1) din Constituția României care recunosc liberul acces la justiție al persoanelor în vedere apărării drepturilor, libertăților și intereselor sale legitime, iar condiționarea dreptului de a-și formula apărări în procesul penal al părții responsabile civilmente de introducerea acesteia în proces în termenul indicat lipsește de efectivitate dreptul la apărare al acesteia. Dreptul la apărare este de asemenea garantat de Constituție prin art. 24, făcându-se referire chiar la dreptul părții de a fi asistată de avocat „în tot cursul procesului”, precum și de art. 10 C. pr. pen. ca principiu al procedurilor penale și al procesului penal în ansamblul său, în concordanță cu prevederile constituționale ce consacră acest drept. În aceste condiții, posibilitatea, recunoscută de forma inițială a dispozițiilor art. 21 alin. (1) C. pr. pen., ca persoana vătămată care s-a constituit parte civilă să solicite introducerea părții responsabile civilmente într-un termen care poate fi și după închiderea procedurii de cameră preliminară, este de natură a aduce atingere dreptului fundamental la apărare al părții responsabile civilmente.

Având în vedere aceste motive nu există o justificare pentru care partea responsabilă civilmente să nu poată formula apărări și excepții în orice fază a procesului penal, atât timp cât se pune în discuție eventualitatea obligării inculpatului la acoperirea prejudiciului cauzat victimei infracțiunii, deoarece ține de esența dreptului la apărare al acesteia posibilitatea de a supune atenției judecătorului cauzei motivele proprii care să justifice respingerea pretențiilor față de aceasta.

În doctrină a fost exprimată și opinia contrară, conform căreia *„interpretarea considerentelor deciziei nr. 257/2017 a Curții Constituționale nu poate duce la*

¹⁷ Anastasiu Crișu, *op. cit.*, p. 121.

concluzia că partea responsabilă civilmente ar trebui să participe și în faza nepublică a cauzei penale, chiar dacă decizia duce la o extindere a drepturilor sale. A accepta aceasta, prin „decalarea” prezenței părții în dosar, uneori trecând chiar peste voința părții civile, ar însemna răsturnarea întregului sistem procesual penal, bazat pe caracterul disponibil al acțiunii private și transformarea acesteia într-o acțiune publică”¹⁸.

Nu putem însă împărtăși această opinie, având în vedere considerentele Deciziei nr. 257/2017, în care CCR face referire la hotărârile sale anterioare în care a fost tranșată poziția procesuală a părții responsabile civilmente din perspectiva drepturilor garantate acesteia în procesul penal. Astfel, conform Deciziei nr. 482 din 9 noiembrie 2004, pe care se întemeiază Decizia nr. 257/2017: „în cazul în care persoana vătămată formulează, în cadrul procesului penal, pretenții pentru repararea prejudiciului material suferit ca urmare a săvârșirii infracțiunii, aceasta cumulează două calități procesuale – calitatea de parte vătămată și calitatea de parte civilă. Aceste două părți ale procesului penal se află însă într-o situație identică, și anume în situația de persoană lezată în drepturile sale prin săvârșirea infracțiunii, ceea ce justifică existența «interesului legitim», la care se referă art. 21 din Constituție”¹⁹.

Cu această ocazie CCR, în analiza unor dispoziții din Codul de procedură penală anterior, a stabilit că partea responsabilă civilmente împreună cu inculpatul formează un grup procesual obligat la repararea prejudiciului cauzat prin infracțiune. În aceste condiții, atât partea civilă, cât și partea responsabilă civilmente se bucură de drepturile de a propune administrarea de probe de către organele judiciare, de a ridica excepții și de a pune concluzii, de a formula orice alte cereri ce țin de soluționarea laturii penale a cauzei și de a consulta dosarul, în condițiile legii. Așadar, odată ce partea responsabilă civilmente răspunde în aceleași condiții ca și inculpatul sub aspectul laturii civile, înseamnă că aceasta suportă în aceeași măsură riscul de a achita prejudiciul stabilit în sarcina inculpatului, astfel că nu se justifică stabilirea unui tratament inechitabil sub aspectul apărărilor care pot fi formulate în raport de momentul procesual în care fiecare pot fi parte.

Din această perspectivă o importanță deosebită o prezintă procedura de cameră preliminară și imposibilitatea părții responsabile civilmente de a formula apărări și excepții în cadrul acesteia în ipoteza în care, în aplicarea prevederilor inițiale ale art. 21 alin. (1) C. pr. pen. Procedura de cameră preliminară are ca și funcții, printre altele, verificarea legalității actului de sesizare a instanței, dar și a tuturor actelor de procedură efectuate în cursul fazei de urmărire penală, inclusiv a

¹⁸ Adrian Stan, Între disponibilitate și oficialitate. Momentul legalei introduceri în cauză a părții responsabile civilmente, în lumina Deciziei nr. 257/2017 a Curții Constituționale, disponibil la <https://revista.universuljuridic.ro/intre-disponibilitate-si-oficialitate-momentul-legalei-introduceri-cauza-partii-responsabile-civilmente-lumina-deciziei-nr-2572017-curtii-constitutive/>.

¹⁹ CCR, dec. nr. 482 din 9 noiembrie 2004, publicată în M. Of. nr. 1.200 din 15 decembrie 2004.

probelor administrate²⁰. Este astfel evident că partea responsabilă civilmente are interesul de a putea formula cereri și excepții în procedura de camera preliminară, pentru a-și putea exercita apărarea în mod eficient în cursul procesului penal, cu atât mai mult cu cât în cazul necontestării probelor administrate în cursul urmăririi penale, acestea devin câștigate cauzei și nu pot fi readministrate la cererea părților în cadrul fazei de judecată²¹.

Sub acest aspect, CCR, prin Decizia nr. 631 din 8 octombrie 2015 și Decizia nr. 641 din 11 noiembrie 2014, ambele amintite în considerentele Deciziei nr. 257/2017 a statuat deja în sensul că „restrângerea sferei titularilor contestației în camera preliminară doar la procuror și inculpat determină încălcarea dreptului de acces la justiție – consacrat de normele constituționale și convenționale precitate – al părții civile și părții responsabile civilmente, având în vedere faptul că rezultatul procedurii în camera preliminară referitor la stabilirea legalității administrării probelor și a efectuării actelor procesuale de către organele de urmărire penală are o influență directă asupra desfășurării judecății pe fond, putând să fie decisiv pentru stabilirea vinovăției/nevinovăției inculpatului. Curtea a reținut că partea civilă, precum și partea responsabilă civilmente trebuie să aibă posibilitatea, ca și inculpatul și procurorul, de a contesta cele statuate de către judecătorul de cameră preliminară prin încheierea pronunțată în condițiile art. 346 alin. (1) C. pr. pen. referitor la modul de soluționare a cererilor și excepțiilor, precum și împotriva soluțiilor de restituire a cauzei la parchet – în caz de constatare a unor neregularități ale actului de sesizare; excluderea totală a probelor administrate în cursul urmăririi penale; neremedierea, în termen, de către parchet a neregularităților actului de sesizare – ori cu privire la cazurile în care judecătorul a exclus una sau mai multe probe administrate sau a constatat nulitatea actelor de urmărire penală efectuate cu încălcarea legii, în condițiile în care probele excluse nu pot fi avute în vedere la judecata în fond a cauzei”²². Așadar, din perspectiva accesului liber la justiție în procesul penal, este important ca toate părțile să își poată exercita apărarea în mod cât mai eficient. Faza procesuală a camerei preliminare, care stabilește legalitatea actelor efectuate în cursul urmăririi penale, a probelor administrate și a actului de sesizare a instanței prezintă deci o deosebită importanță din perspectiva exercitării dreptului la apărare al părții responsabile civilmente care ulterior, sub imperiul reglementării inițiale a art. 21 alin. (1) C. pr. pen., nu ar mai avea posibilitatea realizării unei apărări eficiente, fiindu-i astfel negat dreptul fundamental la un proces echitabil.

În loc de concluzie, subliniem că până în prezent legiuitorul nu a adoptat o nouă reglementare a art. 21 alin. (1) C. pr. pen. În aceste condiții, conform art. 147

²⁰ Astfel cum reiese din dispozițiile art. 54 C. pr. pen.

²¹ Conform art. 374 alin. (7).

²² *Ibidem* 16, par. 26.

alin. (1) din Constituție, dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare, precum și cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituționale, își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Prevederile art. 21 alin. (1) referitoare la aplicabilitatea termenului prevăzut de art. 20 alin. (1) C. pr. pen. și-au încetat efectele juridice începând cu data de 6 august 2017²³. În acest context, efectul în practică al Deciziei nr. 257/2017 este cel opus dispozitivului acesteia și considerentelor avute în vedere, deoarece în lipsa oricărei modificări legislative, în prezent prevederile art. 21 alin. (1) nu mai prevăd nicio referire la un eventual termen în care ar trebui formulată cererea de introducere în cauză a părții responsabile civilmente, însemnând că există cazuri în care aceasta este formulată chiar ulterior începerii cercetării judecătorești, într-un moment procesual cu mult mai avansat decât cel avut în vedere în forma inițială a art. 21 alin. (1) C. pr. civ., astfel că dreptul la un proces echitabil al acesteia este cu atât mai mult afectat.

Acknowledgment: *„Această lucrare a fost finanțată din contractul POCU380/6/13/123990, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Capital Uman 2014-2020”.*

²³ În intervalul 22 iunie 2017 – 5 august 2017, sintagma „în termenul prevăzut la art. 20 alin. (1)” din cuprinsul art. 21 alin. (1) C. pr. pen. a fost suspendată de drept în temeiul art. 147 din Constituție.

MODALITĂȚILE DE EXERCITARE A SUPRAVEGHERII URMĂRIII PENALE

*Dr. Mari-Claudia IVAN**

*Consilier juridic – Instituția Prefectului,
Ministerul Afacerilor Interne*

*Prof. univ. dr. Gheorghe IVAN**

*Universitatea „Dunărea de Jos” din Galați,
Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice
Cercetător științific asociat – Institutul de Cercetări
Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române*

Abstract

As regards the „Methods of exercising supervision of criminal prosecution”, the new Criminal Procedure Code partially took over the provisions of the previous Criminal Procedure Code (since 1969).

The authors analyze the above mentioned institution, also presenting some personal opinions.

Keywords: *criminal investigation body, prosecutor, criminal investigation.*

Introducere

„Modalitățile de exercitare a supravegherii urmăririi penale” se regăsesc în art. 300 din noul Cod de procedură penală (în continuare C. pr. pen.)¹. Acest text legal

* E-mail: mariclaudia_i@yahoo.com.

* E-mail: ivan_gheorghe_p@yahoo.com.

¹ „Art. 300. Modalitățile de exercitare a supravegherii

(1) *Procurorul, în exercitarea atribuției de a conduce și supraveghea activitatea organelor de cercetare penală, veghează ca actele de urmărire penală să fie efectuate cu respectarea dispozițiilor legale.*

(2) *Organele de cercetare penală sunt obligate după sesizare să îl informeze pe procuror despre activitățile pe care le efectuează sau urmează să le efectueze.*

(3) *În exercitarea atribuției de a conduce activitatea de urmărire penală, procurorul ia măsurile necesare sau dă dispoziții organelor de cercetare penală care iau aceste măsuri. Procurorul poate să asiste la efectuarea oricărui act de cercetare penală sau să îl efectueze personal.*

are corespondent în art. 216 alin. (3) și art. 218 alin. (1) și (3) din Codul de procedură penală anterior (în continuare C. pr. pen. din 1969)², cu următoarele excepții:

A. Alineatul (2) al art. 300 C. pr. pen. nu are corespondent în reglementarea anterioară.

B. Alineatul (2) al art. 218 C. pr. pen. din 1969 nu a mai fost preluat de noua lege procesual penală, deși era necesară în continuare menținerea unei obligații din partea organului de cercetare penală de a-l informa de îndată pe procuror despre infracțiunile de care a luat cunoștință. Cum poate procurorul să-și îndeplinească atribuția de a veghea ca orice infracțiune să fie descoperită imediat după comiterea ei, și nu mai târziu? Este de menționat că inițial nu a existat un asemenea text în art. 218 C. pr. pen. din 1969, alin. (2) fiind introdus prin Legea nr. 45/1993³, pentru a obliga organele de poliție să înregistreze toate sesizările, mai ales cele din oficiu, și să le aducă imediat la cunoștința procurorului. Or, noul text este deficitar și dintr-un alt punct de vedere: nu prevede obligația organului de cercetare penală de a-l informa pe procuror despre activitățile pe care le efectuează sau urmează să le efectueze **de îndată**, și nu după sesizare, adică în orice moment până la finalizarea urmăririi penale sau după efectuarea unui mare număr de acte de urmărire penală.

Sugerăm legiuitorului să modifice textul alin. (2) al art. 300 C. pr. pen. în *felul* următor: „*Organele de cercetare penală sunt obligate să îl informeze de îndată pe*

(4) *În exercitarea atribuției de supraveghere a activității de urmărire penală, procurorul poate să ceară spre verificare orice dosar de la organul de cercetare penală, care este obligat să îl trimită de îndată, cu toate actele, materialele și datele privitoare la fapta care formează obiectul cercetării. Procurorul poate reține orice cauză în vederea efectuării urmăririi penale.*

² „Art. 216. Obiectul supravegherii

(1) *Procurorul, în exercitarea supravegherii respectării legii în activitatea de urmărire penală, veghează ca orice infracțiune să fie descoperită, orice infractor să fie tras la răspundere penală și ca nici o persoană să nu fie urmărită penal fără să existe indicii temeinice că a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală.*

(2) *De asemenea, procurorul veghează ca nici o persoană să nu fie reținută sau arestată, decât în cazurile și în condițiile prevăzute de lege.*

(3) *În exercitarea activității de supraveghere, procurorul ia măsurile necesare sau dă dispoziții organelor de cercetare penală ca să ia asemenea măsuri.*

(4) *Procurorul ia măsuri și dă dispoziții în scris și motivat.*

„Art. 218. Modalități de exercitare a supravegherii

(1) *Procurorul conduce și controlează activitatea de cercetare penală a poliției judiciare și a altor organe de cercetare speciale și supraveghează ca actele de urmărire penală să fie efectuate cu respectarea dispozițiilor legale.*

(2) *Organele de cercetare penală sunt obligate să încunoștințeze de îndată pe procuror despre infracțiunile de care au luat cunoștință.*

(3) *Procurorul poate să asiste la efectuarea oricărui act de cercetare penală sau să-l efectueze personal. Procurorul poate să ceară spre verificare orice dosar de la organul de cercetare penală, care este obligat să-l trimită, cu toate actele, materialele și datele privitoare la faptele care formează obiectul cercetării.*

³ Publicată în M. Of. nr. 147 din 1 iulie 1993.

procuror despre infracțiunile de care au luat cunoștință și despre activitățile efectuate, pe care le efectuează sau urmează să le efectueze”.

C. Noua lege procesual penală nu a mai preluat dispozițiile alin. (4) al art. 216 C. pr. pen. din 1969 referitoare la necesitatea ca luarea de măsuri și darea de dispoziții de către procuror să se facă în scris și motivat.

Este de menționat că atât noul Cod de procedură penală, cât și cel anterior fac distincție între „obiectul supravegherii urmăririi penale”⁴ și „Modalitățile de exercitare a supravegherii urmăririi penale”.

1. Atribuțiile procurorului în materie procesual penală. În faza de urmărire penală, procurorul exercită două atribuții principale: *atribuția de a conduce activitatea de urmărire penală și atribuția de a supraveghea activitatea de urmărire penală* efectuată de către organele de cercetare penală.

Prima atribuție are în vedere faptul că procurorul exercită supravegherea de pe poziția de *conducător* al urmăririi, cu *drept de intervenție și de decizie* asupra oricărui act de urmărire penală efectuat de către organele aflate sub supravegherea sa⁵.

Împrejurarea că procurorul conduce întreaga activitate de urmărire nu îngrădește *rolul activ al organului de cercetare penală*, care trebuie să manifeste inițiativă, îndeplinind toate activitățile considerate necesare, fără a aștepta dispozițiile procurorului pentru fiecare act în parte; din acest punct de vedere, organul de cercetare penală are o *relativă independență de acțiune*, fiind obligat a se conforma dispozițiilor numai când procurorul dă ordin într-un anumit sens⁶.

Organul de cercetare penală trebuie să aibă inițiativă chiar în legătură cu unele acte sau măsuri pe care le poate lua sau propune numai procurorul. Astfel, organul de cercetare poate face propuneri pentru administrarea unor mijloace de probă sau folosirea unor tehnici speciale de investigare, care pot fi autorizate ori dispuse, în faza de urmărire penală, numai de către procuror sau, după caz, de către judecătorul de drepturi și libertăți [art. 306 alin. (5) C. pr. pen.⁷], pentru punerea

⁴ A se vedea: M.-C. Ivan, *Obiectul supravegherii urmăririi penale*, în „Pro Lege” nr. 4/2018, p. 62-75 [disponibil și pe site-ul <http://revistaprolege.ro/obiectul-supravegherii-urmaririi-penale/> (accesat la 9 septembrie 2020)]; Gh. Ivan, M.-C. Ivan, *Drept procesual penal*, Ed. Fundației Universitare „Dunărea de Jos”, Galați, 2020, E-book, p. 199-200.

⁵ Gr. Theodoru, *Tratat de Drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 549.

⁶ N. Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, vol. II, Ed. Paideia, București, 1994, p. 31.

⁷ „Art. 306. *Obligațiile organelor de urmărire penală*

[...]”

(5) *Când organul de cercetare penală apreciază că este necesară administrarea unor mijloace de probă sau folosirea unor metode speciale de supraveghere, care pot fi autorizate ori dispuse, în faza de urmărire penală, numai de procuror sau, după caz, de judecătorul de drepturi și libertăți, formulează propuneri motivate, care trebuie să cuprindă datele și informațiile care sunt obligatorii în cadrul acelei proceduri. Referatul este trimis procurorului împreună cu dosarul cauzei.*

în mișcare a acțiunii penale [art. 286 alin. (4) și art. 309 din același cod⁸] etc. Cele două atribuții – *conducere și supraveghere* – sunt *permanente*, în sensul că se exercită din momentul sesizării organului de cercetare penală și până la soluționarea cauzei de către procuror. Conducerea și supravegherea se exercită, ca și urmărirea penală, *nepublic, necontradictoriu și în formă scrisă*⁹.

2. *Modalitățile de exercitare a atribuțiilor de conducere și supraveghere a activității organelor de cercetare penală.* Aceste modalități sunt multiple.

A. În primul rând, pentru asigurarea respectării principiului legalității procesului penal (art. 2 C. pr. pen.¹⁰), procurorul are îndatorirea să vegheze ca *actele de urmărire penală să fie efectuate cu respectarea dispozițiilor legale*. Dacă a constatat că *actele efectuate sau care se cer a fi efectuate sunt legale și temeinice*, procurorul care supraveghează cercetarea penală dă valabilitate acestor acte sau adoptă soluția care se impune în cauza respectivă. În ipoteza constatării valabilității actelor/ măsurilor/ propunerilor, procurorul dispune *autorizarea* prealabilă, acordă *încuviințarea* sau *confirmă* actul și/sau măsura luată, precum și *aprobă* propunerea formulată.

Autorizarea trebuie să fie dată întotdeauna înainte de efectuarea anumitor acte; astfel, utilizarea investigatorilor sub acoperire nu poate avea loc decât cu autorizarea prealabilă a procurorului (art. 148 din codul sus-menționat¹¹).

[...]

⁸ „Art. 286. Actele organelor de urmărire penală

[...]

(4) *Organele de cercetare penală dispun, prin ordonanță, asupra actelor și măsurilor procesuale și formulează propuneri prin referat. Dispozițiile alin. (2) se aplică în mod corespunzător.*

„Art. 309. Punerea în mișcare a acțiunii penale

(1) *Acțiunea penală se pune în mișcare de procuror, prin ordonanță, în cursul urmăririi penale, când acesta constată că există probe din care rezultă că o persoană a săvârșit o infracțiune și nu există vreunul dintre cazurile de împiedicare prevăzute la art. 16 alin. (1).*

(2) *Punerea în mișcare a acțiunii penale este comunicată inculpatului de către organul de urmărire penală care îl cheamă pentru a-l audia. Dispozițiile art. 108 se aplică în mod corespunzător, încheindu-se în acest sens un proces-verbal.*

(3) *La cerere, inculpatului i se eliberează o copie a ordonanței prin care a fost dispusă măsura.*

(4) *Atunci când consideră necesar, procurorul poate proceda personal la audierea inculpatului și la comunicarea prevăzute la alin. (2).*

(5) *Organul de urmărire penală continuă urmărirea și fără a-l audia pe inculpat atunci când acesta lipsește nejustificat, se sustrage sau este dispărut.*

⁹ Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 549.

¹⁰ „Art. 2. Legalitatea procesului penal

Procesul penal se desfășoară potrivit dispozițiilor prevăzute de lege.

¹¹ „Art. 148. Utilizarea investigatorilor sub acoperire sau cu identitate reală și a colaboratorilor

(1) *Autorizarea folosirii investigatorilor sub acoperire se poate dispune de procurorul care supraveghează sau efectuează urmărirea penală, pe o perioadă de maximum 60 de zile, dacă (s.n. – M-C. Ivan, Gh. Ivan):*

a) *există o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni contra*

securității naționale prevăzute de Codul penal și de alte legi speciale, precum și în cazul infracțiunilor de trafic de droguri, de efectuare de operațiuni ilegale cu precursori sau cu alte produse susceptibile de a avea efecte psihoactive, infracțiunilor privind nerespectarea regimului armelor, munițiilor, materialelor nucleare, al materiilor explozive și al precursorilor de explozivi restricționați, trafic și exploatarea persoanelor vulnerabile, acte de terorism sau asimilate acestora, de finanțare a terorismului, spălare a banilor, falsificare de monede, timbre sau de alte valori, falsificare de instrumente de plată electronică, în cazul infracțiunilor care se săvârșesc prin sisteme informatice sau mijloace de comunicare electronică, șantaj, lipsire de libertate în mod ilegal, evaziune fiscală, în cazul infracțiunilor de corupție, al infracțiunilor asimilate infracțiunilor de corupție, al infracțiunilor împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene ori în cazul altor infracțiuni pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 7 ani sau mai mare ori există o suspiciune rezonabilă că o persoană este implicată în activități infracționale ce au legătură cu infracțiunile enumerate mai sus;

b) măsura este necesară și proporțională cu restrângerea drepturilor și libertăților fundamentale, date fiind particularitățile cauzei, importanța informațiilor sau a probelor ce urmează a fi obținute ori gravitatea infracțiunii;

c) probele sau localizarea și identificarea făptuitorului, suspectului ori inculpatului nu ar putea fi obținute în alt mod sau obținerea lor ar presupune dificultăți deosebite ce ar prejudicia ancheta ori există un pericol pentru siguranța persoanelor sau a unor bunuri de valoare.

(2) Măsura se dispune de procuror, din oficiu sau la cererea organului de cercetare penală, prin ordonanță care trebuie să cuprindă, în afara mențiunilor prevăzute la art. 286 alin. (2):

a) indicarea activităților pe care investigatorul sub acoperire este autorizat să le desfășoare;

b) perioada pentru care s-a autorizat măsura;

c) identitatea atribuită investigatorului sub acoperire.

(3) În cazul în care procurorul apreciază că este necesar ca investigatorul sub acoperire să poată folosi dispozitive tehnice pentru a obține fotografii sau înregistrări audio și video, sesizează judecătorul de drepturi și libertăți în vederea emiterii mandatului de supraveghere tehnică. Dispozițiile art. 141 se aplică în mod corespunzător.

(4) Investigatorii sub acoperire sunt lucrători operativi din cadrul poliției judiciare. În cazul investigării infracțiunilor contra securității naționale și infracțiunilor de terorism pot fi folosiți ca investigatori sub acoperire și lucrători operativi din cadrul organelor de stat care desfășoară, potrivit legii, activități de informații în vederea asigurării securității naționale.

(5) Investigatorul sub acoperire culege date și informații în baza ordonanței emise potrivit alin. (1)-(3), pe care le pune, în totalitate, la dispoziția procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală, întocmind un proces-verbal.

(6) În cazul în care desfășurarea activității investigatorului impune participarea autorizată la anumite activități, procurorul procedează potrivit dispozițiilor art. 150.

(7) Organele judiciare pot folosi sau pune la dispoziția investigatorului sub acoperire orice înscrisuri ori obiecte necesare pentru desfășurarea activității autorizate. Activitatea persoanei care pune la dispoziție sau folosește înscrisurile ori obiectele nu constituie infracțiune.

(8) Investigatorii sub acoperire pot fi audiați ca martori în cadrul procesului penal în aceleași condiții ca și martorii amenințați.

(9) Durata măsurii poate fi prelungită pentru motive temeinic justificate, în cazul în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (1), fiecare prelungire neputând depăși 60 de zile. Durata totală a măsurii, în aceeași cauză și cu privire la aceeași persoană, nu poate depăși un an, cu excepția infracțiunilor contra vieții, securității naționale, infracțiunilor de trafic de droguri, nerespectarea regimului armelor, munițiilor, materialelor nucleare, al materiilor explozive și al precursorilor de explozivi restricționați, trafic și exploatarea persoanelor vulnerabile, acte de terorism

Autorizarea ulterioară efectuării actului nu poate da valabilitate acestuia¹².

Încuviințarea trebuie să fie prealabilă, dar atunci când există urgență, poate interveni și după efectuarea actului. *Încuviințarea* se referă la acte a căror efectuare este de atributul organului de cercetare, dar valabilitatea lor este subordonată aprobării procurorului¹³ [de exemplu, *încuviințarea* extinderii percheziției în locuințele învecinate – art. 158 alin. (3) teza a II-a C. pr. pen.¹⁴] sau judecătorului de drepturi și libertăți.

Confirmarea se dă de către procuror după efectuarea unui act de urmărire penală [de pildă, confirmarea continuării efectuării urmăririi penale – art. 305 alin. (3) teza a II-a din codul sus-indicat¹⁵]. Așadar, confirmarea reprezintă o ratificare a

sau asimilate acestora, de finanțare a terorismului, spălare a banilor, precum și infracțiunilor împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene.

(10) *În situații excepționale, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (1), iar folosirea investigatorului sub acoperire nu este suficientă pentru obținerea datelor sau informațiilor ori nu este posibilă, procurorul care supraveghează sau efectuează urmărirea penală poate autoriza folosirea unui colaborator, căruia îi poate fi atribuită o altă identitate decât cea reală. Dispozițiile alin. (2)-(3) și (5)-(9) se aplică în mod corespunzător.”*

¹² N. Volonciu, *op. cit.*, p. 30.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ „Art. 158. Procedura de emiteră a mandatului de percheziție domiciliară

(1) *Percheziția domiciliară poate fi dispusă în cursul urmăririi penale, la cererea procurorului, de judecătorul de drepturi și libertăți de la instanța căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță sau de la instanța corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripție se află sediul parchetului din care face parte procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală. În cursul judecății, percheziția se dispune, din oficiu sau la cererea procurorului, de către instanța investită cu judecarea cauzei.*

[...]

(3) *În cazul în care, în timpul efectuării percheziției, se constată că au fost transferate probe, date sau că persoanele căutate s-au ascuns în locuri învecinate, mandatul de percheziție este valabil, în condițiile legii, și pentru aceste locuri. Continuarea efectuării percheziției în această situație se încuviințează de către procuror (s.n. – M.-C. Ivan, Gh. Ivan).*

[...]

¹⁵ „Art. 305. Începerea urmăririi penale

(1) *Când actul de sesizare îndeplinește condițiile prevăzute de lege, organul de urmărire penală dispune începerea urmăririi penale cu privire la fapta săvârșită ori a cărei săvârșire se pregătește, chiar dacă autorul este indicat sau cunoscut.*

(2) *Începerea urmăririi penale și respectiv continuarea efectuării urmăririi penale se dispun prin ordonanță care cuprinde, după caz, mențiunile prevăzute la art. 286 alin. (2) lit. a)-c) și g).*

(3) *Atunci când există probe din care să rezulte bănuiala rezonabilă că o anumită persoană a săvârșit fapta pentru care s-a început urmărirea penală și nu există vreunul dintre cazurile prevăzute la art. 16 alin. (1), organul de urmărire penală dispune ca urmărirea penală să se efectueze în continuare față de aceasta, care dobândește calitatea de suspect. Măsura dispusă de organul de cercetare penală se supune, în termen de 3 zile, confirmării procurorului care supraveghează urmărirea penală, organul de cercetare penală fiind obligat să prezinte acestuia și dosarul cauzei (s.n. – M.-C. Ivan, Gh. Ivan).*

[...]

actului, fără aceasta actul neputând produce efecte juridice¹⁶. În cazul în care procurorul nu confirmă un act, el trebuie să-l infirme, arătând motivele care l-au determinat să ia această decizie.

Este de adăugat că uneori confirmarea unui act de urmărire penală (fie că aparține procurorului, fie organului de cercetare penală) trebuie să se facă de către judecătorul de drepturi și libertăți [de exemplu, confirmarea examinării fizice silite a unei persoane – art. 190 alin. (5) teza a III-a C. pr. pen.¹⁷].

Aprobarea. Așa cum am mai arătat, organul de cercetare penală poate face *propuneri* procurorului pentru a efectua actele sau a dispune măsurile procesuale care intră în competența sa exclusivă ori pentru a face, la rândul său, propuneri judecătorului competent să dispună luarea lor. Dacă procurorul este de acord, procedează conform legii; în caz contrar, el trebuie să *respingă* motivat propunerea formulată prin efectuarea unei mențiuni pe aceasta.

Infirmarea. În situația în care procurorul a constatat că un *act sau o măsură procesuală a organului de cercetare penală nu este dată cu respectarea dispozițiilor legale sau este neîntemeiată*, procedează potrivit art. 304 alin. (1) C. pr. pen.¹⁸

¹⁶ I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 63.

¹⁷ „Art. 190. Examinarea fizică

(1) *Examinarea fizică a unei persoane presupune examinarea externă și internă a corpului acesteia, precum și prelevarea de probe biologice. Organul de urmărire penală trebuie să solicite, în prealabil, consimțământul scris al persoanei care urmează a fi examinată. În cazul persoanelor lipsite de capacitate de exercițiu, consimțământul la examinarea fizică este solicitat reprezentantului legal, iar în cazul celor cu capacitate restrânsă de exercițiu, consimțământul scris al acestora trebuie exprimat în prezența ocrotitorilor legali.*

(2) *În lipsa consimțământului scris al persoanei care urmează a fi examinată, al reprezentantului legal ori a încuviințării din partea ocrotitorului legal, judecătorul de drepturi și libertăți dispune, prin încheiere, la cererea motivată a procurorului, examinarea fizică a persoanei, dacă această măsură este necesară pentru stabilirea unor fapte sau împrejurări care să asigure buna desfășurare a urmăririi penale ori pentru a se determina dacă o anumită urmă sau consecință a infracțiunii poate fi găsită pe corpul sau în interiorul corpului acesteia.*

[...]

(5) *În cazul în care persoana examinată nu își exprimă în scris consimțământul și există urgență, iar obținerea autorizării judecătorului în condițiile alin. (4) ar conduce la o întârziere substanțială a cercetărilor, la pierderea, alterarea sau distrugerea probelor, organul de urmărire penală poate dispune, prin ordonanță, efectuarea examinării fizice. Ordonanța organului de urmărire penală, precum și procesul-verbal în care sunt consemnate activitățile desfășurate cu ocazia examinării fizice sunt înaintate de îndată judecătorului de drepturi și libertăți. În cazul în care judecătorul constată că au fost respectate condițiile prevăzute la alin. (2), dispune, prin încheiere motivată, **validarea** examinării fizice efectuate de organele de urmărire penală. Încălcarea de către organele de urmărire penală a condițiilor prevăzute la alin. (2) atrage excluderea probelor obținute prin examinarea fizică (s.n. – M.-C. Ivan, Gh. Ivan).*

[...]

¹⁸ „Art. 304. Infirmarea actelor procesuale sau procedurale

(1) *Când procurorul constată că un act sau o măsură procesuală a organului de cercetare*

B. Pentru a-și putea îndeplini atribuțiile legale, noua lege procesual penală prevede *obligatia* organelor de cercetare penală ca *după sesizare să îl informeze pe procuror despre activitățile pe care le efectuează sau urmează să le efectueze*. Deși noua reglementare nu a mai preluat dispoziția din art. 218 alin. (2) C. pr. pen. din 1969, suntem de părere că mai întâi organul de cercetare penală trebuie să-l informeze pe procuror despre infracțiunile de care a luat cunoștință, după care îl va încunoștința despre activitățile efectuate sau pe care le efectuează ori urmează să le efectueze. Conducerea parchetului trebuie să înregistreze aceste comunicări și să le înmâneze procurorilor repartizați să-și exercite atribuțiile în cadrul compartimentului de supraveghere a cercetărilor, urmând ca aceștia să aprecieze dacă este cazul să intervină în activitatea de urmărire penală.

C. În exercitarea atribuției de a conduce activitatea de urmărire penală, *procurorul ia măsurile necesare sau dă la timp dispoziții organelor de cercetare penală să ia măsurile necesare pentru buna desfășurare a urmăririi penale [de exemplu, efectuarea percheziției domiciliare – art. 159 alin. (2) C. pr. pen.¹⁹]*.

Procurorul poate lua/da măsuri/dispoziții atât în scris, cât și verbal. De altfel, noua lege procesual penală nu a mai preluat dispozițiile alin. (4) al art. 216 C. pr. pen. din 1969, având în vedere că în practică procurorii dau dispoziții și verbal în anumite situații operative (de exemplu, organizarea unei acțiuni de prindere în flagrant și împărțirea sarcinilor membrilor echipei operative, procurorul participând și conducând întreaga operațiune)²⁰.

D. Tot relativ la atribuția de a conduce activitatea de urmărire penală,

penală nu este dată cu respectarea dispozițiilor legale sau este neîntemeiată, o infirmă motivat, din oficiu sau la plângerea persoanei interesate (s.n. – M-C. Ivan, Gh. Ivan).

[...]

¹⁹ Art. 159. Efectuarea percheziției domiciliare

[...]

(2) Percheziția se efectuează de procuror sau de **organul de cercetare penală**, însoțit, după caz, de lucrători operativi (s.n. – M-C. Ivan, Gh. Ivan).

[...]

²⁰ În doctrină s-a exprimat opinia că luarea de măsuri sau darea de dispoziții de către procuror trebuie să se facă în scris și motivat, ceea ce este de natură să evite măsuri greșite, să asigure o aducere la îndeplinire în cât mai bune condiții a măsurilor și să servească la verificarea conformității măsurilor efectuate de către organele de cercetare cu dispozițiile date de către procuror [V. Dongoroz, *Supravegherea exercitată de procuror în activitatea de urmărire penală (Urmărirea penală)*, în *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea specială*, de V. Dongoroz (coordonator) ș.a., vol. VI, ed. a II-a, Ed. Academiei Române și Ed. All Beck, București, 2003, p. 34]. Totuși, nu trebuie să uităm că răspunderea pentru efectuarea urmăririi penale și adoptarea soluției într-un dosar penal aparțin procurorului căruia i s-a repartizat dosarul, iar dacă a dat dispoziții greșite sau nu a luat măsurile necesare pentru buna desfășurare a urmăririi penale, atunci soluția sa va fi infirmată de către procurorul ierarhic superior sau instanța de judecată va dispune achitarea inculpatului; aceste situații sunt imputabile procurorului, căruia i se va acorda un calificativ pe măsură la evaluarea activității sale.

procurorul poate să asiste la efectuarea oricărui act de cercetare penală sau să îl efectueze personal. Acest aspect are în vedere atât un act de urmărire penală, cât și mai multe, fără a se susține în această din urmă situație că urmărirea a fost efectuată exclusiv de către procuror.

Reglementarea analizată de noi promovează rolul de *conducător activ al procurorului* asupra urmăririi penale. S-ar putea ca anumite acte să prezinte o importanță deosebită pentru mersul cercetărilor sau o dificultate sporită, caz în care, pentru reușita acestora (prinderea unor suspecți având asupra lor droguri, cercetarea la fața locului²¹, audierea unor persoane potrivit unor reguli tactice adecvate obținerii unor declarații sincere și complete etc.) sau pentru respectarea legii, este necesar ca procurorul să se implice, asistând organul de cercetare la efectuarea lor sau efectuându-le personal ori împreună cu organul de cercetare penală. În toate situațiile, procurorul este conducătorul echipei de cercetare și dă, dacă este cazul, îndrumări sau dispoziții organului de cercetare penală, iar acesta trebuie să se conformeze²².

E. În exercitarea atribuției de supraveghere a activității de urmărire penală, procurorul poate să ceară spre verificare orice dosar de la organul de cercetare penală, care este obligat să îl trimită de îndată, cu toate actele, materialele și datele privitoare la fapta care formează obiectul cercetării. Față de reglementarea anterioară [art. 218 alin. (3) C. pr. pen. din 1969], noua lege procesual penală a introdus un termen în interiorul căruia organul de cercetare penală trebuie să-și îndeplinească obligația de a trimite dosarele de cercetare penală: *de îndată*.

Verificarea dosarelor penale se efectuează în tot cursul urmăririi penale, iar la terminarea ei, în mod obligatoriu (art. 322 și art. 327 C. pr. pen.²³). Pentru a-și

²¹ Prezența procurorului la o cercetare la fața locului creează reale posibilități, de pildă, pentru clarificarea corectă a împrejurărilor negative de la locul faptei.

²² În același sens: A. Șt. Tulbure, *Supravegherea exercitată de procuror în activitatea de urmărire penală*, în Revista de drept penal nr. 3/1999, p. 45; Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 551.

²³ „Art. 322. Verificarea lucrărilor urmăririi penale

(1) În termen de cel mult 15 zile de la primirea dosarului trimis de organul de cercetare penală potrivit art. 320 și art. 321 alin. (1), procurorul procedează la verificarea lucrărilor urmăririi penale și se pronunță asupra acestora.

(2) Rezolvarea cauzelor în care sunt arestați se face de urgență și cu precădere”.

„Art. 327. Rezolvarea cauzelor

Atunci când constată că au fost respectate dispozițiile legale care garantează aflarea adevărului, că urmărirea penală este completă și există probele necesare și legal administrate, procurorul:

a) emite rechizitoriul prin care dispune trimiterea în judecată, dacă din materialul de urmărire penală rezultă că fapta există, că a fost săvârșită de inculpat și că acesta răspunde penal;

b) emite ordonanță prin care clasează sau renunță la urmărire, potrivit dispozițiilor legale”.

A se vedea, pe larg, M.-C. Ivan, *Rezolvarea cauzelor penale*, în Pro Lege nr. 1/2019, p. 30-49 [disponibil și pe site-ul <http://revistaprolege.ro/revista-pro-lege-nr-1-2019/> (accesat la 9 septembrie 2020)].

îndeplini această atribuție, în faza de urmărire penală, procurorul poate alege unul dintre următoarele procedee:

- poate cere organului de cercetare penală să-i trimită un dosar penal la sediul parchetului; acesta este obligat să îl trimită de îndată, cu toate actele, materialele și datele privitoare la fapta care formează obiectul cercetării, inclusiv informațiile deținute cu privire la acea cauză;
- se poate deplasa la sediul organului de cercetare penală, ocazie cu care verifică toate dosarele aflate în curs de cercetare sau numai o parte dintre ele;
- verifică actele de cercetare cu ocazia solicitării de către organul de cercetare penală a unei autorizații prealabile, a unei încuviințări sau confirmări, precum și în cazul formulării unei propuneri prin referat (de exemplu, propunerea de punere în mișcare a acțiunii penale)²⁴.

F. Tot în exercitarea atribuției de supraveghere a activității de urmărire penală, *procurorul poate reține orice cauză în vederea efectuării urmăririi penale*. Această reglementare nu exista în legea procesual penală anterioară. Oricum, în practică, în virtutea dreptului de a conduce, precum și a faptului că procurorul răspunde de soluția pe care o adoptă, acesta putea prelua de la organul de cercetare penală orice cauză în vederea efectuării urmăririi penale. Procurorul continuă cercetările, validând astfel actele efectuate de către organele de cercetare penală până în momentul preluării ori le poate infirma, procedând la refacerea lor²⁵.

Concluzii

Noua reglementare (art. 300 C. pr. pen.) a preluat, în parte, dispozițiile celei anterioare [art. 216 alin. (3) și art. 218 alin. (1) și (3) C. pr. pen. din 1969].

În esență, în exercitarea atribuțiilor de conducere și supraveghere a urmăririi penale, procurorul veghează ca aceasta să fie efectuată cu respectarea dispozițiilor legale.

²⁴ În același sens, Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 551.

²⁵ În doctrină s-a subliniat că dacă nulitatea a fost constatată de către procuror în cadrul activității sale de supraveghere, acesta va putea să refacă actul sau chiar să dea dispoziții în acest sens organului de cercetare penală [N. Iliescu, *Nulitățile (Acte procesuale și procedurale comune)*, în „Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea specială”, de V. Dongoroz (coord.) ș.a., vol. V, ed. a II-a, Ed. Academiei Române și Ed. All Beck, București, 2003, p. 410-411].

DREPTURILE VICTIMELOR INFRACTIUNILOR DIN PERSPECTIVA REALIZĂRII EXPERTIZELOR JUDICIARE ÎN MATERIE PENALĂ

*Dr. Delia MAGHERESCU**
Avocat, Baroul Gorj

Abstract

The crime victims require a particular attention during the criminal proceedings due to their special status and the danger of their revictimization. The Code of criminal procedure into force states a new criminal procedural position for the crime victims, featured by legal means regarding the activity of judicial examination, both in the investigation and judgment phases of criminal proceeding. In the current paper, I would like to present issues of the criminal procedural means, which define the legal framework of the crimes victims' rights. In this context, the paper aims at analyzing and thoroughgoing study of specific elements in the matter of solving criminal cases by means of exercising judicial examinations, under the main scope to assure the crime victims' rights during the criminal proceedings. The paper highlights the current situation, controversial aspects in the matter, as well as difficulties the judicial system is featured with.

Keywords: *victims' rights; judicial examination; forensic examination; penal procedure*

Introducere

Codul de procedură penală, adoptat prin Legea nr. 135/2010¹, a creat premisa garantării unei reglementări mai eficiente și mai rezonabile în materie penală, bazate pe principiul *procesului echitabil*. Noua configurație a procedurilor judiciare, având la bază deopotrivă principiile tradiționale alături de cele moderne, europene, a fost posibilă și susținută de statutul țării noastre de stat membru, statut creat prin aderarea la Uniunea Europeană la data de 1 ianuarie 2007.

* delia_magherescu@yahoo.com

¹ Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010, în vigoare de la 1 februarie 2014.

În această conjunctură politico-juridică, dacă este să punem în balanță aspectul legat de rolul țării noastre în noua arhitectură juridică europeană, atunci putem afirma că una dintre condițiile de a accede la construcția europeană a fost aceea a armonizării legislației interne la acquis-ul european, cerință la care țara noastră s-a angajat încă de la momentul semnării tratatului de asociere².

Dintre toate domeniile de interes, o atenție deosebit de importantă a fost acordată domeniului *Justiției penale*, care s-a confruntat, cel puțin până în anul 2007, cu probleme majore referitoare la impunerea unui cadru legal, bazat pe standarde de prevenire și combatere a fenomenelor infracționale. Din această categorie a făcut parte și lipsa instrumentelor naționale, care să permită accelerarea luptei împotriva infracțiunilor grave, inclusiv a celor de criminalitate organizată transfrontalieră, terorism, precum și a infracțiunilor săvârșite cu violență, adesea asociate cu consumul de alcool și droguri³. Din acest considerent, armonizarea legislației interne la cea comunitară a constituit o prioritate pentru autoritățile române.

Același trend l-a urmat și situația drepturilor victimelor infracțiunilor, care, la momentul anilor '90, era una deficitară, înțelegând prin această remarcă o legislație precară, neconformă cu dispozițiile europene și cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului⁴, aspect ce s-a constatat din condamnările pronunțate de către instanța de la Strasbourg împotriva României, ca urmare a încălcării unor dispoziții în această materie⁵.

Astfel, s-a intensificat tot mai mult efortul autorităților legislative române de îmbunătățire a cadrului legal în materie penală, în special în ceea ce privește respectarea drepturilor victimelor infracțiunilor în cursul procedurilor penale. Vizavi de cerințele europene, România s-a conformat și, în consecință, a consolidat cadrul juridic atât referitor la drepturile victimelor infracțiunilor de drept comun, cât și ale victimelor infracțiunilor grave, precum cele de trafic de persoane⁶, de

² Tratatul de asociere a României la Uniunea Europeană a fost semnat în anul 1993, iar la data de 25 aprilie 2005 a fost semnat Tratatul de aderare la Uniunea Europeană, la Luxemburg, ratificat prin Legea nr. 157/2005, publicată în M. Of. nr. 465 din 1 iunie 2005.

³ A se vedea S.A. Batchelor, S. Armstrong, D. MacLellan, *Taking stock of violence in Scotland*, SCCJR, nr. 3/2019, p. 25-27; A.J.M. Forsyth, J.C. Lennox, *Gender differences in the choreography of alcohol-related violence: an observational study of aggression within licenced premises*, Journal of Substance Use, nr. 15(2)/2010, p. 75-88.

⁴ România a aderat la Consiliul Europei la data de 7 octombrie 1993 și a ratificat Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale prin Legea nr. 30 din 18 mai 1994 privind ratificarea Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a Protocoalelor adiționale, publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994.

⁵ A se vedea cauza Ionescu c. României, Hotărârea din 10 februarie 2006; cauza Anghelcscu c. României, Hotărârea din 9 aprilie 2002; cauza Tudorache c. României, Hotărârea din 29 septembrie 2005, accesibile online la adresa: <https://jurisprudentacedo.com/dreptul-la-un-proces-echitabil.html>.

⁶ A se vedea activitatea coordonatorului Uniunii Europene pentru combaterea traficului de persoane, în conformitate cu prevederile art. 20 al Directivei UE privind combaterea traficului de

criminalitate organizată, în general, de terorism, ori a celor săvârșite cu violență. Din acest punct de vedere, adoptarea Legii nr. 211/2004 referitoare la unele măsuri de asigurare a protecției victimelor împotriva infracțiunilor⁷ a constituit un *momentum* pentru noua configurație judiciară în cursul procedurilor penale.

În aceeași direcție s-au orientat autoritățile române în ceea ce privește strategia națională de implementare, în sistemul judiciar, a unor astfel de prevederi legislative. Această acțiune a creat premisa promovării unui nou program național, care să fie în concordanță cu reglementările interne și europene în materie penală. În acest context, s-au declanșat premisele inițierii unui studiu, care să analizeze realizările înregistrate în acest domeniu până în prezent și provocările perioadei imediat următoare.

Desigur, că vizavi de aceste obiective, se are în vedere îmbunătățirea cadrului legal și a programelor existente la momentul actual, în așa fel încât pârgghiile legale de utilizare a expertizelor judiciare să fie în beneficiul tuturor părților din procesul penal⁸, dar în special al victimelor infracțiunilor, care, de cele mai multe ori, se confruntă cu o dublă victimizare⁹ sau chiar cu multiple victimizări, așa cum doctrina a evidențiat¹⁰.

Studiul doctrinal, efectuat asupra temei referitoare la drepturile victimelor infracțiunilor în cursul procedurii de realizare a expertizelor judiciare, se bazează pe aprofundarea elementelor de natură să evidențieze care sunt pârgghiile pe care această categorie de persoane le au la îndemână în cadrul procesului penal. Se consideră astfel, deoarece, printr-o abordare atât calitativă, cât și cantitativă a acestor elemente, ce se vor evidenția în plan judiciar, se va permite trasarea unor concluzii, care să conducă spre modalitățile juridice prin care victimele infracțiunilor să-și valorifice drepturile lor în cursul procedurilor penale.

Studiul se focalizează asupra găsirii unor soluții, care să vină în sprijinul autorităților legislative în vederea îmbunătățirii cadrului legal, a celor judiciare, care au menirea de a veghea la respectarea normelor juridice, atât interne, cât și europene, precum și de realizare a unei practici judiciare unitare în cauzele penale, și, nu în

persoane și accesul victimelor acestor categorii de infracțiuni la drepturile lor și la realizarea acestor drepturi, precum și referitor la Comunicarea din anul 2017, denumită „*Raport privind măsurile întreprinse pentru a da curs strategiei UE în vederea eradicării traficului de persoane și identificarea unor măsuri concrete*”.

⁷ Legea nr. 211/2004 privind unele măsuri de asigurare a protecției victimelor infracțiunilor, adoptată la data de 27 mai 2004, publicată în M. Of. nr. 505 din 4 iunie 2004.

⁸ A se vedea S. Alămoreanu, A. Lazăr, A. Frățilă, *Despre criteriile de validitate ale expertizelor criminalistice*, în vol. Criminalitatea și Mediul, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 143-147.

⁹ A se vedea S. McVie, P. Norris, R. Pillinger, *Is poverty reflected in changing patterns of victimisation in Scotland?*, Scottish Justice Matters, nr. 3(3)/2015, p. 6-7.

¹⁰ A se vedea Stefano Scarcella, *Victimization as a social construction*, în A.M. Giannini, C. Rossi (Eds.) *Victims' Care: A Handbook*, Roma, 2009, p. 54.

ultimul rând, a celor administrative, cu atribuții în dezvoltarea programelor și mecanismelor de sprijinire a victimelor infracțiunilor în afara cadrului judiciar.

În acest sens, a fost avut în vedere cadrul legal în materie de realizare a expertizelor judiciare și de respectare a drepturilor victimelor infracțiunilor. De asemenea, a fost analizată jurisprudența în materie penală, prin prisma hotărârilor judecătorești pronunțate în acele cauze penale în care s-a dispus efectuarea de expertize judiciare, precum și a modului în care sunt asigurate drepturile procesuale ale victimelor prin instrumentele de drept procesual penal, în general.

Nu în ultimul rând, au fost analizate actele normative elaborate de instituțiile Uniunii Europene referitoare la măsurile și programele de luptă împotriva criminalității, cu respectarea drepturilor victimelor infracțiunilor în cursul proceselor penale¹¹.

1. Drepturile victimelor infracțiunilor la realizarea expertizelor judiciare

Ideea de bază, pe care se fundamentează prezentul demers doctrinal, are drept scop principal pronunțarea, de către instanțele de judecată în materie penală, a unor hotărâri judecătorești legale și temeinice, în conformitate cu tratatele și celelalte acte normative europene, la a căror respectare țara noastră s-a angajat. Astfel de cauze vizează și procedura dispunerii expertizelor judiciare în materie penală.

În egală măsură, caracteristica principală a expertizelor judiciare în cauzele penale trebuie înțeleasă din punctul de vedere al deosebirilor esențiale care se regăsesc la nivelul diferitelor tipologii infracționale. Astfel, este evident că, în acest context, în cazul infracțiunilor de drept comun, care implică un grad scăzut de pericol social, situația judiciară a victimelor infracțiunilor diferă foarte mult de cauzele complexe, de criminalitate organizată¹², spre exemplu, acestea necesitând pentru investigare unele tehnici speciale¹³. Se apreciază astfel, deoarece, în ceea ce privește această din urmă categorie, complexitatea cauzelor impune o examinare judiciară pe măsura modului de operare infracțional și a urmărilor deosebit de grave, pe care aceste categorii de infracțiuni le produc¹⁴.

¹¹ A se vedea D. Magherescu, *The victims' rights on the forensic examination during the penal procedure in Romania*, în vol. Constitutional, Statutory and Criminological Attributes for Crime Victims, Bratislava, 2018, p. 137, accesibilă online la adresa: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/bpf_2018_new/Zbornik_BPF2018_sekcia_1.pdf; Concluziile Consiliului privind drepturile victimelor, nr. C 422/05/2019, publicate în J. Of. al Uniunii Europene, nr. C 422/5 din 16.12.2019.

¹² A se vedea R. McLean, J. Densley, R. Deuchar, *Situating gangs within Scotland's illegal drug market(s)*, Trends in Organized Crime nr. 21(2)/(2017), p. 147-171.

¹³ A se vedea M. Udriou, R. Slăvoiu, O. Predescu, *Tehnici speciale de investigare în justiția penală*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 3-35.

¹⁴ A se vedea U. Gatti, *The contribution of criminology to the study of victims*, în A. M. Giannini, C. Rossi (Eds.) *Victims' Care: A Handbook*, Roma, 2009, p. 35-49.

Aceeași situație se întâlnește și în cazul infracțiunilor digitale, săvârșite în mediul online, astfel că, pentru soluționarea acestora, organele judiciare trebuie să acționeze prin tehnici și instrumente procedurale, reglementate de Codul de procedură penală pentru aceste categorii de infracțiuni. Investigarea infracțiunilor săvârșite în spațiul digital este dublată de nevoia de respectare a drepturilor fundamentale ale victimelor infracțiunilor, în așa fel încât să se evite revictimizarea acestora¹⁵.

Având în vedere toate aceste aspecte, trebuie subliniat faptul că problematica referitoare la expertizele judiciare dispuse în materie penală este una de interes, care necesită atenția organelor judiciare și, în egală măsură, pe cea a victimelor infracțiunilor¹⁶ și, nu în ultimul rând, a apărătorilor acestora, care, în demersurile judiciare pe care le întreprind, vor căuta cele mai bune soluții legale în vederea realizării drepturilor persoanelor, ale căror interese procesuale le apără.

*

Rolul și poziția procesuală a victimelor infracțiunilor în cursul procedurilor penale a preocupat doctrina¹⁷ și, din acest considerent, abordarea prezentei teme este oportună din punctul de vedere al chestiunilor de actualitate, care să evidențieze modul în care sunt efectuate expertizele judiciare, solicitate de către părțile din proces sau dispuse de către organele judiciare din oficiu, atât în faza de urmărire penală, cât și în faza de judecată a procesului penal.

Aspectele referitoare la particularitățile procedurilor penale trebuie privite din două puncte de vedere, după cum acestea privesc cadrul legal european de reglementare a drepturilor victimelor infracțiunilor și a modului în care acestea sunt tratate în cursul procedurilor judiciare, pe de-o parte, și cadrul legal național în materia efectuării expertizelor judiciare și a drepturilor victimelor infracțiunilor¹⁸ în cursul acestor proceduri, pe de altă parte.

1.1. Cadrul legal european

În plan european, concluziile Consiliului Uniunii Europene privind drepturile victimelor infracțiunilor¹⁹ cuprind informații provenind de la instituțiile, organele și

¹⁵ A se vedea S. Batchelor, *Getting Mad Wi' It: Risk-seeking by young women*, în K. Hannah-Moffat, P. O'Malley (eds.), *Gendered Risks*, Routledge Cavendish, Abingdon, 2009.

¹⁶ A se vedea D. Magherescu, *The victims' rights on the forensic examination during the penal procedure in Romania*, op. cit., p. 137.

¹⁷ A se vedea I.A. Szabó, *Statutul și rolul victimelor conform noului Cod de procedură penală*, în vol. „Devianță și Criminalitate. Evoluție, Tendințe și Perspective”, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 392-398.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ A se vedea Concluziile Consiliului UE privind drepturile victimelor 2019/ C422/05, publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C422/5 din 16 decembrie 2019.

organismele Uniunii Europene privind „progresele semnificative înregistrate în ceea ce privește instituirea unui cadru UE cuprinzător în domeniul drepturilor victimelor”.

Alinierea țării noastre la standardele legislative adoptate la nivel european a creat premisa îmbunătățirii cadrului național de soluționare a cauzelor penale prin instrumentele juridice puse la dispoziție în domeniul efectuării expertizelor judiciare. Referitor la drepturile victimelor infracțiunilor grave în cursul procedurilor penale, la nivel european, cadrul legislativ a fost îmbunătățit semnificativ, odată cu adoptarea Directivei 29/2012 a Uniunii Europene, care a avut menirea de a înlocui Decizia-Cadru nr. 220/2001/JAI, considerată desuetă în materie penală²⁰. În principiu, Directiva reglementează dispoziții referitoare la asigurarea unor garanții procesuale victimelor infracțiunilor, pe care statele membre aveau să le implementeze în legislația lor internă. Din punctul de vedere al autorităților de la Brussels, protecția drepturilor victimelor infracțiunilor constituie o *prioritate-cheie*, stabilită pentru perioada 2019-2024. În acest sens, Consiliul Uniunii Europene a reafirmat că „Europa trebuie să fie un loc în care oamenii să se simtă liberi și în siguranță”, iar siguranța cetățenilor – victime ale infracțiunilor nu poate să fie pusă în plan secund.

Este știut faptul că procesul penal are la bază principiul *egalității armelor*, care instituie dreptul părților de a folosi procedurile judiciare în mod imparțial. Din acest punct de vedere, codul nu prevede un tratament judiciar diferențiat în cursul procesului penal. Cu toate acestea, având în vedere dispozițiile Directivei 29/2012 a Uniunii Europene, cu siguranță că organele judiciare vor acorda un rol determinant victimelor infracțiunilor, considerate persoane vulnerabile.

Mai mult decât atât, directiva impune statelor membre să asigure garanții procesuale sporite nu doar victimelor infracțiunilor, dar și familiilor acestora²¹. Asistența acordată acestor categorii de persoane, în baza principiului confidențialității și proporțional cu paguba suferită de fiecare dintre acestea, ca urmare a săvârșirii unei infracțiuni, constituie una din garanțiile oferite de lege.

Aspectele relatate mai sus trebuie coroborate cu impactul general, pe care săvârșirea infracțiunilor îl are asupra psihologiei victimelor, așa cum prevede teoria victimizării²² și a modului în care aceasta afectează viața lor, ca parte a procesului de victimizare²³.

²⁰ Directiva 29/2012 a Uniunii Europene referitoare la stabilirea unor standard minime privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor infracțiunilor, adoptată la data de 25 octombrie 2012 și publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L315 din 14 noiembrie 2012, a abrogat Decizia-Cadru a Uniunii Europene nr. 220/2001/JAI privind statutul victimelor în cadrul proceselor penale, adoptată la data de 15 martie 2001 și publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L82 din 22 martie 2001.

²¹ A se vedea I. Ristea, *Considerații privind reglementarea violenței în mediul familial*, în vol. Criminalitatea și Mediul, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 68-70.

²² A se vedea U. Gatti, *The contribution of criminology to the study of victims*, op. cit., p. 35-49.

²³ A se vedea M. Maguire, *Needs and rights of victims*, în Crime and Justice: An Annual Review of Research nr. 14/1991, p. 393.

Lacunele legislative în această materie au impus o nouă abordare, care a îmbunătățit procedura penală în vigoare privind participarea expertului ales de către victime la efectuarea expertizelor judiciare.

Aceste prevederi se coroborează cu mai noile acte normative adoptate la nivel european, care, de asemenea, au în obiectiv sporirea garanțiilor procesuale ale victimelor infracțiunilor grave²⁴.

Noul cadru legislativ creat a avut meritul de a consolida și mai mult statutul victimelor infracțiunilor, în special al victimelor infracțiunilor grave, precum cele de natură teroristă, știindu-se faptul că, în ultima perioadă, atacurile teroriste s-au intensificat în unele țări din Europa, precum Franța, Germania, Belgia, Marea Britanie.

De asemenea, trebuie precizat faptul că autoritățile europene au depus eforturi semnificative în vederea asigurării că normele adoptate de către statele membre respectă drepturile victimelor infracțiunilor în spațiul digital, dat fiind faptul că infracțiunile cibernetice și acțiunile vătămătoare în mediul online sunt într-o continuă creștere. Din acest punct de vedere, se impune o protecție specială a victimelor infracțiunilor digitale, ale căror drepturi fundamentale au fost încălcate ori care au suferit daune materiale sau economice grave, prin acțiuni de furt de identitate, uneori săvârșite la nivel transnațional.

Totodată, trebuie precizat faptul că prevederile europene în vigoare fac referire la demnitatea victimelor, în special la acele categorii de victime considerate vulnerabile în cursul procesului penal²⁵.

Nu în ultimul rând, drepturile victimelor infracțiunilor sunt discutate în doctrina de specialitate și în raport de statutul acestora ca victime ale încălcării drepturilor omului²⁶. Un profil al victimelor infracțiunilor a fost conturat de specialiștii în domeniu în conformitate cu tipologia acestora. În acest sens, profesorul Stefano Scarcella i-a divizat pe aceștia în șase grupuri²⁷, cuprinzând victimele nevinovate, victimele deprimare, victimele doritoare, victimele nemotivate, victimele complice și victimele agresoare²⁸. Pentru fiecare din aceste șase categorii enumerate

²⁴ Directiva UE nr. 680/2016 a Parlamentului European și a Consiliului privind protecția persoanelor fizice referitor la prelucrarea datelor cu caracter personal de către autoritățile competente în scopul prevenirii, depistării, investigării sau urmăririi penale a infracțiunilor sau al executării pedepselor și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Deciziei-Cadru 2008/977/JAI a Consiliului, publicată în J. Of. nr. L 119/89 din 4 mai 2016; Directiva UE nr. 681/2016 a Parlamentului European și a Consiliului privind utilizarea datelor din registrul cu numele pasagerilor (PNR) pentru prevenirea, depistarea, investigarea și urmărirea penală a infracțiunilor de terorism și a infracțiunilor grave, publicată în J. Of. nr. L 119/132 din 4 mai 2016.

²⁵ A se vedea M. Maguire, *op. cit.*, p. 393.

²⁶ A se vedea H. Varney, K. Zdunczyk, M. Gaudard, *The role of victims in criminal proceedings*, ICTJ Briefing, 2017, accesibil online la adresa: https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Victims_in_Criminal_Proceedings-Final-EN.pdf.

²⁷ A se vedea Stefano Scarcella, *op. cit.*, pp. 51-59.

²⁸ *Ibidem*.

mai sus au fost identificate unele trăsături specifice, precum și un anumit grad de vinovăție referitor la participația la săvârșirea infracțiunii. Dar, referitor la gradul de vinovăție și de implicare ale victimei la săvârșirea infracțiunii va ține seama instanța de judecată la etapa individualizării judiciare a pedepsei inculpatului.

1.2. Cadrul legal național de dispunere a expertizelor judiciare

Autoritățile judiciare române au acordat o atenție sporită cadrului legal de protecție a victimelor infracțiunilor grave, în special a celor săvârșite transnațional, știindu-se faptul că, o perioadă lungă de timp, problema majoră cu care s-a confruntat țara noastră a fost aceea referitoare la creșterea numărului de infracțiuni de criminalitate organizată, inclusiv a celor de trafic de ființe umane. Pericolul cel mai mare îl reprezintă femeile și copiii, aceștia căzând cu ușurință pradă traficanților de carne vie.

În ceea ce privește procedura de realizare a expertizelor judiciare, Codul de procedură penală asigură un cadru legal de respectare a drepturilor victimelor infracțiunilor. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 172 alin. (8) C. pr. pen., „*la efectuarea expertizei pot participa experți independenți autorizați, numiți la solicitarea părților sau subiecților procesuali principali*”. Aceștia au competență în efectuarea expertizei judiciare dispuse de organul judiciar, întocmai ca experții oficiali desemnați de către organele judiciare în cursul procesului penal, ce activează în cadrul laboratoarelor sau institutelor de specialitate.

Scopul principal pentru care se dispune efectuarea expertizei judiciare este acela de a se constata, clarifica sau evalua unele fapte sau împrejurări, care prezintă importanță pentru aflarea adevărului în cauza penală și pentru soluționarea legală și temeinică a acesteia. Din acest motiv, ori de câte ori se dispune în cauza penală efectuarea unei expertize judiciare, victima infracțiunii ce face obiectul procesului penal este îndreptățită să solicite organului judiciar numirea unui expert-parte, care să participe la efectuarea expertizei, alături de expertul oficial, desemnat de către organul judiciar²⁹.

Referitor la expertiza criminalistică, trebuie precizat, că expertul, desemnat în aceste condiții, are deopotrivă drepturi și obligații în cursul activității de efectuare a expertizei criminalistice. Cadrul legal în materie îl constituie prevederile art. 175 C. pr. pen., potrivit cărora expertul are în primul rând dreptul de a refuza efectuarea expertizei judiciare, așa cum martorul poate să refuze depunerea mărturiei în cauza penală pentru motive întemeiate, prevăzute expres de dispozițiile Codului de

²⁹ Legea nr. 156 din 5 iulie 2011 pentru modificarea și completarea O.G. nr. 75/2000 privind organizarea activității de expertiză criminalistică și a Legii nr. 567/2004 privind statutul personalului auxiliar de specialitate al instanțelor judecătorești și al parchetelor de pe lângă aceste instanțe, publicată în M. Of. nr. 519 din 22 iulie 2011.

procedură penală. Potrivit aceluiași text de lege, expertul are, în principal, dreptul de a lua cunoștință despre materialul existent la dosarul cauzei, care este indispensabil efectuării expertizei criminalistice, dreptul de a solicita și de a primi lămuriri suplimentare cu privire la faptă și împrejurările care urmează să fie lămurite de acesta.

Vizavi de aceste drepturi, expertul criminalist are o serie de obligații corelative, care privesc, în principiu, obligația de a efectua expertiza criminalistică, pe care a dispus-o organul judiciar, obligația de a se prezenta în fața organului judiciar, ori de câte ori este chemat de către acesta, pentru a da lămuriri referitor la obiectivele stabilite pentru efectuarea expertizei, obligația de a efectua expertiza criminalistică în termenul stabilit de organul judiciar, pentru a evita prelungirea excesivă a soluționării cauzei penale, care să ducă la încălcarea termenului rezonabil al procedurilor penale cu repercusiuni directe asupra drepturilor victimelor infracțiunilor³⁰.

Mai mult decât atât, dincolo de statutul acestuia în cursul procesului penal, expertul-parte nu va putea să-și exercite atribuțiile dincolo de principiile imparțialității, corectitudinii profesionale și respectării criteriilor științifice³¹.

1.3. Procedura expertizei judiciare

Așa cum principiile generale ale procesului penal au statuat, săvârșirea unei infracțiuni declanșează un conflict de drept penal substanțial, pe care organele judiciare vor căuta să-l trimită în instanța de judecată, știindu-se că scopul principal al procesului penal este acela al stabilirii răspunderii penale a făptuitorilor, potrivit vinovăției acestora. Acest scop se poate realiza în baza probelor administrate în cursul procesului penal, probe atât în apărare, cât și în acuzare³².

În ceea ce privește obiectul prezentului studiu, expertiza judiciară criminalistică constituie una din categoriile de mijloace de probă frecvent întâlnite în procesele penale. Referitor la această categorie de expertize, de regulă, acestea se realizează în cauzele penale având ca obiect infracțiunile de omor, de fraudă informatică, de fraudă financiar-fiscală³³, de accidente de trafic³⁴ etc.

³⁰ În conformitate cu prevederile Codului etic și de integritate al personalului de specialitate criminalistică, disponibil online la adresa: <https://www.inec.ro/images/Documente/CodEtica/CodEticalNEC.pdf>.

³¹ A se vedea S. Alămoreanu, A. Lazăr, A. Frățilă, *Despre criteriile de validitate ale expertizelor criminalistice*, op. cit., p. 145.

³² A se vedea M. Chiavario, M. Delmas-Marty ș.a., *Procedure penali d'Europa*, CEDAM, Padova, p. 12-36.

³³ În acest sens, instanța de judecată, având pe rol soluționarea cauzei cu care a fost sesizată, s-a pronunțat în baza expertizei judiciare contabile, dispusă în cauză și efectuată în cursul urmăririi penale, față de care a dispus din oficiu efectuarea unui supliment la raportul de expertiză de la dosarul cauzei. Din raportul de expertiză a rezultat, că inculpații au săvârșit infracțiunea de evaziune fiscală, prin sustragerea de la plata accizelor și a T.V.A.-ului. De asemenea, s-a stabilit că aceștia au

În unele cauze penale, expertizele judiciare sunt obligatorii, așa cum este cazul expertizelor medico-legale psihiatrice. Potrivit dispozițiilor art. 184 C. pr. pen., acestea se dispun „în cazul infracțiunilor comise de minorii cu vârsta între 14 și 16 ani, în cazul uciderii sau vătămării copilului nou-născut ori a fătului de către mamă, precum și atunci când organul de urmărire penală sau instanța are o îndoială asupra discernământului suspectului ori inculpatului în momentul săvârșirii infracțiunii ce face obiectul acuzației, (...)”. Ultima categorie enunțată de legiuitor se referă la expertizele medico-legale psihiatrice, dispuse în cauzele având ca obiect infracțiunile de omor³⁵. De asemenea, expertiza medico-legală psihiatrică poate fi dispusă de către organul judiciar ori de câte ori consideră necesar pentru soluționarea legală și temeinică a cauzei respective³⁶.

Procedura în cazul dispunerii efectuării expertizei judiciare este reglementată de dispozițiile Codului de procedură penală, un interes deosebit avându-l art. 173 C. pr. pen., datorită garanțiilor procesuale pe care le oferă. Din acest considerent, părțile din proces sunt chemate să propună un expert, ales de acestea, în vederea participării la efectuarea expertizei alături de expertul desemnat de organul judiciar, atât în faza de urmărire penală, cât și în faza de judecată a procesului penal. Așadar, dispozițiile art. 173 alin. (4) C. pr. pen., coroborate cu dispozițiile art. 172 alin. (8) C. pr. pen., precum și cu prevederile art. 177 alin. (4) C. pr. pen., permit victimelor infracțiunilor să solicite organelor judiciare numirea unui expert-parte la efectuarea expertizei judiciare³⁷. Numirea expertului-parte este expresia garanției respectării drepturilor victimelor infracțiunilor, cât privește întreaga procedură judiciară de efectuare a expertizei. Vizavi de acest subiect, s-a apreciat, că, pe de-o parte, acest silogism are la bază principiul libertății numirii experților în cursul procedurilor penale³⁸, care determină efectuarea unor expertize obiective, nepărtinitoare. Pe de altă parte, s-a învederat, că „*existența institutelor de criminalistică ale Justiției și Poliției în România ar genera monopol și incorectitudine*”³⁹.

înregistrat în evidențele contabile și declarațiile fiscale a unor cheltuieli fictive, fapt ce a condus la diminuarea impozitului datorat bugetului de stat. A se vedea ICCJ, dec. pen. nr. 134/A/2019 din data de 15 aprilie 2019, accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>.

³⁴ Referitor la aceste categorii de infracțiuni, trebuie precizat faptul că acestea sunt frecvent dispuse de către organele judiciare, fie în faza de urmărire penală, fie în faza de judecată a procesului penal. A se vedea, în acest sens, ICCJ, dec. pen. nr. 139/A/2019 din 16 aprilie 2019, accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>.

³⁵ A se vedea ICCJ, dec. pen. nr. 428/RC/2018 din data de 28 noiembrie 2018, accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>.

³⁶ A se vedea ICCJ, dec. pen. nr. 307/A/2019 din 10 octombrie 2019, accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>.

³⁷ A se vedea D. Magherescu, *The victims' rights on the forensic examination during the penal procedure in Romania*, op. cit., p. 138.

³⁸ A se vedea *Timpolis*, 20-23 noiembrie 2008, în S. Alămoreanu, A. Lazăr, A. Frățilă, *Despre criteriile de validitate ale expertizelor criminalistice*, op. cit., p. 145.

³⁹ *Ibidem*.

Profesorul Alămoreanu a adus o serie de argumente cu privire la combaterea ipotezei conform căreia, în calitate pe care o deține, un expert oficial, desemnat de către organul judiciar din rândul institutelor de criminalistică din țară, ar putea fi suspect de părtinire. În favoarea cui? În favoarea statului și, mai exact, a instituției publice, pe care o deservește⁴⁰? Această dilemă nu face altceva decât să fondeze convingerea părților din procesul penal cu privire la întreaga activitate judiciară, care ar putea fi pusă sub semnul părtinirii.

Un contraargument ar putea fi conturat, de asemenea, și în jurul ideii de respectare, de către experții oficiali, a criteriilor care stau la baza desfășurării activității lor în mod profesional, pe principiile bunei-credințe și a deontologiei profesionale⁴¹, completate cu corectitudinea profesională și cu criteriile științifice, despre care vorbește Profesorul Alămoreanu⁴². Același autor atribuie un caracter comercial în relația dintre expertul privat și partea care l-a propus, apreciind că acesta poate genera suspiciuni „în lipsa unor standarde ce conferă probitate și repetabilitate, a unor norme deontologice clare (...)”⁴³.

Din analiza reglementărilor legale referitoare la desemnarea unui expert-parte, la solicitarea victimelor infracțiunilor, se observă că acestea nu conțin condiții deosebite pentru părțile din procesul penal. Sunt avute în vedere aspectele care oferă victimelor asistență, imediat, pe termen mediu și pe termen lung. Asistența de specialitate de urgență impune intervenția instituțiilor statului, prin servicii specializate, imediat după săvârșirea infracțiunii, asistența pe termen mediu constă în acordarea unui suport psihologic, și medical, precum și protecția victimei, iar asistența pe termen lung vizează reintegrarea acesteia în mediul socio-profesional. În aceste împrejurări, se apreciază că prevederile legale ale codului încă dezavantajează victimele, care nu se bucură de o atenție specială în raport cu statutul lor, izvorât din săvârșirea de infracțiuni.

*

La momentul actual, nu există o statistică oficială, care să confirme implicarea victimelor infracțiunilor în astfel de acțiuni referitoare la solicitarea de numire a expertului-parte la efectuarea expertizelor judiciare. Institutul Național de Expertize Criminalistice, care funcționează în cadrul Ministerului de Justiție, arată care este ponderea în efectuarea unor astfel de expertize, pe categorii de cauze penale, nicidecum prin raportare la realizarea drepturilor victimelor infracțiunilor în cursul procedurilor penale⁴⁴.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ A se vedea D. Magherescu, *Criminalistica*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2017, p. 100-107.

⁴² A se vedea S. Alămoreanu, A. Lazăr, A. Frățilă, *Despre criteriile de validitate ale expertizelor criminalistice, op. cit.*, p. 145.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Potrivit statisticilor date publicității de către I.N.E.C. București, în ultimii patru ani, a fost efectuat un număr de 96 de expertize în cauzele penale având ca obiect infracțiuni grave. Dintre

Așa cum se poate vedea din statistica Institutului, este evident faptul că în ceea ce privește efectuarea expertizelor criminalistice, spre exemplu în cauzele având ca obiect infracțiunile grave, precum cele balistice ale armelor și munițiilor, dactiloscopice ale urmelor palmare și plantare, fizico-chimice ale probelor materiale și cele privind exploziile și incendiile, numărul acestora este semnificativ mai mic decât în cazul altor categorii de expertize, așa cum sunt expertizele criminalistice dispuse și efectuate în cauzele penale, având ca obiect infracțiunile de accident de trafic ori expertizele privind grafica și tehnica documentelor. Studiul avut în vedere a fost efectuat în perioada 2015-2018 și se referă atât la Institutul Național de Expertize Criminalistice, cât și la laboratoarele interjudețene⁴⁵.

2. Elemente de practică judiciară

Jurisprudența în materie penală, în cauzele în care se dispune efectuarea de expertize judiciare, a evidențiat o practică judiciară diversificată, caracterizată de multitudinea cauzelor penale înaintate instanțelor de judecată spre soluționare. În acest sens, instanțele de judecată soluționează cauzele penale cu respectarea principiului *protecției victimelor* în cazul infracțiunilor având ca obiect infracțiuni împotriva persoanei, caz în care acestea au decis să uzeze de dreptul lor de a alege un expert-parte în cursul procesului penal, care să participe la efectuarea expertizei judiciare, în conformitate cu dispozițiile art. 173 alin. (4) C. pr. pen., coroborate cu prevederile art. 177 alin. (4) C. pr. pen. În egală măsură, nu trebuie făcută abstracție de dispozițiile legale sus-amintite, potrivit cărora inculpatul are dreptul de a solicita numirea unui expert-parte, care să participe la efectuarea expertizei criminalistice⁴⁶.

acestea, 27 de expertize au vizat balistica armelor și munițiilor, un număr de 28 au fost expertize dactiloscopice ale urmelor palmare și plantare, 19 expertize fizico-chimice ale probelor materiale și 22 expertize în domeniul exploziilor și incendiilor.

⁴⁵ A se vedea prezentarea detaliată a activității Institutului Național de Expertize Criminalistice din București și a celor șase laboratoare interjudețene de expertize, ce funcționează în cadrul I.N.E.C., cu sediile în București, Cluj, Timișoara, Brașov, Iași, Craiova, accesibilă online la adresa www.inec.ro.

⁴⁶ A se vedea, în acest sens, ICCJ, dec. pen. nr. 139/A/2019, accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>. De asemenea, instanța de judecată a reținut, că referitor la săvârșirea infracțiunii de lipsire de libertate în mod nelegal, executarea acțiunii infracționale, de către inculpat, a fost întreruptă de intervenția victimei, chiar dacă făptuitorul a acționat cu intenția de a o ucide pe aceasta din urmă, cu premeditare și din interes material. Din acest considerent, instanța judecătorească a încadrat fapta inculpatului la infracțiunea de tentativă de omor calificat. Față de aceste circumstanțe, a fost dispusă efectuarea unei expertize medico-legale, în al cărei raport de expertiză s-a concluzionat, că leziunile produse victimei au pus în primejdie viața acesteia. În baza acestor constatări, instanța de judecată a arătat că, potrivit art. 5 al Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, *orice persoană are dreptul la libertate și siguranță*, iar potrivit art. 23 din Constituția României, *libertatea individuală și siguranța persoanelor sunt inviolabile*.

În această ordine de idei, în cauza penală supusă judecării, instanța a învederat ca, în ceea ce privește investigarea cauzelor având ca obiect infracțiunea de ucidere din culpă, să dispună desemnarea unui expert-parte la solicitarea părților din procesul penal. Față de obiectivele stabilite de către organul de urmărire penală, expertul oficial a depus la dosarul cauzei raportul de expertiză criminalistică, ce a concluzionat „că viteza de deplasare probabilă a autoturismului (...), în momentul impactului a fost de cca 40/oră, neputându-se stabili viteza inițială de deplasare a acestuia, că impactul dintre participanții la trafic a avut loc pe banda a doua a sensului de mers (...)”⁴⁷.

Față de cele constatate, expertul parte a depus la dosarul cauzei opinia separată, formulată cu trimitere la prevederile Convenției asupra circulației rutiere, adoptată la Viena în anul 1968 și ale Acordului European de la Geneva⁴⁸ din 1971, în vigoare la data efectuării cercetărilor în cauza penală, prin care a învederat, că „victima trebuia să dea dovadă de prudență (...) și, totodată, (...) trebuia să țină seama de distanța și viteza autovehiculelor care se apropiau”. În baza acestor constatări, culpa ar aparține victimei infracțiunii de ucidere din culpă, care, în circumstanțele săvârșirii infracțiunii, nu a dat dovadă de prudență. Analizând întreg materialul probator administrat în cauza penală, instanța de judecată a reținut faptul că infracțiunea a fost săvârșită din culpa exclusivă a inculpatei⁴⁹.

În speța dată, hotărârea instanței de judecată este fundamentată pe dispozițiile O.U.G. nr. 195/2002, care prevăd faptul că participanții la trafic trebuie să aibă un comportament care să nu afecteze siguranța traficului ori să pună în pericol viața sau integritatea persoanelor⁵⁰.

De asemenea, trebuie precizat că, în astfel de situații, legea impune conducătorul de vehicul să acorde prioritate de trecere pietonului care traversează un drum public prin loc amenajat, marcat corespunzător ori la culoarea verde a semaforului destinat acestuia, atunci când se află pe sensul de mers al vehiculului.

Mai mult decât atât, instanța de judecată a procedat la readministrarea probelor, propuse de către părțile din proces, în condiții de oralitate și contradictorialitate, în prezența apărătorilor acestora. Astfel, instanța de apel a reținut vinovăția inculpatei cu privire la fapta imputată prin actul de sesizare, care este pe deplin dovedită.

Cu privire la aceste precizări, dispunerea expertizelor criminalistice în cauza penală supusă judecării a avut drept scop descoperirea împrejurărilor în care a fost săvârșită fapta de ucidere din culpă, știindu-se faptul că, în conformitate cu prevederile art. 8 C. pr. pen., scopul procesului penal este acela de constatare la timp

⁴⁷ A se vedea ICCJ, dec. pen. nr. 139/A/2019, accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>.

⁴⁸ Ambele documente internaționale au fost ratificate de România prin Decretul nr. 318 din 14 octombrie 1980.

⁴⁹ A se vedea ICCJ, dec. pen. nr. 139/A/2019, accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>.

⁵⁰ O.U.G. nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice, republicată în M. Of. nr. 670 din 3 august 2006.

și în mod complet a infracțiunilor, în așa fel încât nicio persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală pe nedrept, iar orice persoană care a săvârșit o infracțiune să fie pedepsită potrivit vinovăției sale, în cadrul unui proces echitabil și într-un termen rezonabil. Analizând cadrul legal al probațiunii în materie penală, precum și al standardului legal național necesar pronunțării soluției de condamnare, rezultă faptul că probele prin rapoartele de expertize administrate în cauza penală sunt concludente, pertinente și utile soluționării acesteia, pe de-o parte, și asigură garanțiile respectării drepturilor tuturor subiecților procesuali, pe de altă parte.

*

De asemenea, în planul practicii judiciare s-a reținut, că inculpatul se face vinovat de săvârșirea infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată, faptă prevăzută și pedepsită de dispozițiile art. 322 alin. (1) C. pen., cu aplicarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) C. pen., cu privire la care instanța de judecată a dispus desființarea totală a contractului de împrumut, încheiat între persoana vătămată și inculpată, falsificat prin contrafacerea semnăturii persoanei vătămate⁵¹.

Instanța de judecată a pronunțat hotărârea în baza probelor administrate în cauza penală, printre acestea regăsindu-se rapoartele de constatare tehnico-științifică, întocmite de Laboratorul de Expertize Grafice și Tehnica Documentelor din cadrul Poliției Mun. București, care au stabilit că semnătura de la rubrica „împrumutător”, de pe contractul de împrumut, nu aparține persoanei vătămate⁵². De asemenea, raportul de expertiză criminalistică, emis de Institutul Național de Expertize Criminalistice București, a stabilit că semnătura de la poziția „împrumutător” nu a fost executată de persoana vătămată, dar, referitor la acest aspect, nu s-a putut stabili autorul acestei semnături. În cauză, a fost dispusă o nouă expertiză, având în vedere concluziile contradictorii ale rapoartelor de constatare tehnico-științifică, pe de-o parte, și ale raportului de expertiză criminalistică, pe de altă parte, menționate mai sus⁵³.

Soluționarea cauzei penale, în condițiile dispunerii mai multor expertize criminalistice pentru a se constata dacă se susțin afirmațiile persoanei vătămate referitor la săvârșirea, de către inculpat, a infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată, evidențiază modul în care efectuarea expertizelor judiciare asigură drepturile tuturor părților din procesul penal⁵⁴. În primul rând, este vorba despre drepturile victimei infracțiunii, care, în condițiile date, are la îndemână pârghiile

⁵¹ A se vedea ICCJ, dec. pen. nr. 231/A/2018, accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ În aceeași cauză, au fost depuse la dosar și note, întocmite de către specialiști din cadrul Laboratorului Interjudețean de Expertize Criminalistice București, care au susținut faptul că semnătura de la poziția „împrumutător” din contractul de împrumut, ce face obiectul cauzei penale, nu aparține persoanei vătămate.

oferite de dispozițiile Codului de procedură penală, la care am făcut referire în prezenta lucrare, în aflarea adevărului în cauza penală, cu respectarea tuturor garanțiilor procesuale.

Analiza probele administrate în cauza penală, inclusiv a concluziilor din rapoartele de expertiză și constatările tehnico-științifice, a evidențiat că inculpatul a contrafăcut semnătura persoanei vătămate, fapt pentru care contractul are caracter de act fals, deoarece atestă o situație neconformă cu realitatea. Potrivit dreptului material în materie⁵⁵, instanța de judecată a apreciat în mod corect, că faptele reținute în sarcina inculpatului întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată.

În acest context, infracțiunea s-a consumat prin depunerea de către inculpat a actului cu privire la care știa că nu este semnat de către persoana vătămată. Fapt pentru care, instanța de judecată a constatat, dincolo de orice dubiu rezonabil, că fapta există și că a fost săvârșită de către inculpat cu vinovăție, iar probele administrate sunt în măsură să răstoarne prezumția de nevinovăție a inculpatului și să atragă răspunderea penală a acestuia.

Contestarea, în mod repetat, de către inculpat, a concluziilor din rapoartele de expertiză criminalistică depuse la dosarul cauzei nu face decât să prelungească nejustificat de mult în timp cauza penală, ceea ce defavorizează persoana vătămată. Or, în cauză, din probatoriul administrat a rezultat că durata de soluționare a cauzei penale nu poate depăși un termen rezonabil, cu privire la procedura administrării probelor, față de persoana vătămată. Din acest punct de vedere, în mod evident, instanța de judecată a cântărit toate aspectele cauzei, raportat, pe de o parte, la drepturile persoanei vătămate, iar pe de altă parte, în raport cu procedura de administrare corespunzătoare a justiției.

*

Într-o altă speță, instanța de fond a dispus condamnarea inculpatului pentru săvârșirea infracțiunii de „folosire în orice mod, direct sau indirect de informații ce nu sunt destinate publicității ori permiterea accesului unor persoane neautorizate la aceste informații”⁵⁶, faptă prevăzută și pedepsită de dispozițiile art. 12 lit. b) din Legea nr. 78/2000, raportat la art. 5 C. pen., precum și pentru săvârșirea infracțiunii de trafic de influență, faptă prevăzută și pedepsită de dispozițiile art. 257 C. pen. anterior, raportat la prevederile art. 5 alin. (1) și ale art. 6 din Legea nr. 78/2000.

În fapt, instanța de judecată a reținut că Direcția Națională Anticorupție s-a sesizat din oficiu cu privire la faptul că inculpatul, în calitate de apărător, a divulgat

⁵⁵ Potrivit dispozițiilor art. 322 alin. (1) C. pen., falsificarea unui înscris sub semnătură privată prin vreunul dintre modurile prevăzute în art. 320 sau art. 321, dacă făptuitorul folosește înscrisul falsificat ori îl încredințează altei persoane spre folosire, în vederea producerii unei consecințe juridice, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă.

⁵⁶ A se vedea ICCJ, dec. pen. nr. 277/A/2018, disponibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>.

date și informații nedestinate publicității din dosarul părții, pe care o apăra și cu privire la care se efectuau cercetări penale în acea cauză⁵⁷.

Din materialul probator administrat în cauză, privitor la infracțiunea de trafic de influență, a rezultat că inculpatul a pretins și primit o sumă de bani de la martorul denunțator, „lăsându-i acestuia să creadă că are o influență reală asupra completului de judecată (...) pentru obținerea unei soluții favorabile”⁵⁸.

În susținerea învinuirii, au fost administrate mai multe mijloace de probă, precum declarații ale martorilor, înscrisuri, înregistrare convorbiri în mediul ambiental, expertize criminalistice. Referitor la proba cu înregistrări în mediul ambiental, inculpatul a invocat faptul că acestea au fost obținute în mod nelegal și, pe cale de consecință, nu pot fi folosite în cadrul procesului penal.

Cu privire la acest din urmă aspect, inculpatul a arătat, că aceste convorbiri sunt obținute în mod nelegal, atribuind un caracter neoriginal „înregistrărilor puse la dispoziția organului de urmărire penală, înregistrări care au fost redade în procesele-verbale ce constituie mijloc de probă, iar caracterul lipsit de originalitate al înregistrărilor nu face altceva decât să ateste o prezumție de neveridicitate a conținutului convorbirilor, care nu poate fi înlăturată decât prin punerea la dispoziție a unor înregistrări originale (...)”⁵⁹.

Inculpatul a arătat, în susținerea nevinovăției sale, că procedul probator folosit are caracter de nelegalitate, ce rezultă din imposibilitatea administrării unei probe științifice, precum expertiza criminalistică, din care să rezulte veridicitatea înregistrărilor realizate în mediul ambiental, precum și a corespondenței între acestea și procesele-verbale de redare a convorbirilor respective, fapt pentru care acesta a solicitat constatarea nelegalității administrării probei cu înregistrările din mediul ambiental și excluderea acestora din materialul probator de la dosar.

În cauză, instanța a dispus efectuarea unei expertize la Institutul Național de Expertize Criminalistice, având ca obiect analizarea originalului pe care s-a făcut înregistrarea și a aparatului folosite, din al cărui raport de expertiză criminalistică a rezultat că cele două înregistrări expertizate rețin aceeași convorbire, sunt caracterizate de susținerea reciprocă a continuității, secvența video conține cadre defecte, însă se sincronizează cu canalul audio. Față de aceste aspecte, s-a concluzionat că înregistrările sunt neîntrerupte și nu se confirmă urme de nesimultaneitate între secvențele înregistrate, iar în înregistrările examinate nu au fost efectuate colaje privind rearanjarea înregistrării”⁶⁰.

Examinând probele de la dosarul cauzei, Înalta Curte de Casație și Justiție a constatat că nu există probe din care să rezulte, că inculpatul a săvârșit infracțiunea, ceea ce impune achitarea acestuia, în baza dispozițiilor art. 16 alin. (1) lit. c) C. pr. pen.

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ *Ibidem.*

Soluționarea acestei cauze penale prezintă un interes deosebit, constând în aceea că expertizele judiciare criminalistice, în cazul de față privind convorbirile în mediul ambiental, deși favorabile persoanei vătămate, au dus la pronunțarea, de către instanța de judecată, a soluției de achitare a inculpatului.

Față de această neconcordanță între interesele generale ale societății și interesele legitime ale persoanelor, față de care au fost săvârșite infracțiuni, expertizele judiciare, dispuse în cauzele penale, au meritul de a constitui o reală garanție, un control *a posteriori* referitor la administrarea acelor probe, prin modul lor de obținere, dacă au fost obținute prin autorizarea, de către instanța de judecată, a interceptărilor convorbirilor în mediul ambiental, în situațiile în care sunt realizate de către o autoritate independentă și imparțială⁶¹. Relevantă, în acest sens, este cauza *Rotaru contra României*, pe considerentul că atât înregistrarea de către o autoritate publică a unor date privind viața privată a unui individ, cât și folosirea lor și refuzul de a acorda posibilitatea ca acestea să fie contestate constituie o încălcare a dreptului la respectarea vieții private, drept garantat de dispozițiile art. 8 alin. (1) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

*

Față de cele precizate mai sus, se observă că există o practică judiciară unanimă în ceea ce privește respectarea drepturilor procesuale ale părților din procesul penal, inclusiv ale victimelor infracțiunilor pe parcursul procedurilor penale. Astfel, instanța de judecată trebuie să încuviințeze, în baza dispozițiilor Codului de procedură penală, participarea unui expert-parte, ales de victime, la efectuarea expertizei judiciare în cauzele penale, pe care le soluționează.

Sporirea garanțiilor procesuale acordate victimelor infracțiunilor este cu atât mai relevantă, cu cât principiile de bază ale procesului penal constituie un suport solid în ceea ce privește eforturile făcute de către organele judiciare și de întreg sistemul judiciar în materie penală în astfel de cauze.

Așadar, se constată că instanțele de judecată din România aplică în mod corespunzător dispozițiile naționale în materie, armonizate cu cele europene, referitoare la drepturile victimelor infracțiunilor în toate cauzele penale.

3. Concluzii

Tendința în materia efectuării expertizelor judiciare, așa cum aceasta este reglementată de dispozițiile Codului de procedură penală, a urmat parcursul european al adoptării normelor juridice de drept procesual penal, precum și al implementării tuturor prevederilor referitoare la drepturile victimelor infracțiunilor

⁶¹ C.A. Stoica, *Cercetări privind expertizele din domeniul multimedia*, în Pro Lege nr. 2-3/2019, p. 176-189.

în cursul procedurilor penale. Finalitatea acestor proceduri este rezultatul noilor tendințe în domeniul mijloacelor tehnico-științifice de obținere a probelor, inclusiv a celor științifice, de realizare a expertizelor judiciare, venite în sprijinul susținerii intereselor legitime ale victimelor infracțiunilor.

În consecință, victimele infracțiunilor sunt consiliate în ceea ce privește procedurile judiciare de solicitare a efectuării expertizelor judiciare, dar mai ales cu privire la participarea unui expert-parte la realizarea acesteia, în conformitate cu prevederile art. 172 alin. (8) și ale art. 173 alin. (4) C. pr. pen.

Din analiza practicii judiciare în materie penală, se constată relevanța opiniilor exprimate de către experții criminaliști, în cauzele penale în care au fost dispuse astfel de expertize. Este de notorietate faptul că folosirea diverselor instrumente de investigare penală, oferite de știința criminalisticii, este o necesitate pe tărâmul vast al fenomenelor infracționale, care au evoluat îngrijorător în ultima perioadă.

Descoperirea, investigarea și judecarea unor cauze complexe și complicate, de genul celor de criminalitate organizată ori de omor calificat, precum și a infracțiunilor de natură economică cu consecințe grave, cer ca organele judiciare să dispună efectuarea de expertize judiciare din cele mai complexe și diversificate. Astfel, la efectuarea acestora participă echipe mixte de investigatori și experți criminaliști, care, folosindu-se de tehnicile moderne de investigare, reușesc să ofere răspuns la toate obiectivele expertizelor dispuse de către organele judiciare, care, în cele din urmă, să ajute la soluționarea cauzelor penale în condiții de legalitate și temeinicie. Mai mult decât atât, acestea conduc implicit la asigurarea cadrului procesual de respectare a drepturilor victimelor infracțiunilor pe toată durata procedurilor penale.

Din acest considerent, se poate aprecia, că realizarea funcțiilor procesual penale, ce implică respectarea drepturilor victimelor infracțiunilor, este o chestiune interinstituțională și multidimensională, care presupune o coordonare eficientă. Este interinstituțională, deoarece, pe lângă organele judiciare, realizarea drepturilor victimelor infracțiunilor se face prin implicarea, în echipele de investigatori, a psihologilor, care, prin experiența și cunoștințele în domeniu, vor căuta să acorde sprijinul moral, de care aceste categorii au cea mai mare nevoie, și este multidimensională, deoarece se urmărește soluționarea cauzei penale sub toate aspectele, legal și obiectiv, în așa fel încât să se evite revictimizarea și/ sau multivictimizarea.

Urmărind soluțiile pronunțate în cauzele penale analizate, în acord cu prevederile naționale și europene, se constată că victimele infracțiunilor grave, spre exemplu, sunt în măsură să-și exercite drepturile procesuale prin intermediul expertizelor judiciare, fie solicitate de acestea, fie dispuse de către organele judiciare din oficiu.

De asemenea, s-a observat, că interesul procesual general al victimelor infracțiunilor este acela al unui tratament juridic echitabil, conform cu caracterul

contradictorial al procesului penal, care, în cele din urmă, să ducă la aflarea adevărului în cauza penală, adevăr ce interesează toți actorii implicați în cauza penală.

Dincolo de realizarea scopului imediat al procesului penal de prevenire a săvârșirii de noi infracțiuni, legiuitorul a urmărit asigurarea unui cadru legal eficient de garantare a drepturilor victimelor infracțiunilor în cursul proceselor penale, prin evitarea unei standardizări, care să caracterizeze procesele penale, cadru legal care să aibă la bază principiul umanismului în soluționarea cauzelor penale.

În ceea ce privește dispunerea și efectuarea expertizei judiciare, având ca scop garantarea drepturilor victimelor infracțiunilor, acestea trebuie să fie respectate cu prioritate, atât în conformitate cu prevederile naționale, cât și a celor europene, a Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și, nu în ultimul rând, a deciziilor Curții Europene a Drepturilor Omului, știindu-se faptul că țara noastră a fost de nenumărate ori condamnată de instanța europeană pentru nerespectarea dispozițiilor legale referitoare la drepturile victimelor infracțiunilor.

Din aceste motive, trebuie subliniat faptul că este justificată continuarea dezvoltării politicilor în favoarea protecției victimelor infracțiunilor, în conformitate cu cele mai recente acte normative adoptate la nivel european și cu nevoile și drepturile acestor categorii de persoane.

Mai mult decât atât, asigurarea accesului victimelor infracțiunilor la exercitarea drepturilor procesuale trebuie să se realizeze prin creșterea eficacității comunicării cu acestea prin toate mijloacele legale, iar cunoștințele de specialitate ale autorităților judiciare, care intră în legătură cu victimele infracțiunilor, trebuie realizate în mod cuprinzător și permanent.

Bibliografie

Alămoreanu S., Lazăr A., Frățilă A., *Despre criteriile de validitate ale expertizelor criminalistice*, în vol. Criminalitatea și Mediul, Ed. Universul Juridic, București, 2014.

Batchelor S. A., Armstrong S., MacLellan D., *Taking stock of violence in Scotland*, SCCJR, nr. 3/2019.

Batchelor S., *Getting Mad Wi' It: Risk-seeking by young women*, în K. Hannah-Moffat, P. O'Malley (eds.), *Gendered Risks*, Routledge Cavendish, Abingdon, 2009.

Benedek W., *Understanding human rights. Manual on human rights education*, NWV, Viena, 2006.

Chiavario M., Delmas-Marty M. ș. a., *Procedure penali d'Europa*, CEDAM, Padova, 2001.

Codul etic și de integritate al personalului de specialitate criminalistică, disponibil online la adresa: <https://www.inec.ro/images/Documente/CodEtica/CodEticaINEC.pdf>

Concluziile Consiliului Uniunii Europene privind drepturile victimelor 2019/C422/05, publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C422/5 din 16 decembrie 2019.

Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale din 4 noiembrie 1950, modificată prin Protocolul nr. 11 – intrat în vigoare la 1 noiembrie 1998 în vol. *Hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ed. Polirom, Iași, 2003.

Decizia nr. 134/A/2019 a ICCJ, s. pen., accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>

Decizia nr. 139/A/2019 a ICCJ, s. pen., accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>

Decizia nr. 307/A/2019 a ICCJ, s. pen., accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>

Decizia nr. 428/RC/2018 a ICCJ, s. pen., accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>

Decizia nr. 277/A/2018 a ICCJ, s. pen., accesibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>

Decizia nr. 231/A/2018 a ICCJ, s. pen., disponibilă online la adresa: <https://www.scj.ro/>

Directiva 29/2012 a Uniunii Europene referitoare la stabilirea unor standard minime privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor infracțiunilor, adoptată la data de 25 octombrie 2012 și publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L315 din 14 noiembrie 2012.

Directiva UE nr. 681/2016 a Parlamentului European și a Consiliului privind utilizarea datelor din registrul cu numele pasagerilor (PNR) pentru prevenirea, depistarea, investigarea și urmărirea penală a infracțiunilor de terorism și a infracțiunilor grave, publicată în J. Of. nr. L 119/132 din 4 mai 2016.

Forsyth A. J. M., Lennox J. C., *Gender differences in the choreography of alcohol-related violence: an observational study of aggression within licenced premises*, Journal of Substance Use nr. 15(2)/2010.

Gatti U., *The contribution of criminology to the study of victims*, în A. M. Giannini, C. Rossi (Eds.) *Victims' Care: A Handbook*, Roma, 2009.

Hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului, Culegere selectivă, vol. II, Ed. Polirom, Iași, 2001.

Legea nr. 211/2004 privind unele măsuri de asigurare a protecției victimelor infracțiunilor, adoptată la data de 27 mai 2004, publicată în M. Of. nr. 505 din 4 iunie 2004.

Legea nr. 157/2005, publicată în M. Of. nr. 465 din 1 iunie 2005 privind ratificarea Tratatului de aderare la Uniunea Europeană.

Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010, în vigoare de la 1 februarie 2014.

Legea nr. 156 din 5 iulie 2011 pentru modificarea și completarea O.G. nr. 75/2000 privind organizarea activității de expertiză criminalistică și a Legii nr. 567/2004 privind statutul personalului auxiliar de specialitate al instanțelor judecătorești și al parchetelor de pe lângă aceste instanțe, publicată în M. Of. nr. 519 din 22 iulie 2011.

Magherescu D., *Criminalistică*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2017.

Magherescu D., *The victims' rights on the forensic examination during the penal procedure in Romania*, în vol. Constitutional, Statutory and Criminological Attributes for Crime Victims, Bratislava, 2018, accesibil online la adresa: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/bpf_2018_new/Zbornik_BPF2018_sekcia_1.pdf

Maguire M., *Needs and rights of victims*, în Crime and Justice. An Annual Review of Research, 1991.

McLean R., Densley J., Deuchar R., *Situating gangs within Scotland's illegal drug market(s)*, Trends in Organized Crime nr. 21(2)/2017.

McVie S., Norris P., Pillinger R., *Is poverty reflected in changing patterns of victimisation in Scotland?*, Scottish Justice Matters, nr. 3(3)/2015.

Ristea I., *Considerații privind reglementarea violenței în mediul familial*, în vol. Criminalitatea și Mediul, Ed. Universul Juridic, București, 2014.

Scarcella S., *Victimization as a social construction*, în A. M. Giannini, C. Rossi (Eds.) Victims' Care: A Handbook, Roma, 2009.

Stoica C. A., *Cercetări privind expertizele din domeniul multimedia*, în Pro Lege nr. 2-3/2019.

Szabó I. A., *Statutul și rolul victimelor conform noului Cod de procedură penală*, în vol. „Devianță și Criminalitate. Evoluție, Tendințe și Perspective”, Ed. Universul Juridic, București, 2018.

Țigănașu A. J., *Garantarea dreptului la apărare*, Ed. Aramis, București, 2002.

Udroiu M., Slăvoiu R., Predescu O., *Tehnici speciale de investigare în justiția penală*, Ed. C.H. Beck, București, 2009.

Varney H., Zdunczyk K., Gaudard M., *The role of victims in criminal proceedings*, ICTJ Briefing, 2017, accesibil online la adresa: https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Victims_in_Criminal_Proceedings-Final-EN.pdf.

ANTRENAREA RĂSPUNDERII SOLIDARE ȘI PROCEDURA INSOLVENȚEI. COMPATIBILITATE SAU CARACTER EXCLUSIV

*Conf. univ. dr. Adina PONEA
Universitatea din Craiova,
Facultatea de Drept*

Abstract

The procedure for incurring joint and several liability regulated by the provisions of art. 25 and 26 of the new Fiscal Procedure Code also apply if the debtor is in the insolvency procedure regulated by Law no. 85/2006 on insolvency prevention and insolvency procedures. The two distinct types of responsibilities engaged in two different procedures do not overlap or exclude each other. Regarding the attraction of joint and several liability, according to art. 25 para. (3) of the Fiscal Procedure Code, the text of the law stipulates as a pre-existing condition the state of insolvency or insolvency of a legal person. Therefore, joint and several liability may be incurred, according to art. 25 para. (3) of the normative act specified above, if the (principal) debtor has been declared either in a state of insolvency or in a state of insolvency.

Keywords: *debtor, insolvency, insolvency, joint and several liability training, taxation decision*

1. Considerații introductive

Practica judiciară recentă a relevat o problemă de drept aptă să conducă la interpretări diferite și, în consecință la soluții contrare în ceea ce privește posibilitatea ca, în privința aceluiași debitor insolubil să opereze două proceduri diferite, respectiv antrenarea răspunderii solidare în materie fiscală simultan cu declanșarea procedurii insolvenței, fiind așadar esențial a se stabili raportul dintre Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență și noul Cod de procedură fiscală. Divergența jurisprudențială s-a circumscris situației de fapt și de drept în care, ulterior emiterii deciziei de impunere, în privința contribuabilului persoană juridică a fost dispusă printr-o decizie de antrenare și angajarea răspunderii solidare a persoanei fizice administrator al debitorului, în limita unei părți din debitul fiscal. În

cuprinsul contestației formulate împotriva deciziei de angajare a răspunderii solidare debitorul persoană juridică a fost invocat faptul că, urmare a deschiderii procedurii insolvenței, trebuie făcut raportul între norma specială și cea generală, precum și faptul că norma specială este constituită de Legea nr. 85/2014, conform Deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 28/2018.

Astfel, într-o primă orientare jurisprudențială, majoritară¹ s-a susținut că situațiile reglementate de art. 25 și 26 din Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală, nu se suprapun cu faptele pentru care poate fi atrasă răspunderea membrilor organelor de conducere potrivit art. 169 din Legea nr. 85/2014. Nu există nicio dispoziție în Legea nr. 85/2014 ori în Codul de procedură fiscală, care să împiedice desfășurarea procedurii reglementate de art. 25 și 26 din Legea nr. 207/2015 după deschiderea procedurii insolvenței. Opinia minoritară² a apreciat că procedura falimentului o exclude pe cea a antrenării răspunderii solidare a administratorului și că pentru recuperarea creanțelor fiscale de la debitorii care se află în stare de insolvență potrivit Legii nr. 85/2014, organul fiscal avea obligația de a solicita înscrierea la masa credală a impozitelor, taxelor, contribuțiilor sociale existente în evidența creanțelor fiscale la data declarării insolvenței, așa cum prevede alin. (5) al art. 265 C. pr. fisc.

2. Noțiunile de insolvabilitate și insolvență

Raportat la starea de insolvabilitate, potrivit art. 265 alin. (1) C. pr. fisc. este insolvabil debitorul ale cărui venituri ori bunuri urmăribile au o valoare mai mică decât obligațiile fiscale de plată sau care nu are venituri ori bunuri urmăribile³. Creanțele fiscale pentru care se analizează posibilitatea declarării stării de insolvabilitate sunt reprezentate atât de obligațiile fiscale principale, cât și de obligațiile fiscale accesorii aferente acestora. În cazul în care se constată îndeplinirea condițiilor legale, debitorul în cauză va fi declarat insolvabil în baza unui proces verbal întocmit de compartimentul cu atribuții de executare silită din cadrul organului fiscal, aprobat și vizat conform procedurii reglementată prin ordin ANAF.

Procedura de declarare a stării de insolvabilitate se aplică atât debitorilor ale căror venituri sau bunuri urmăribile au o valoare mai mică decât obligațiile fiscale

¹ Decizia nr. 2780/03.09.2018 pronunțată de C. Ap. Craiova, s. cont. adm. fisc., sent. nr. 786/2012 pronunțată de C. Ap. Craiova, s. cont. adm. fisc., dec. nr. 2780/3.09.2018 pronunțată de C. Ap. Craiova, s. cont. adm. fisc., dec. nr. 2432/26.06.2018 pronunțată de C. Ap., s. cont. adm. fisc.

² Sentința nr. 1211/28.09.2018 pronunțată de Tribunalul Gorj, s. cont. adm. fisc.

³ H. Sasu, L. Țătu, D. Pietroi, *Codul de procedură fiscală. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 205 și urm.; Dan Drosu Șaguna, Dan Șova, *Drept fiscal*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 83-84 și urm.; D. Florescu, P. Coman, T. Mrejeru, M. Safta, G. Bălașa, *Executarea silită. Reglementare. Doctrină. Jurisprudență*, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 130 și urm.; Daniela Isabela Scarlat, *Asigurarea de credite, garanții și riscuri financiare*, Journal of Romanian Literary Studies, nr. 19/2019, Institutul de Studii Multiculturale Alpha; Ed. Arhipelag XXI, p. 633.

de plată, cât și în cazul debitorilor care nu au venituri sau bunuri urmăribile în prima ipoteză, pe perioada declarării insolabilității, măsurile de executare silită nu se vor întrerupe iar obligațiile fiscale principale poartă accesorii, până la data stingerii acestora⁴. De asemenea, pentru obligațiile fiscale ale debitorilor declarați în stare de insolabilitate care nu au venituri sau bunuri urmăribile, conducătorul organului de executare silită dispune scoaterea creanței din evidența curentă și trecerea ei într-o evidență separată pe baza procesului-verbal de insolabilitate [art. 265 alin. (2) C. pr. fisc.], întocmirea acestui proces-verbal având o serie de efecte, precum: întreruperea executării silită; scoaterea creanței din evidența curentă și trecerea ei într-o evidență separată; cel puțin o dată pe an organele fiscale au obligația să efectueze o investigație asupra stării acestor contribuabili; dacă se constată că debitorii au dobândit venituri sau bunuri urmăribile, organele de executare vor lua măsurile necesare de trecere din evidență separată în evidență curentă și de executare silită.

Raportat la starea de insolvență, aceasta este definită la art. 5 pct. 29 din Legea nr. 85/2014 astfel: „insolvența este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile, astfel: a) insolvența debitorului se prezumă atunci când acesta, după 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de creditor; prezumția este relativă; b) insolvența este iminentă atunci când se dovedește că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței”. În cazul debitorilor care se află în procedura insolvenței, organul fiscal solicită înscrierea la masa credală a impozitelor, taxelor, contribuțiilor sociale existente în evidența creanțelor fiscale la data declarării insolvenței. De la data deschiderii procedurii de insolvență se suspendă toate măsurile de executare silită luate împotriva averii debitorului, iar valorificarea drepturilor creditorilor, din averea debitorului se realizează în cadrul procedurii insolvenței, prin depunerea cererii de admitere a creanței la masa credală [art. 75 alin. (1) din Legea nr. 85/2014].

Așadar, din analiza reglementărilor legale, rezultă că cele două noțiuni sunt diferite, insolabilitatea fiind o stare mai gravă întrucât privește situația întregului patrimoniu al debitorului, în timp ce insolvența semnifică doar o insuficiență a fondurilor bănești disponibile. Organul fiscal, constatând că veniturile și bunurile debitorului au o valoare mai mică decât obligațiile de plată prin procesul verbal de declarare a stării de insolabilitate, a recurs la instituția atragerii răspunderii solidare întrucât executarea silită subsecventă emiterii deciziei prevăzute de art. 25 C. pr. fisc., se extinde asupra bunurilor și veniturilor unui terț. După declararea stării de insolabilitate, condiție preexistentă atât pentru alin. (2) cât și pentru alin. (3) ale art. 25 C. pr. fisc., se analizează în ce măsură se poate lua institui antrenarea

⁴ D. Florescu, P. Coman, T. Mrejeru, M. Safta, G. Bălașa, *Executarea silită. Reglementare. Doctrină. Jurisprudență*, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 133 și urm.

răspunderii solidară, potrivit art. 25 alin. (2) sau alin. (3), în funcție de condițiile impuse de aceste prevederi.

3. Posibilitatea antrenării răspunderii solidară concomitent cu derularea procedurii insolvenței

Cadrul normativ incident în care se derulează raporturile litigioase este reprezentat pe de o parte, de dispozițiile privind răspunderea solidară a debitoarei, atrasă în temeiul art. 25 alin. (2) lit. b) și lit. d) din Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală⁵, iar pe de altă parte, de faptele prevăzute de prevederile art. 169 lit. a), d), e), h) din Legea nr. 85/2014⁶ privind insolvența. Codul de procedură fiscală instituie răspunderea solidară conform art. 25, ca modalitate de recuperare numai a creanțelor bugetare, în timp ce Legea nr. 85/2014 (Legea nr. 85/2006) reglementează procedura colectivă pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență în

⁵ Conform prevederilor art. 25 alin. (2) C. pr. fisc., pentru obligațiile de plată restante ale debitorului declarat insolubil în condițiile prezentului cod, răspund solidar cu acesta următoarele persoane: lit. (b) administratorii, asociații, acționarii și orice alte persoane care au provocat insolabilitatea persoanei juridice debitoare prin înstrăinarea sau ascunderea, cu rea-credință, sub orice formă, a activelor debitorului; lit. (d) administratorii sau orice alte persoane care, cu rea-credință, au determinat nedeclararea și/sau neachitarea la scadență a obligațiilor fiscale.

⁶ Prevederile art. 169 lit. a), d), e), h) din Legea nr. 85/2014 dispun că „La cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte sau întregul pasiv al debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă, să fie suportată de membrii organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății, precum și de orice alte persoane care au contribuit la starea de insolvență a debitorului, prin una dintre următoarele fapte: a) au folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane; d) au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea. În cazul nepredării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, atât culpa, cât și legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu se prezumă. Prezumția este relativă; e) au deturnat sau au ascuns o parte din activul persoanei juridice ori au mărit în mod fictiv pasivul acesteia; h) orice altă faptă săvârșită cu intenție, care a contribuit la starea de insolvență a debitorului, constatată potrivit prevederilor prezentului titlu”. (2) Dacă administratorul judiciar ori, după caz, lichidatorul judiciar nu a indicat persoanele culpabile de starea de insolvență a debitorului și/sau a hotărât că nu este cazul să introducă acțiunea prevăzută la alin. (1), aceasta poate fi introdusă de președintele comitetului creditorilor în urma hotărârii adunării creditorilor ori, dacă nu s-a constituit comitetul creditorilor, de un creditor desemnat de adunarea creditorilor. De asemenea, poate introduce această acțiune, în aceleași condiții, creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală. (2) Administratorul judiciar ori, după caz, lichidatorul judiciar, ori de câte ori identifică persoanele culpabile de starea de insolvență a debitorului, va promova acțiunea în antrenarea răspunderii patrimoniale. Dacă administratorul judiciar ori, după caz, lichidatorul judiciar nu a indicat persoanele culpabile de starea de insolvență a debitorului, aceasta poate fi introdusă de președintele comitetului creditorilor în urma hotărârii adunării creditorilor ori, dacă nu s-a constituit comitetul creditorilor, de un creditor desemnat de adunarea creditorilor. De asemenea, poate introduce această acțiune, în aceleași condiții, creditorul care deține mai mult de 30% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală”.

cadrul căreia poate fi creditor și statul pentru creanțele neachitate la bugetul consolidat împreună cu alți creditori. Prin măsura de angajare a răspunderii în solidar cu debitoarea, organele fiscale au ca scop recuperarea obligațiilor fiscale din averea unei terțe persoane și nu din averea debitorului principal, afectată pentru acoperirea creanțelor înscrise la masa credală în cadrul procedurii insolvenței.

În cazul angajării răspunderii solidare, acțiunea organului fiscal, finalizată prin decizia emisă în baza art. 25, și acțiunea în justiție privesc un terț și bunurile acestuia. Reclamantul are posibilitatea ca la rândul său, în virtutea dreptului de regres, să formuleze în cadrul procedurii insolvenței, declarație de creanță împotriva debitorului principal în solidar cu care a fost obligat în procedura reglementată de Codul de procedură fiscală. Tocmai aceasta înseamnă solidaritate pasivă, pe lângă aceasta creditorul poate urmări, la alegerea sa pe oricare dintre codebitorii solidari, pentru întreaga datorie.

În interpretarea și aplicarea prevederilor legale incidente, practica judiciară s-a orientat către recunoașterea posibilității derulării simultane a celor două proceduri privind realizarea creanțelor bugetare. Astfel, în jurisprudența sa comună Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că, faptul că la solicitarea organului fiscal, instanța de judecată a dispus deschiderea procedurii insolvenței față de societatea debitoare nu reprezintă un motiv care să facă inaplicabile dispozițiile art. 27 C. pr. fisc., întrucât dispozițiile Legii nr. 85/2006 nu exclud procedura atragerii răspunderii solidare, specifică recuperării creanțelor bugetare de la debitorul declarat insolubil, statul având la dispoziție mai multe proceduri de recuperare a creanțelor sale⁷. Și soluțiile pronunțate la nivelul curților de apel sunt în același sens, reținându-se în esență că Legea nr. 85/2006 reglementează reguli speciale de egalitate dar și criteriile de ierarhizare pentru creditorii aceluiași debitor aflat în insolvență, fără însă a suprima dreptul acestora de a recupera creanța de la alți debitori solidari⁸.

⁷ În decizia nr. 1070/2009 pronunțată de ÎCCJ, s. cont. adm. fisc., s-a reținut că: „Este adevărat că, urmare a nemajorării capitalului social debitoarea a fost dizolvată conform prevederilor art. 228 lit. b) din Legea nr. 31/1990 (R) însă, potrivit art. 233, dizolvarea societății are ca efect deschiderea procedurii lichidării, astfel că dizolvarea nu împiedică recuperarea de la debitoare a creanțelor datorate bugetului de stat. Legea nr. 85/2006 a avut ca scop instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, în cadrul căreia poate fi creditor și statul pentru creanțele la bugetul de stat neachitate. Codul de procedură fiscală instituie răspunderea solidară conform art. 27, ca modalitate de recuperare numai a creanțelor bugetare. Legea nr. 31/1990 (R), Legea nr. 85/2006 și C. pr. fisc., nu conțin dispoziții exprese referitoare la aplicarea cu prioritate a unora sau altora din normele pe care le edictează, cu incidență în ceea ce privește recuperarea creanțelor bugetare. Faptul că la cererea DGFP Bihor, Tribunalul Bihor a dispus deschiderea procedurii insolvenței față de cele două societăți nu reprezintă un motiv care să facă inaplicabile dispozițiile art. 27 C. pr. fisc., întrucât dispozițiile Legii nr. 85/2006 nu exclud procedura atragerii răspunderii solidare, specifică recuperării creanțelor bugetare de la debitorul declarat insolubil, statul având la dispoziție mai multe proceduri de recuperare a creanțelor sale”.

⁸ Decizia nr. 38/F-CC/2008 pronunțată de C. Ap. Pitești „Emiterea unui titlu de creanță față de un codebitor solidar nu este suspendată de faptul că celălalt codebitor se află în procedură de

Însă, Înalta Curte de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie civilă – a fost sesizată cu privire la pronunțarea unei hotărâri prealabile în scopul tranșării raportului dintre Codul fiscal și Legea nr. 85/2006, respectiv a existenței sau nu a unei priorități în aplicare. Astfel, decizia s-a pronunțat în interpretarea art. 147³ din Legea nr. 571/2003, text ce reglementează modalitatea de determinare a sumei negative a taxei, cumulată și opțiunea de depunere a decontului negativ, cu opțiune de ramburs. Potrivit dispozitivului Deciziei nr. 28/2018 „prevederile art. 1473 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal se interpretează în sensul că dacă s-a constatat, prin hotărâre definitivă, că o creanță fiscală nu poate fi valorificată în procedura insolvenței reglementată de Legea nr. 85/2006, ca urmare a depunerii tardive a acesteia, aceeași creanță nu mai poate fi valorificată de organul fiscal în procedura soluționării cererii de rambursare a T.V.A., formulată de debitoarea aflată în procedura insolvenței”. Potrivit considerentelor Deciziei nr. 28/2018⁹, Codul fiscal reprezintă legea generală în raport cu Legea nr. 85/2014, reținându-se că: „Atât legea insolvenței, cât și codul fiscal conțin dispoziții cu caracter special, fiecare având însă propriul domeniu de reglementare, dar, în condițiile în care la procedura colectivă, egalitară și concursuală a insolvenței participă toți creditorii, inclusiv creditorii bugetari, aceștia trebuie să se supună prevederilor legii insolvenței în procesul de realizare a creanței. În aceste condiții se poate aprecia că în cursul acestei proceduri speciale de insolvență nu mai pot fi aplicate, în ceea ce privește realizarea creanțelor, dispozițiile contrare dintr-o altă lege, chiar dacă aceasta reglementează o procedură de stabilire a creanțelor fiscale, așa cum este Codul fiscal. Concursul dintre legea specială și legea generală se rezolvă în favoarea primei, conform principiului specialia generalibus derogant. Codul fiscal reglementează procedura generală de stabilire a creanțelor fiscale și de recuperare a creanțelor fiscale împotriva debitorilor care nu se află în situații speciale, cum este procedura de insolvență, iar Legea nr. 85/2006 reglementează procedura specială de realizare a tuturor creanțelor, inclusiv a creanțelor fiscale față de un debitor în insolvență. Prin urmare, raportat la modalitatea de realizare a creanțelor față de un debitor aflat în procedura de insolvență, se aplică cu prioritate dispozițiile legii insolvenței, organul fiscal neputând să își mai valorifice propria creanță, neînscrisă la masa pasivă în procedura colectivă, prin respingerea cererii de rambursare T.V.A. în procedura reglementată de art. 147 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal”. Situația de fapt analizată în Decizia nr. 28/2018 vizează circumstanțele în care creditorul creanței-organ fiscal ce deține o creanță născută anterior deschiderii procedurii insolvenței, nu și-a îndeplinit obligația depunerii în

insolvență. Legea nr. 85/2006 stabilește reguli speciale de egalitate, dar și de ierarhizare pentru creditorii unui agent economic aflat în insolvență, dar nu de natură a nega dreptul acestora de a-și îndestula creanța de la alți debitori solidari. Răspunderea la care se referă art. 27 și art. 28 C. pr. fisc. este o răspundere specială care pune în discuție săvârșirea unor delictes sau cvasidelictes”.

⁹ Decizia nr. 28/2018 pronunțată de ÎCCJ, publicată în M. Of. nr. 506/20.06.2018.

termenul legal impus de art. 62 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2006, a cererii de înscriere la masa credală, în cauză cererea fiind respinsă ca tardiv formulată. În această ipoteză, Înalta Curte de Casație și Justiție statuează că nu este posibilă valorificarea creanței pe alte căi, chiar și împotriva membrilor sau asociaților cu răspundere nelimitată, prezentând natura unei sancțiuni, raportat la neîndeplinirea obligațiilor ce decurg din procedura insolvenței. În cauza suspusă judecării la Înalta Curte de Casație și Justiție, creditorul – organ fiscal a încercat executarea silită a creanței neînscrisă la masa credală, prin respingerea de la rambursare a unui un decont TVA, opunând compensarea.

În cauzele analizate însă în jurisprudența Secției de contencios administrativ și fiscal a Curții de Apel Craiova, creditorul – organ fiscal, este legal înscris la masa credală în cadrul procedurii insolvenței, nu a trecut la o dublă executare silită a creanței față de același debitor pe altă cale, nu a ales o procedură de executare după ce a pierdut dreptul de acces la o procedură prioritară prin nerespectarea condițiilor legale, ci constituie prin intermediul procedurii reglementată distinct de art. 25-28 C. pr. fisc., un nou titlu de creanță raportat la un codebitor solidar, administratorul societății debitoare. Pe de altă parte, unul din cazurile de antrenare a răspunderii individuale din Codul de procedură fiscală este tocmai acela în care, din culpă, administratorul omite să solicite în termenul și condițiile legii, deschiderea procedurii insolvenței astfel încât, în cazul când procedura se deschide la cererea altui creditor, nu poate fi invocată această împrejurare drept cauză de inaplicabilitate *de plano* a antrenării răspunderii individuale cu caracter delictual. Or, chiar dacă argumentele instanței supreme s-au referit la raportul dintre Codul fiscal și Legea nr. 85/2014, considerăm că, prin analogie, interpretarea este similară în raportul cu Codul de procedură fiscală. Totuși, acest raport nu conduce la concluzia că cele două legi se exclud reciproc și că ori de câte ori se aplică Legea nr. 85/2014, Codul de procedură fiscală nu mai este incident. Concursul dintre legea specială și legea generală se rezolvă în favoarea legii speciale, conform principiului *specialia generalibus derogant*, așa cum se arată și în cuprinsul deciziei mai sus citate. Dispozițiile legale care nu sunt concurente se vor aplica distinct, fiecare în domeniul vizat de ipoteza normei legale. Aceasta înseamnă că instanțele sunt ținute să verifice, de la caz la caz, dacă faptele administratorului vizate de autoritatea fiscală pentru atragerea răspunderii solidare cad exclusiv sub incidența legii fiscale sau sunt concurente cu dispozițiile legii speciale, în acest din urmă caz urmând să dea efect legii speciale. Altfel spus, decizia emisă în temeiul art. 26 C. pr. fisc. nu poate fi anulată pentru considerentul că autoritatea fiscală nu s-a adresat judecătorului sindic, deoarece acesta nu are competența să stabilească răspunderea solidară reglementată de Codul de procedură fiscală, această competență revenind exclusiv autorității fiscale. Legea nr. 85/2014 nu derogă de la legea fiscală sub acest aspect, ceea ce înseamnă că dispozițiile Codului de procedură fiscală vor fi aplicabile.

Așadar, procedura răspunderii solidare reglementată de Codul de procedură fiscală, este o procedură distinctă și specifică în raport cu procedura răspunderii membrilor organelor de conducere, reglementată de art. 169 din Legea nr. 85/2014 (art. 138 din Legea nr. 85/2006). Codul de procedură fiscală instituie o procedură specială de recuperare a creanțelor fiscale, în cazul în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute expres de lege, condiții care se referă la conduita unei persoane fizice sau persoane juridice care s-au aflat în raporturi juridice cu debitorul fiscal care, prin conduita lor, au făcut ca obligațiile fiscale să nu se achite. Așa cum prevede expres textul art. 25 alin. (2) C. pr. fisc., răspunderea unei persoane fizice sau juridice este antrenată numai dacă debitorul este declarat insolubil. De subliniat că, în ceea ce privește atragerea răspunderii potrivit art. 25 alin. (2) din același act normativ, textul de lege nu precizează ca debitorul să se afle în stare de insolvență. Drept urmare, condiția preexistentă de atragere a răspunderii este ca debitorul să fie insolubil, insolvabilitatea fiind definită la art. 265 C. pr. fisc. În ceea ce privește atragerea răspunderii solidare, conform art. 25 alin. (3) C. pr. fisc., textul de lege prevede ca și condiție preexistentă starea de insolabilitate sau insolvența a unei persoane juridice. Prin urmare, se poate atrage răspunderea solidară, potrivit art. 25 alin. (3) dacă debitorul (principal) a fost declarat ori în stare de insolabilitate, ori în stare de insolvență.

Deși textul art. 265 C. pr. fisc. nu distinge cu privire la momentul la care un contribuabil se declară insolubil, apreciem că o persoană juridică aflată în procedura insolvenței poate fi trecută în insolabilitate dacă sunt îndeplinite condițiile legii (art. 176 C. pr. fisc.), cu observația că, organul fiscal competent trebuie să participe în condițiile legii, alături de ceilalți creditori, la toate operațiunile legate de lichidare și să efectueze toate diligențele în vederea recuperării creanțelor fiscale datorate de către debitor bugetului de stat.

Astfel, rezultă că, în situația în care sunt îndeplinite și condițiile prevăzute de Codul de procedură fiscală pentru atragerea răspunderii solidare a persoanei fizice sau juridice, organul fiscal este îndreptățit să dispună și antrenarea acestei răspunderi chiar dacă debitorul se află în insolvență. Pe cale de consecință, din analiza comparată a răspunderii reglementată de cele două acte normative, respectiv Legea nr. 85/2014 și Legea nr. 207/2015, reiese că, situațiile și cazurile în care se poate atrage răspunderea sunt diferite și nu se exclud unele pe altele. Ca urmare, nu se poate pune în discuție oportunitatea atragerii răspunderii potrivit Legii nr. 85/2014 sau potrivit Codului de procedură fiscală, organul fiscal trebuind să uzeze de toate mijloacele legale pe care le are puse la dispoziție pentru recuperarea creanțelor fiscale.

Concluzionând, apreciem întemeiată și justificată interpretarea conform căreia procedura antrenării răspunderii solidare reglementată de dispozițiile art. 25 și 26 din noul C. pr. fisc. se aplică și în cazul în care debitorul se află în procedura insolvenței reglementată de Legea nr. 85/2006 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență.

CERTIFICATUL DE MOȘTENITOR-ACT DE JURISDICȚIE BAZAT PE CONVENȚIA PĂRȚILOR

*Asist. univ. dr. Anca GHERGHE
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept*

*Lect. univ. dr. Mihai DOGARU
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept*

Abstract

The inheritance certificate has gained a major importance under the Civil code of 2009, similar to authentic ownership documents. This importance comes from the fact that the present legislator gave to the inheritance certificate the value of a property title. This is how the inheritance certificate became one of the forms of property acquisition, in the context of article 557 of Civil code. The inheritance certificate is issued only by notary public, after going through a legal procedure and it contains information concerning the number and the qualification of heritors, their share of the inheritance and the description of the assets that belonged to the deceased one. The problem about the inheritance certificate is that it is based on heritors statements and these statements cannot be always certified or demonstrated. This fact can generate legal conflicts between heritors or between them and third parties that can lead to lawsuits.

Keywords: *inheritance, property right, assets, successor, inheritance certificate, nullity.*

§1. Aspecte generale

Art. 557 C. civ. prevede, alături de celelalte modalități de dobândire a dreptului de proprietate, moștenirea legală sau testamentară¹. De aici importanța certificatului

¹ Art. 557 alin. (1): Dreptul de proprietate se poate dobândi, în condițiile legii, prin convenție, moștenire legală sau testamentară, accesiune, uzucapiune, ca efect al posesiei de bună-credință în cazul bunurilor mobile și al fructelor, prin ocupațiune, tradițiune, precum și prin hotărâre judecătorească, atunci când ea este translativă de proprietate prin ea însăși.

de moștenitor, acesta fiind actul prin intermediul căruia moștenirea legală sau testamentară devin moduri de dobândire a dreptului de proprietate. Certificatul de moștenitor este acel act eliberat de notarul public, prin care se finalizează dezbateră succesoră necontencioasă și care, pe baza acordului de voință al succesibililor, constată transmiterea drepturilor defunctului către moștenitorii săi.

Este adevărat că simplul fapt al decesului unei persoane, fapt cunoscut în practica succesoră sub denumirea de „deschidere a moștenirii”, face ca transmiterea drepturilor sale către succesibili să se producă, fără intervenția vreunui alt act sau fapt juridic², însă instrumentul care constată această transmisiune și care o dovedește, în același timp, este certificatul de moștenitor³. Fără emiterea acestui act care să constate numărul, calitatea moștenitorilor și, mai ales, cota ce revine fiecăruia, niciun act cu privire la bunurile ce fac parte din masa succesoră nu poate fi încheiat de către moștenitori. Pe de altă parte, este posibil ca, de la data decesului, adică din momentul deschiderii moștenirii și operării transmisiunii succesorale, unii succesibili să renunțe la calitatea lor de moștenitori, situație în care este necesar un act care să constate această renunțare, dublat, bineînțeles, de declarația autentică de renunțare făcută de succesibil, iar acest act este certificatul de moștenitor. În altă ordine de idei, în cazul unei anumite categorii de moștenitori, respectiv moștenitorii nesezinari, certificatul de moștenitor are un efect și mai larg, el fiind singura modalitate de trimitere în posesie a acestora.

Eliberarea certificatului de moștenitor se face numai de către notarul public, în urma parcurgerii procedurii succesorale așa cum este aceasta prevăzută de Codul civil și de Legea nr. 36 /1995 a notarilor publici și a activității notariale, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Întrebarea care se pune este în ce măsură certificatul de moștenitor este un act de autoritate, emis de către notarul public pe baza unor probe administrate în condițiile legii și în ce măsură acesta este rezultatul acordului de voință a moștenitorilor. Conținutul certificatului de moștenitor are la bază, într-o proporție destul de mare, declarațiile succesibililor, adică date pe care notarul public nu le poate verifica îndeajuns, pentru a stabili veridicitatea deplină a acestora. Astfel este declarația succesibililor și a martorilor cu privire la numărul moștenitorilor sau compunerea masei succesorale, în ceea ce privește atât bunurile, cât și pasivul moștenirii. Notarul public poate constata *ex propriis sensibus* faptul prezentării succesibililor în persoană, data emiterii certificatului, calitatea moștenitorilor, pe baza actelor de stare civilă, data decesului, însă nu și aspectele extrem de importante care vizează bunurile ce fac parte din moștenire, datoriile și numărul moștenitorilor, care țin strict de declarațiile succesibililor. Vorbim despre succesibili și nu despre moștenitori aici, întrucât declarațiile nu aparțin

² D. Chirică, *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 11.

³ *Idem*, p. 438.

întotdeauna numai celor care dobândesc efectiv drepturi asupra bunurilor defunctului, ci și celor care renunță la moștenire, dar care, de cele mai multe ori, participă la procedura succesorală notarială, semnând alături de moștenitorii cu vocație concretă. Această participare este solicitată de către notarul public tocmai pentru a constata că există acordul tuturor persoanelor cu vocație concretă la moștenire, chiar dacă unele dintre acestea renunță la drepturile lor.

Această trăsătură a certificatului de moștenitor de a avea la bază declarațiile succesibililor duce, în unele cazuri, la desființarea lui de către instanța de judecată, atunci când declarațiile nu sunt conforme cu realitatea. Tot această caracteristică dă naștere și la o forță probantă diferită a certificatului în funcție de persoanele cărora le este opus, adică părțile sale sau terții.

Concepția despre certificatul de moștenitor a evoluat de-a lungul timpului. Astfel, dacă sub Codul civil de la 1864 acesta era un act care constata numărul și calitatea moștenitorilor, cotele le reveneau acestora și întinderea masei succesoriale, fără a face dovada dreptului de proprietate al moștenitorilor, sub Codul civil actual certificatul de moștenitor este un veritabil act de proprietate, așa cum prevede art. 1133 alin. (1) C. civ., potrivit căruia „Certificatul de moștenitor face dovada calității de moștenitor, legal sau testamentar, precum și dovada dreptului de proprietate al moștenitorilor acceptanți asupra bunurilor din masa succesorală, în cota care se cuvine fiecăruia”.

În cele ce urmează vom trata aspect referitoare la competența emiterii, procedura notarială a eliberării certificatului de moștenitor, valoarea sa juridică, condițiile de valabilitate ale acestuia și posibilele cauze de desființare ale acestui act.

§2. Reguli de competență în materia eliberării certificatului de moștenitor

În ceea ce privește competența procedurii succesoriale notariale, notarii publici au o competență specială, teritorială, prevăzută de art. 15 lit. a) și de art. 103 din Legea nr. 36 /1995 a notarilor publici și a activității notariale, republicată, cu modificările și completările ulterioare, dar și de art. 954 C. civ.

Astfel, potrivit normelor legale menționate, notarul public competent cu dezbateră procedura succesoriale este notarul cel dintâi sesizat din circumscripția Judecătoriei unde defunctul a avut ultimul domiciliu. Dacă este vorba despre mai mulți defuncți ale căror succesiuni se dezbate împreună, prin conexarea dosarelor succesoriale, întrucât este vorba despre aceleași bunuri și aceiași moștenitori, este competent notarul de la ultimul domiciliu al defunctului care a decedat cel din urmă. În situația în care ultimul domiciliu al defunctului nu este cunoscut sau nu se află pe teritoriul României, competența aparține celui dintâi notar sesizat, cu condiția ca în circumscripția sa să existe cel puțin un bun imobil al defunctului. Dacă, în această din urmă ipoteză, nu există bunuri imobile, este competent notarul public cel dintâi sesizat, în circumscripția căruia se află cel puțin un bun mobil. Iar dacă în succesiune

nu există nici bunuri imobile, nici bunuri mobile, competența soluționării cauzei succesoriale aparține primului notar sesizat de pe teritoriul României.

Dovada decesului și dovada ultimului domiciliu se fac cu certificatul de deces, eliberat în condițiile legii.

§3. Procedura eliberării certificatului de moștenitor

Dezbaterea succesiunii are ca punct de pornire cererea adresată notarului public. Potrivit dispozițiilor art. 103 alin. (1) din Legea nr. 36/1995, se poate adresa notarului public cu cerere de deschidere a procedurii succesoriale orice persoană interesată, precum și secretarul Consiliului local al localității unde defunctul avea bunuri la data decesului.

De asemenea, procedura poate fi pornită și în baza unei hotărâri judecătorești definitive, care, fie a soluționat divergențele dintre moștenitori privind calitatea și numărul lor, bunurile care fac parte din patrimonial succesoral sau cota ce revine fiecăruia, fie a desființat un certificat de moștenitor eliberat anterior și obligă notarul public la eliberarea unui nou certificat de moștenitor⁴.

După ce a fost sesizat, art. 101 alin. (2) din Legea nr. 36/1995 impune obligația notarului public de a-și verifica competența, anterior punerii dosarului succesoral pe rol și, de asemenea, de a verifica dacă procedura succesorală nu a fost deja deschisă la un alt notar public din circumscripția aceleiași Judecătoria. Dovada faptului că procedura nu a fost deja deschisă la un alt notar public se face cu certificatul eliberat de Camera notarilor publici, cu privire la verificarea Registrului de evidență a procedurilor succesoriale, ținut de aceasta, așa cum prevede art. 237 din Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995.

Dacă notarul sesizat constată că este competent să soluționeze cauza succesorală și dacă constată că nu a fost sesizat anterior un alt notar public, va proceda la înregistrarea dosarului succesoral pe rolul biroului notarial, adică va înregistra cererea în registrul de evidență a succesiunilor și în celelalte registre privitoare la succesiuni. Potrivit art. 104 din Legea nr. 36/1995, cererea trebuie să cuprindă datele de identificare a defunctului, adică data decesului, codul numeric personal, ultimul domiciliu al defunctului, datele de identificare a moștenitorilor, bunurile care fac parte din masa succesorală și pasivul succesoral.

După înregistrarea cererii, notarul public acordă un termen pentru dezbateri, moment până la care are obligația de a verifica în registrul național notarial corespunzător dacă succesibilii și-au exprimat opțiunea succesorală, dacă defunctul a făcut liberalități, dacă a încheiat vreo convenție în timpul vieții de schimbare a regimului matrimonial, dacă defunctul are datorii înscrise în registrul creditorilor,

⁴ *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, art. 1-2664, coord. Flavius Baias, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1176.

situația juridică a bunurilor, precum și eventualele datorii fiscale cu privire la acestea⁵.

În cazul succesiunilor succesive, deci atunci când există mai mulți defuncți care se moștenesc unul pe celălalt, se face câte o cerere pentru fiecare defunct și câte un dosar distinct, apoi dosarele celorlalți defuncți se conexează la cel care a decedat primul și se eliberează un singur certificat de moștenitor, potrivit art. 240 și art. 254 din Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995.

În continuare, notarul public poate proceda la inventarierea bunurilor succesoriale, dacă există cerere în acest sens făcută de o persoană îndreptățită. Sunt persoane îndreptățite orice succesibil, executorul testamentar, creditorii defunctului sau ai moștenitorilor, orice altă persoană care justifică un interes în sensul prevăzut de art. 33 C. pr. civ.⁶.

Dacă defunctul a întocmit un testament autentic, notarul public citează moștenitorii universali și legatarii, iar dacă nu există moștenitori universali, sunt citați doar legatarii. Dacă defunctul întocmit un testament olograf, se procedează la deschiderea și vizarea lui spre neschimbare, în condițiile art. 107 din Legea nr. 36/1995.

La termenul fixat pentru dezbateri, notarul public stabilește, pe baza declarațiilor moștenitorilor, a dovezilor eliberate de registrele naționale notariale și a documentelor prezentate, dacă succesibilii au acceptat succesiunea sau au renunțat la aceasta. Apoi, este obligatorie audierea a cel puțin doi martori, care, potrivit art. 239 din Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, trebuie să îl fi cunoscut pe defunct și să cunoască date personale despre acesta, precum și numărul și calitatea moștenitorilor.

Un demers prealabil și obligatoriu, înainte de eliberarea încheierii finale, îl constituie lichidarea regimului matrimonial, pentru defuncții decedați după intrarea în vigoare a Codului civil din 2009⁷.

După ce sunt îndeplinite toate aceste demersuri, notarul public întocmește o încheiere finală, care, potrivit art. 253 din Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, „constată îndeplinirea procedurii succesoriale se redactează în prezența moștenitorilor și cuprinde două părți: a) în prima parte se consemnează: apelul nominal al moștenitorilor prezenți și al altor persoane participante la dezbaterile succesorală; îndeplinirea procedurii citării pentru moștenitorii absenți; declarațiile celor prezenți cu privire la numărul și calitatea moștenitorilor, existența unor testamente, precum și componența masei

⁵ Art. 238 din Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995.

⁶ D. Dunca, D. Negrilă, *Procedura succesorală notarială, Note de curs*, Ed. Notarom, București, 2014, pp. 16-18.

⁷ Art. 1133 alin. (2) C. civ.: „În vederea stabilirii componenței patrimoniului succesoral, notarul public procedează, mai întâi, la lichidarea regimului matrimonial”.

successorale, a pasivului succesiunii și întinderea drepturilor succesorilor și ale legatarilor universali, cu titlu universal și cu titlu particular, după caz. Dacă în masa succesorală se includ bunuri deținute în proprietate comună, notarul public va stabili cota-parte din drept ce a aparținut autorului și care urmează a fi inclusă în masa succesorală; b) în partea a doua se consemnează constatările notarului public cu privire la declarațiile moștenitorilor inserate în prima parte a încheierii, se stabilesc de către acesta valoarea activului și a pasivului succesiunii, valoarea activului net al succesiunii, moștenitorii și întinderea drepturilor lor, precum și onorariul perceput, tariful de publicitate imobiliară și, după caz, impozitul”.

Încheierea finală este semnată de către succesibili, atât de către cei care moștenesc efectiv, cât de către renunțatori, dacă sunt prezenți la dezbatere. Legea prevede obligativitatea semnăturii moștenitorilor⁸, însă, pentru o mai mare siguranță juridică a actului, majoritatea notarilor publici solicită și semnăturile celorlalți succesibili, chiar renunțatori, dacă sunt prezenți la procedura succesorală.

După întocmirea și semnarea încheierii finale, pe baza ei se redactează certificatul de moștenitor, care, potrivit art. 116 din Legea nr. 36/1995, va avea aceeași dată cu încheierea finală și număr din registrul de termene succesoriale ținut de biroul notarial și va cuprinde constatările din încheiere referitoare la masa succesorală, la calitatea și numărul moștenitorilor și la cotele ce le revin acestora, precum și orice alte mențiuni relevante.

§4. Obligativitatea lichidării regimului matrimonial

Unul din demersurile obligatorii și prealabile eliberării certificatului de moștenitor este lichidarea regimului matrimonial al defunctului. Această etapă obligatorie este impusă de art. 355 și art. 1133 alin. (2) C. civ. și se aplică numai pentru defuncții decedați după intrarea în vigoare a Codului civil din 2009, întrucât art. 91 Legea nr. 7/2011 privind punerea în aplicare a Codului civil prevede faptul că moștenirile deschise înainte de intrarea în vigoare a Codului civil actual nu sunt supuse acestuia, ci sunt reglementate de legea în vigoare la data deschiderii lor.

În cazul defuncțiilor care erau căsătoriți la data decesului, succesiunea nu se dezbate numai cu privire la bunurile proprii ale soțului decedat, ci și cu privire la partea lor din bunurile dobândite în coproprietate cu soțul supraviețuitor. Pentru a include în masa succesorală partea din bunurile comune care aparține soțului defunct, trebuie, mai întâi ca această parte să fie stabilită, prin determinarea cotei de contribuție la dobândirea bunurilor comune. Acest lucru se face prin intermediul actului de lichidare a regimului comunității legale de bunuri, lichidare care este obligatorie în cazul încetării comunității legale de bunuri, potrivit art. 355 C. civ.

⁸ Art. 113 lit. n) din Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și a activității notariale, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

Actul de lichidare se autentifică potrivit procedurii specifice actelor autentice și se încheie între soțul supraviețuitor și moștenitorii soțului decedat. Având în vedere că acest act ca scop stabilirea componenței masei succesoriale⁹, în cuprinsul său, după identificarea părților și precizarea datelor de identificare a defunctului a cărui succesiune se dezbate, se va proceda la identificarea bunurilor proprii ale fiecărui soț, la identificarea bunurilor comune în devălmășie sau în coproprietate pe cote-părți, dacă soții au ales regimul separației de bunuri¹⁰, la stabilirea cotei de contribuție a fiecărui soț la dobândirea bunurilor comune, dar și la identificarea datoriilor proprii ale fiecărui soț și a datoriilor comune, precum și a cotei ce revine fiecăruia din datoriile comune¹¹. Stabilirea masei succesoriale presupune determinarea atât a activului, cât și a pasivului, întrucât patrimoniul unei persoane include și activul și pasivul, adică și bunurile și datoriile, care se împart între moștenitori proporțional cu cota ce revine fiecăruia din moștenire¹².

Lichidarea regimului comunității legale este obligatorie chiar și atunci când ambii soți sunt decedați, iar moștenitorii declară că cel care a murit cel din urmă nu a acceptat succesiunea celuilalt soț¹³. În această situație, actul se încheie între moștenitorii primului soț decedat și moștenitorii celui de-al doilea¹⁴. Lichidarea este obligatorie, deoarece partea din bunurile comune care aparține soțului care decedat ultimul nu va fi inclusă în masa succesorală a primului, ci în masa sa succesorală proprie, astfel că este lipsit de relevanță dacă moștenitorii declară că soțul care a decedat cel din urmă, nu acceptat succesiunea primului decedat¹⁵.

Pe de altă parte, dacă succesiunile ambilor soți se dezbate în același timp, se va încheia un singur act de lichidare a regimului matrimonial al comunității de bunuri¹⁶.

De asemenea, actul de lichidare va cuprinde și bunurile dobândite de soțul defunct în timpul căsătoriei, chiar dacă aceștia erau separați în fapt la data dobândirii bunului, întrucât acesta este calificat tot ca bun comun¹⁷.

Încheierea actului de lichidare nu este obligatorie în cazul în care moștenitorii solicită emiterea unui certificat de calitate de moștenitor, deoarece acest tip de certificat nu atestă decât numărul și calitatea moștenitorilor, precum și cota ce revine fiecăruia din masa succesorală, fără a stabili componența masei succesoriale¹⁸. Dacă, totuși, notarul public, autentifică actul de lichidare, acesta va produce efecte

⁹ *Culegere de practică notarială*, vol. V, colectiv de autori, Ed. Notarom, București, 2018, p. 166.

¹⁰ *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, op. cit.*, p. 1178.

¹¹ *Culegere de practică notarială*, vol. V, 2018, *op. cit.*, p. 166.

¹² *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, op. cit.*, p. 377.

¹³ *Culegere de practică notarială*, vol. V, 2018, *op. cit.*, pp. 165-166.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Idem*, p. 167.

¹⁶ *Idem*, p. 168.

¹⁷ *Culegere de practică notarială*, vol. VI, colectiv de autori, Ed. Notarom, București, 2019, p. 111.

¹⁸ *Culegere de practică notarială*, vol. III, *op. cit.*, 2016, p. 176.

în momentul în care moștenitorii vor solicita și emiterea certificatului de moștenitor în succesiunea respectivă¹⁹.

Problema care apare în legătură cu actul de lichidare a regimului matrimonial în cadrul dezbaterii succesiunii pe cale notarială se referă la faptul că acest act are la bază, aproape în întregime, declarațiile părților. Art. 108 din Legea nr. 36/1995 dispune că moștenitorii, prin acordul lor, declară cota de contribuție a fiecărui soț la dobândirea bunurilor și datoriilor comune. Tot moștenitorii, prin declarație, decid care sunt bunurile care urmează să facă parte din masa succesorală. Este adevărat că masa succesorală poate fi suplimentată ulterior, prin eliberarea unui certificat de moștenitor suplimentar, întrucât legea permite acest lucru²⁰, ceea ce înseamnă că nu este o problemă dacă moștenitorii nu declară, de la început, toate bunurile proprii și comune ale soțului decedat și soțului supraviețuitor.

Problema este că tot moștenitorii sunt cei care declară și datoriile proprii și comune ale acestora. Sunt datoriile care pot fi verificate de către notarul public și care trebuie verificate, motiv pentru care certificatul de moștenitor nu este eliberat înainte ca părțile să prezinte un certificat fiscal eliberat de direcția de impozite și taxe competentă sau un certificat de atestare fiscal eliberat de Agenția națională de administrare fiscală competentă, însă este foarte posibil ca defunctul să fi avut și alte datorii pe care notarul public nu le poate verifica, datoriile care să nu fie declarate de moștenitori și care, ulterior, pot duce la acțiuni în instanță în vederea desființării certificatului de moștenitor.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și a activității notariale, republicată, cu modificările și completările ulterioare art. 119: „(1) După emiterea certificatului de moștenitor, un alt certificat poate fi eliberat numai în situațiile prevăzute de prezenta lege. (2) Cu acordul tuturor moștenitorilor, notarul public poate relua procedura succesorală, în vederea completării încheierii finale cu bunurile omise din masa succesorală, eliberând un certificat de moștenitor suplimentar. (3) În situația prevăzută la alin. (2) se prezumă acordul pentru eliberarea unui certificat suplimentar de moștenitor al moștenitorului care, legal citat, nu își manifestă opunerea. (4) Citația va cuprinde enumerarea bunurilor pentru care sa solicitat suplimentarea masei succesorală și dreptul moștenitorului de a se opune la eliberarea certificatului de moștenitor suplimentar. (5) Opoziția va fi motivată și se va depune până la termenul fixat pentru dezbaterea cauzei”.

Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995 art. 257: „(1) Certificatul de moștenitor suplimentar se eliberează de notarul public care a eliberat primul certificat de moștenitor. Dacă notarul public nu mai este în funcție sau părțile nu mai vor să se adreseze acestuia, certificatul se va elibera, la cerere, de un alt notar public din aceeași circumscripție a judecătoriei. În acest caz, dosarul inițial al cauzei se va transmite, prin intermediul Camerei, de la biroul notarial în arhiva căruia se află sau, după caz, din arhiva Camerei la notarul public care va instrumenta certificatul de moștenitor suplimentar, făcându-se mențiunile corespunzătoare în registrele de succesiuni. (2) În toate cazurile de repunere pe rol a unui dosar succesoral, notarul public va atașa la dosarul nou-înregistrat dosarul anterior, cu excepția cazului în care pentru acesta s-a împlinit termenul de păstrare și a fost predat potrivit legii. În acest din urmă caz, la dosarul nou-înregistrat se va atașa în copie, după caz, încheierea finală și certificatul de moștenitor inițial”.

Apoi, actul de lichidare cuprinde atât bunurile imobile, cât și bunurile mobile proprii și comune. Or, în cazul bunurilor mobile, aproape niciodată acestea nu sunt declarate de către moștenitori. Acesta este, de asemenea, un aspect care poate duce, ulterior, la litigii între moștenitori, de această dată.

Din acest punct de vedere, forța probantă a actului de lichidare întocmit în cadrul procedurii succesorală nu este foarte mare.

§5. Tipuri de certificate de moștenitor și elementele componente ale acestora

În primul rând, trebuie menționat faptul că certificatul e moștenitor se redactează în limba română, în atâtea exemplare câți moștenitori sunt, la care se adaugă un exemplar pentru dosarul succesoral și unul pentru mapa cu certificate de moștenitor, ambele ținute pe suport fizic de către biroul notarial, apoi se mai adaugă câte un exemplar pentru fiecare registru publicitate, după caz.

În cazul în care bunurile imobile ce fac parte din masa succesorală sunt înscrise în cartea funciară, un exemplar al certificatului, însoțit de un extras de carte funciară pentru informare, trebuie trimise la cartea funciară pentru a se îndeplini formalitățile de publicitate²¹. Dacă bunurile nu sunt înscrise în cartea funciară, art. 255 alin. (3) din Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995 prevede faptul că, în cuprinsul certificatului de moștenitor, li se pune în vedere moștenitorilor, obligativitatea îndeplinirii formalităților de publicitate.

Art. 1132 C. civ. enumeră, la modul general, exemplificativ elementele obligatorii ce trebuie să se regăsească în certificatul de moștenitor. Acestea sunt: constatări referitoare la patrimoniul succesoral, numărul și calitatea moștenitorilor și cotele ce le revin din acest patrimoniu, precum și alte mențiuni prevăzute de lege.

Potrivit doctrinei de specialitate²², certificatul de moștenitor cuprinde următoarele mențiuni: antetul biroului notarial, numărul dosarului succesoral, denumirea certificatului, numărul certificatului, data emiterii, numele notarului public, temeiul legal al îndeplinirii procedurii succesorală [art. 12 lit. c) și art. 116 din Legea nr. 36/1995], datele de identificare a defunctului, elemente privind regimul matrimonial al defunctului (dacă a fost sau nu căsătorit la data decesului, actul prin care s-a lichidat regimul matrimonial), elemente privind masa succesorală (enumerarea și descrierea bunurilor mobile și imobile și modul de dobândire a acestora), natura succesiunii (legală sau testamentară), moștenitorii (nume, prenume, cod numeric personal, domiciliu), cota ce revine fiecărui moștenitor, informații despre atribuirea

²¹ Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995 art. 255 alin. (2).

²² D. Dunca, D. Negrilă, *Procedura succesorală notarială, Note de curs*, Ed. Notarom. București, 2014, pp. 255-256.

bunurilor către fiecare moștenitor, dacă este cazul sau la eliberarea actului în baza unei hotărâri judecătorești, enumerarea celor care au renunțat expres la moștenire, cu menționarea actului prin care s-a făcut renunțarea, enumerarea celor prezumați renunțatori la moștenire, enumerarea celor care sunt străini de moștenire (care declară peste termenul de opțiune succesorală că nu au făcut acte de acceptare a moștenirii), enumerarea celor nedemni, dacă este cazul, mențiuni cu privire la onorariu, impozit și tarif ANCP, semnătura și sigiliul notarului public. Certificatul de moștenitor nu cuprinde semnătura moștenitorilor.

Codul civil prevede în art. 1132, la modul general, faptul că notarul public eliberează certificatul de moștenitor, fără a face vreo distincție între mai multe tipuri de certificate de moștenitor. În practică, însă, în funcție de fiecare situație în parte distingem între certificat de moștenitor, certificat de legatar, certificat de moștenitor suplimentar și certificat de calitate de moștenitor.

Certificatul de moștenitor și de legatar au același conținut, diferența dintre ele constând în faptul că cel de legatar are la baza succesiunea testamentară, deci se va face mențiune în cuprinsul său despre existența testamentului.

Certificatul de moștenitor suplimentar se eliberează în temeiul art. 119²³ din Legea nr. 36/1995 și art. 257 din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995²⁴, atunci când se constată că în succesiunea în care s-a eliberat deja un certificat de moștenitor mai există și alte bunuri care nu au fost incluse în masa succesorală, certificatul suplimentar cuprinzând aceste bunuri.

Certificatul de calitate de moștenitor are același conținut ca și certificatul de moștenitor, cu excepția datelor referitoare la bunuri. Potrivit art. 117 din Legea nr.

²³ (1) După emiterea certificatului de moștenitor, un alt certificat poate fi eliberat numai în situațiile prevăzute de prezenta lege. (2) Cu acordul tuturor moștenitorilor, notarul public poate relua procedura succesorală, în vederea completării încheierii finale cu bunurile omise din masa succesorală, eliberând un certificat de moștenitor suplimentar. (3) În situația prevăzută la alin. (2) se prezumă acordul pentru eliberarea unui certificat suplimentar de moștenitor al moștenitorului care, legal citat, nu își manifestă opunerea. (4) Citația va cuprinde enumerarea bunurilor pentru care sa solicitat suplimentarea masei succesoriale și dreptul moștenitorului de a se opune la eliberarea certificatului de moștenitor suplimentar. (5) Opoziția va fi motivată și se va depune până la termenul fixat pentru dezbaterea cauzei.

²⁴ (1) Certificatul de moștenitor suplimentar se eliberează de notarul public care a eliberat primul certificat de moștenitor. Dacă notarul public nu mai este în funcție sau părțile nu mai vor să se adreseze acestuia, certificatul se va elibera, la cerere, de un alt notar public din aceeași circumscripție a judecătoriei. În acest caz, dosarul inițial al cauzei se va transmite, prin intermediul Camerei, de la biroul notarial în arhiva căruia se află sau, după caz, din arhiva Camerei la notarul public care va instrumenta certificatul de moștenitor suplimentar, făcându-se mențiunile corespunzătoare în registrele de succesiuni.

(2) În toate cazurile de repunere pe rol a unui dosar succesoral, notarul public va atașa la dosarul nou-înregistrat dosarul anterior, cu excepția cazului în care pentru acesta s-a împlinit termenul de păstrare și a fost predat potrivit legii. În acest din urmă caz, la dosarul nou-înregistrat se va atașa în copie, după caz, încheierea finală și certificatul de moștenitor inițial.

36/1995, certificatul de calitate de moștenitor se eliberează cu respectarea procedurii privind eliberarea certificatului de moștenitor, numai că el nu va conține mențiuni referitoare la masa succesorală, ci doar va stabili numărul și calitatea moștenitorilor, precum și cota ce revine fiecăruia din moștenire. Acest tip de certificat este necesar pentru ca moștenitorii să dovedească faptul că au această calitate față de defunct, fără a putea, însă, valorifica bunurile imobile din masa succesorală pe baza lui. De exemplu, notarul public procedează la eliberarea certificatului de calitate de moștenitor atunci când moștenitorii doresc să facă un act prin care să declare că autorul lor, decedat, nu a acceptat succesiunea unui alt defunct față de care cel de-al doilea avea vocație succesorală concretă, în vederea dezbaterii succesiunii primului defunct decedat la un alt notar public. Pentru a da această declarație, este necesar ca declaranții să aibă calitatea de moștenitori, certificatul de calitate echivalând cu o acceptare a moștenirii, deci cu dobândirea irevocabilă a calității de moștenitori.

§6. Valoarea juridică a certificatului de moștenitor

Valoarea juridică a certificatului de moștenitor s-a modificat substanțial sub Codul civil din 2009. De fapt, întreaga materie a succesiunilor a suferit modificări, de la „reforma terminologică”, prin înlocuirea termenului de succesiune cu cel de moștenire²⁵, la reforma substanțială, prin modificarea termenului de opțiune succesorală, introducerea obligativității lichidării regimului matrimonial, modificări în cazul moștenirilor vacante, dar, mai ales, modificarea efectelor certificatului de moștenitor.

Practica judiciară și doctrina anterioare Codului civil actual au statuat faptul că certificatul de moștenitor nu are valoare de titlu de proprietate, chiar dacă acesta constată transmiterea moștenirii de la defunct către moștenitorii săi²⁶. Practic, aceasta ar însemna că certificatul de moștenitor nu dovedește faptul că bunurile pe care acesta le enumeră au aparținut efectiv defunctului, că acesta a avut drept de proprietate asupra lor și nici că ele au fost transmise către succesori²⁷. Este adevărat că, așa cum am afirmat deja, certificatul de moștenitor se fundamentează, în mare parte, pe declarațiile moștenitorilor, declarații a căror realitate notarul public nu o poate verifica întotdeauna, lucru care poate duce la anumite erori, însă este incontestabil faptul că el este un document oficial care atestă anumite stări de fapt și de drept în devoluțiunea legală a succesiunii, cum ar fi faptul că cei prevăzuți în cuprinsul său sunt moștenitorii defunctului²⁸.

Legiuitorul actual a schimbat radical percepția cu privire efectele juridice ale certificatului de moștenitor, prin acordarea acestuia a valorii de veritabil titlu de

²⁵ M.D. Bob, *Probleme de moșteniri în vechiul și în noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. 33-44.

²⁶ G. Florescu, *Nulitatea actului juridic civil*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 372.

²⁷ D. Chirică, *op. cit.*, București, 2017, p. 438.

²⁸ *Ibidem*.

proprietate. Astfel, potrivit art. 1133 C. civ. alin. (1), „Certificatul de moștenitor face dovada calității de moștenitor, legal sau testamentar, precum și dovada dreptului de proprietate al moștenitorilor acceptanți asupra bunurilor din masa succesorală, în cota care se cuvine fiecăruia”. Art. 116 alin. (3) din Legea nr. 36/1995 are aproximativ același conținut ca și dispozițiile art. 1133 C. civ., menționând, la final, că certificatul de moștenitor face și dovada cotei ce revine fiecărui moștenitor din masa succesorală. Aceasta înseamnă că va trebui să se facă distincție între certificatele de moștenitor eliberate pentru defuncții decedați înainte de intrarea în vigoare a Codului civil actual, care nu fac dovada dreptului de proprietate și certificatele eliberate pentru defuncții decedați după intrarea în vigoare a Codului civil din 2009, care constituie titluri de proprietate.

Pornind de la aceste dispoziții legale, putem spune că certificatul de moștenitor este un act constatator, căci el numai constată transmisiunea pentru cauză de moarte care a operat încă de la data decesului lui *de cuius*, în temeiul legii sau al testamentului, în funcție de situație²⁹. Ca și act constatator, probator al transmisiunii succesoriale, certificatul de moștenitor face parte din categoria actelor declarative de drepturi³⁰, astfel că acesta are caracteristica specifică acestui tip de acte și anume producerea efectelor retroactiv³¹, încă de la momentul deschiderii succesiunii. Aceasta înseamnă că titlul translativ de proprietate în materie de moștenire îl constituie însăși devoluțiunea legală sau testamentară, iar certificatul de moștenitor este instrumentul care dovedește acest lucru³².

În ceea ce privește puterea doveditoare a certificatului de moștenitor, acesta: face dovada calității de moștenitor sau legatar, face dovada dreptului de proprietate al moștenitorilor asupra bunurilor dobândite de la defunct și prevăzute în cuprinsul certificatului de moștenitor, face dovada cotei ce revine fiecărui moștenitor din masa succesorală, dar și dovada intrării în stăpânirea bunurilor a moștenitorilor nesezinari³³. Sezina, prevăzută de art. 1125 C. civ., conferă moștenitorilor sezinari (soțul supraviețuitor, descendenții și ascendenții privilegiați) posesiunea de drept asupra bunurilor din moștenire, adică aceștia au, atât stăpânirea de fapt asupra masei succesoriale, cât și dreptul de a administra aceste bunuri³⁴. Moștenitorii nesezinari nu se bucură de aceste drepturi, astfel că ei dobândesc sezina numai prin eliberarea certificatului de moștenitor³⁵. Prin urmare, în cazul acestei categorii

²⁹ D. Duinca, D. Negrilă, *Drept civil. Moșteniri și liberalități*, Ed. Notarom, București, 2015, p. 209.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ G. Boroș, C. A. Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, ed. a 2-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 116.

³² D. Chirică, *op. cit.*, București, 2017, p. 438.

³³ D. Duinca, D. Negrilă, *op. cit.*, București, 2015, p. 209.

³⁴ Noul cod civil. Comentariu pe articole, *op. cit.*, pp. 1170-1171.

³⁵ Art. 1127 C. civ.: „(1) Moștenitorii legali nesezinari dobândesc sezina numai prin eliberarea certificatului de moștenitor, dar cu efect retroactiv din ziua deschiderii moștenirii. (2) Până la

de moștenitori, trimiterea în posesie se face prin emiterea certificatului de moștenitor sau de vacanță succesorală³⁶.

Certificatul de moștenitor are la bază convenția părților, acordul de voință al moștenitorilor, împrumutând, într-o oarecare măsură, trăsăturile convenției, așa cum este ea definită în dreptul civil, fără a putea fi, însă, una veritabilă, întrucât nu poate fi, de pildă, revocată de către părți³⁷. Nefiind cu adevărat o convenție, certificatul de moștenitor este un act de jurisdicție voluntară³⁸, care este eliberat în urma parcurgerii unei proceduri prevăzute în detaliu de lege, dar care nu are nici forța probantă a certificării de fapte³⁹, bucurându-se, totuși, de o forță probantă relativă, care poate fi combătută prin acțiunea în justiție având ca obiect anularea sa⁴⁰.

Până la desființarea sa, față de moștenitori, certificatul de moștenitor face dovada deplină, ceea ce înseamnă că aceștia nu pot face dovada contrară celor cuprinse în conținutul său, fără ca prin aceasta, certificatul de moștenitor să constituie un mijloc de acoperire a oricărui viciu de consimțământ⁴¹. Astfel, participarea la procedura succesorală și manifestarea, prin semnarea încheierii finale, a acordului cu privire la ceea ce se constată în aceasta, nu are valoarea unei renunțări la dreptul a invoca un eventual viciu ce afectează testamentul lăsat de defunct, de pildă, mai ales în măsura în care este posibil ca, în momentul emiterii certificatului, motivele de nulitate să nu fi fost descoperite încă⁴².

Față de terți, certificatul de moștenitor face dovada până la proba contrară⁴³, prin terți înțelegându-se inclusiv moștenitorii care, din diverse motive, nu au participat la procedura succesorală⁴⁴.

§7. Nulitatea certificatului de moștenitor

Atât art. 1134 C. civ., cât și art. 120 alin. (1) din Legea nr. 36/1995 prevăd posibilitatea celor care se consideră vătămați în drepturile lor prin eliberarea certificatului de moștenitor, de a se adresa instanței de judecată cu o cere în desființarea acestuia. Însă, aceleași dispoziții legale precizează că, „până la anularea sa prin hotărâre judecătorească, certificatul de moștenitor face dovada calității de

intrarea în stăpânirea de fapt a moștenirii, moștenitorul legal nesezinar nu poate fi urmărit în calitate de moștenitor”.

³⁶ D. Chirică, *op. cit.*, București, 2017, p. 411.

³⁷ Fr. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept succesoral. Transmișunea și partajul moștenirii*, vol. III, Ed. Hamangiu, București, p. 151.

³⁸ I. Popa, A. Moise, citați de D. Duinca, D. Negrilă, *op. cit.*, București, 2015, p. 209.

³⁹ D. Duinca, D. Negrilă, *op. cit.*, București, 2015, p. 209.

⁴⁰ D. Chirică, *op. cit.*, București, 2017, p. 439.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ D. Duinca, D. Negrilă, *op. cit.*, București, 2015, p. 209.

⁴⁴ D. Chirică, *op. cit.*, București, 2017, p. 440.

moștenitor, legal sau testamentar, precum și dovada dreptului de proprietate al moștenitorilor acceptanți asupra bunurilor din masa succesorală, în cota care se cuvine fiecăruia”.

Pentru ca o cerere privind desființarea certificatului de moștenitor să fie admisă, este necesar să se demonstreze existența unei cauze de nulitate absolută sau relativă, după caz, adică eliberarea certificatului de moștenitor cu încălcarea unei dispoziții legale prevăzute pentru validitatea acestuia și existența unei vătămări, cum ar fi: omiterea unui moștenitor, omiterea pasivului, includerea în masa succesorală a unor bunuri care nu au aparținut defunctului, aplicarea greșită a regulilor privind nedemnitățile sau reprezentarea succesorală⁴⁵.

Desființarea certificatului de moștenitor poate avea loc prin două modalități: pe cale amiabilă sau prin intermediul acțiunii în justiție.

Referitor la desființarea judiciară, deși legea dispune că orice persoană vătămată în drepturile sale poate cere desființarea certificatului de moștenitor, trebuie făcute anumite precizări. Astfel, în ceea ce îi privește pe moștenitorii care au participat la procedura succesorală, aceștia pot cere anularea certificatului de moștenitor numai pentru existența unui viciu de consimțământ sau pentru incapacitate, deoarece aceștia și-au manifestat acordul la eliberarea sa⁴⁶. Acestora certificatul le este opozabil pe deplin, astfel că ei nu pot face proba contrară datelor din cuprinsul său⁴⁷. În ceea ce privește nulitatea absolută, moștenitorii participanți la procedura succesorală pot cere desființarea certificatului de moștenitor pentru orice cauză de nulitate absolută, cum ar fi fraudă la lege, cauza ilicită, obiect ilicit etc.⁴⁸.

În ceea ce privește terții, în primul rând sunt incluși în această categorie inclusiv moștenitorii care nu au participat la dezbaterile succesiunii, indiferent de motivul pentru care nu au fost citați, care pot cere anularea certificatului de moștenitor pentru motive cum ar fi contestarea calității de moștenitor a celui prevăzut în certificatul de moștenitor sau întinderea drepturilor sale succesoriale⁴⁹. Apoi, persoanele străine de moștenire pot invoca orice motiv de nulitate absolută sau relativă⁵⁰.

În cazul acestora, întrucât ei invocă drepturi proprii asupra bunurilor cuprinse în certificatul de moștenitor, acțiunea lor în anulare este dublată de o acțiune în revendicare⁵¹. Aceasta face ca, în cazul terților, regulile privitoare la prescripție care se aplică acțiunii în nulitatea relativă a certificatului de moștenitor să fie regulile

⁴⁵ *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, op. cit.*, p. 1179.

⁴⁶ D. Duinca, D. Negriță, *op. cit.*, București, 2015, p. 210.

⁴⁷ *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, op. cit.*, p. 1179.

⁴⁸ G. Florescu, *op. cit.*, București, 2008, p. 372.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, op. cit.*, p. 1179.

⁵¹ G. Florescu, *op. cit.*, București, 2008, pp. 372-373.

care guvernează prescripția dreptului la acțiunea care însoțește cererea de desființare⁵². Referitor la acțiunea în nulitatea absolută, acesta este imprescriptibilă⁵³.

Cât despre desființarea convențională a certificatului de moștenitor, art. 120 din Legea nr. 36/1995 prevede faptul că cei care se consideră vătămați în drepturile lor prin eliberarea certificatului de moștenitor, se pot adresa și notarului public în scopul încheierii unui act autentic care să ateste soluționarea pe cale amiabilă a diferendului, caz în care se eliberează un nou certificat de moștenitor. Desființarea convențională nu se confundă cu revocarea, care nu este posibilă în acest caz și se face prin încheierea unui act autentic care trebuie să facă mențiune, obligatoriu, despre cauza de nulitate și să precizeze expres clauza de desființare⁵⁴. Convenția autentică este, apoi, urmată, de eliberarea unui nou certificat de moștenitor⁵⁵.

⁵² D. Chirică, *op. cit.*, București, 2017, p. 440.

⁵³ *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, op. cit.*, p. 1179.

⁵⁴ D. Duinca, D. Negrilă în *op. cit.*, București, 2015, p. 210.

⁵⁵ D. Dunca, D. Negrilă, *op. cit.*, București, 2014, p. 254.

PRINCIPIUL VALABILITĂȚII ÎN DECIZIILE CURȚII CONSTITUȚIONALE

*Laura BOZOVA**

*Asistent la catedra de drept procesual
Universitatea Națională din Cernăuți, Facultatea de Drept*

Abstract

The article analyzes the judicial nature of the use of the principle of validity in the decisions of the Constitutional Court. It has been identified and characterized that the principle of validity is an integral part of judicial argument.

Keywords: *Constitutional Court, Constitution, court decision, the principle of validity*

Declarație de problemă

Etapa actuală a dezvoltării legislației interne în domeniul reglementării instanțelor se caracterizează printr-o reglementare semnificativă a procedurilor individuale, ceea ce duce la o eficiență scăzută a procedurii judecătorești și duce la imposibilitatea de a utiliza proceduri extrajudiciare pentru a ajunge la o decizie judecătorească motivată. Drept urmare, există o situație în care instanța nu este interesată să pronunțe o hotărâre motivată și să elimine anumite dispoziții inexacte în decizie după adoptarea acesteia. Astfel, căutarea unor modalități de reformă a legii în domeniul dreptului ar trebui să fie unul dintre obiectivele prioritare pentru știința națională.

Relevanța temei de cercetare

Curțile constituționale sunt în prezent răspândite și consolidate instituțional în majoritatea democrațiilor, astfel încât dezbaterile asupra legitimității democratice a jurisdicției constituționale n-ar trebui să se mai concentreze doar pe întrebarea normativă despre ce putere ar trebui să aibă aceste instanțe, ci ar trebui să implice

* lbzova@gmail.com, 60351, str. Holovna, 40-A, raionul Nouă Sulița, regiunea Cernăuți (Cernăuți, Ucraina)

și problemă despre modul în care aceștia exercită de fapt această putere, ceea ce ridică analiza practicilor lor de luare a deciziilor și valabilității opiniilor judecătorești, care astăzi reprezintă un element fundamental al autorității și credibilității lor instituționale și revendică un rol teoretic crucial al teoriilor discursului și argumentării juridice.

Starea studiului

Principiul valabilității în lucrările științifice este considerat ca un element al argumentării judiciare. Principiul valabilității la nivel național nu a fost cercetat și nici nu este consacrat în normele actualei legislații. Cu toate acestea, acest principiu a fost explorat în mod repetat în scrierile unor astfel de savanți: R. Alexy «Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica», Manuel Atienza «Curso de argumentación jurídica», Vincenzo Vigoriti «Corte costituzionale e dissenting opinions», Rodolfo Luis Vigo «Argumentación Constitucional» etc.

Scopul articolului

Scopul este de a studia principiul valabilității unei hotărâri judecătorești în justiția constituțională, de a analiza criteriile de calitate a hotărârilor judecătorești, de a studia valabilitatea unei hotărâri judecătorești, de a caracteriza particularitățile argumentării deciziilor judecătorești în justiția constituțională, de a identifica defectele din argumentarea deciziilor judecătorești, de a găsi modalități de analiză a deciziilor acestora esența deciziei instanței ca act de justiție în procesul constituțional.

Schița materialului principal

Importanța crescândă a argumentării juridice în jurisdicția constituțională a fost însoțită de dezvoltarea unui domeniu teoretic, axat în special pe practicile argumentative ale curților constituționale. În studiile doctrinare care, în general, sunt implicate de atmosfera conceptuală a argumentării juridice, aluzia la un domeniu teoretic specific numit argument constituțional este în creștere. Aceasta este o constatare care rezultă, cel puțin, din analiza literaturii juridice recente pe această temă. Deși această expresie apare de-a lungul textelor mai multor lucrări – mai mult sau mai puțin aleatoriu sau intenționat referindu-se la acest domeniu teoretic specific – două studii care vizează în întregime tratarea argumentului constituțional se evidențiază printre celelalte. Articolele lui Manuel Atienza și Rodolfo Luis Vigo, intitulate «Argumentación y Constitución» [3] și, respectiv, «Argumentación Constitucional» [4], pun bazele – aparent, într-un mod original –

pentru dezvoltarea unui nou domeniu teoretic sau, mai bine zis, adică un domeniu special de studii care pot fi detașate de teoriile argumentării juridice, care vizează analiza argumentelor produse în mod special de instanțele constituționale.

Principiul valabilității deciziilor luate de Curte rezultă din dispozițiile Constituției Ucrainei, ale Legii și ale regulamentelor și, sub aspect procedural, impune, printre altele, adoptarea unei decizii motivate de către organul al jurisdicției constituționale, precum și existența unei părți de motivare în decizie.

Din punct de vedere material, valabilitatea deciziilor Curții Constituționale este motivarea lor juridică, doctrinară și științifică, care se obține, în special, apelând la Curte: 1) la doctrina juridică [1]; 2) la actele juridice internaționale; 3) jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului; 4) la propriile poziții juridice exprimate în deciziile anterioare.

În Decizia Curții Constituționale a Ucrainei în cauza privind depunerea constituțională a 46 de deputați ai poporului Ucrainei privind respectarea Constituției Ucrainei (constituționalitatea) Legii Ucrainei «privind condamnarea regimurilor totalitare comuniste și național-socialiste (naziste) din Ucraina și interzicerea propagandei simbolismului lor» unde la 46 de deputați ai poporului din Ucraina au depus o cerere constituțională privind respectarea Constituției Ucrainei (constituționalitatea) Legii Ucrainei «Cu privire la condamnarea regimurilor totalitare comuniste și național-socialiste (naziste) în Ucraina și interzicerea propagandei simbolismului lor» din 9 aprilie 2015 nr. 317-VIII. Autorii petiției susțin că Legea «nu respectă art. 8 din Legea fundamentală a Ucrainei, deoarece încalcă principiul constituțional al securității juridice».

În abordarea problemei ridicate în comunicarea constituțională, Curtea Constituțională a Ucrainei ține seama, în primul rând, de principiile statului de drept (art. 8.1) și libertății de activitate politică (art. 15.4), principiile diversității politice și ideologice pe care se bazează viața socială. Curtea Constituțională a Ucrainei subliniază că dreptul la libertatea de gândire și de exprimare, libera exprimare a opiniilor și credințelor nu este absolut, iar exercitarea acestuia poate fi restricționată de lege, în interesul securității naționale, al integrității teritoriale sau al ordinii publice, pentru a preveni perturbarea sau criminalitatea și în altele cazurile prevăzute la art. 34 din partea a treia a Constituției Ucrainei.

Curtea susține că regimul comunist a negat și a restricționat drepturile omului, a făcut imposibilă organizarea democratică a puterii de stat. Uzurparea puterii de stat de către regimul comunist a fost în primul rând prin eliminarea libertății de activitate politică, eliminarea adversarilor politici și imposibilitatea concurenței politice, interzicerea activităților tuturor partidelor politice, cu excepția unui partid – cel comunist, care de fapt a devenit o instituție de frunte care a prioritizat politica de stat, neglijând prioritățile politice, asta prin principii democratice de organizare a puterii de stat, norme constituționale și drepturile omului.

În Ucraina, chiar și după ce a obținut independența, partidele politice au operat pe o perioadă de timp, ale căror documente constitutive și programatice au evaluat regimul comunist doar pozitiv, iar crimele sale n-au fost recunoscute, deși milioane de oameni nevinovați au fost victime ale regimului.

Curtea Constituțională a Ucrainei subliniază că partidul politic, în documentele sale constitutive, programatice și de altă natură oficială, conține o negare a fundamentelor ordinii constituționale a Ucrainei, dreptul poporului ucrainean la propriul stat independent, solicită lichidarea statului independent ucrainean, încălcarea integrității sale teritoriale sau în alt scop, asta nu corespunde esenței democratice a conținutului Constituției Ucrainei, nu poate fi legitimă, iar pentru legalizarea acesteia în Ucraina nu există niciun temei legal.

După ce a lămurit legitimitatea scopului adoptării legii și a efectuat analiza sa cuprinzătoare, Curtea Constituțională a Ucrainei a concluzionat că propaganda regimului comunist și a regimului nazist, utilizarea publică a simbolurilor lor este o încercare de a justifica totalitarismul și de a nega principiile constituționale și valorile democratice, organele statului, iar legea este constituțională.

Decizia Primului Senat Curții constituționale din Germania din 16 ianuarie 1957 în cazul plângerii constituționale a lui Wilhelm Elfes. În 1953, reclamantul s-a plâns la biroul de pașapoarte Mönchengladbach cu o cerere de extindere a pașaportului său străin, i s-a refuzat extinderea suplimentară la 6 iunie 1953 cu referire la alin. (1a) § 7 din Legea privind regimul pașapoartelor din 4 martie 1952 (BGBl. I p. 290).

Curtea Constituțională Federală nu este convinsă de acest lucru dreptul la călătorie gratuită, conform doctrinei, ghidat de o abordare sistematică, este necesar să fie atribuit libertății de mișcare garantată de art. 11 din Legea fundamentală. Cu toate acestea, libertatea de ieșire, ca un derivat al libertății universale de acțiune, nu este lipsită de o protecție adecvată ca drept fundamental (par. 1 al art. 2 din Legea fundamentală).

În decizia sa din 20 iulie 1954 (BVerfGE 4, 7), Curtea Constituțională Federală a lăsat deschisă întrebarea dacă libertatea umană în sensul larg sau par. 1 al art. 1 trebuie înțeleasă ca liberă dezvoltare a individului. Legea fundamentală se limitează la protejarea minimului acestei libertăți de acțiune, fără de care o persoană nu poate dezvolta deloc bazele personalității morale spirituale stabilite în el.

a) Legea fundamentală nu poate însemna prin „dezvoltarea liberă a individului” doar dezvoltarea spirituală și morală internă a individului, deoarece în acest caz devine neclar modul în care o astfel de dezvoltare internă poate încălca legea morală, drepturile altora sau chiar ordinea constituțională a democrației libere. Aceste restricții se aplică individului ca membru al societății, dimpotrivă, arată că în alin. (1) art. 2 din Legea fundamentală, este vorba despre libertatea de acțiune în sens larg. Alături de libertatea generală de acțiune garantată de alin. (1) art. 2 din Legea fundamentală, Legea fundamentală, cu ajutorul unor dispoziții speciale privind

drepturile fundamentale, protejează libertatea activității umane în anumite domenii ale vieții. Întrucât, pe baza experienței istorice, acestea sunt cele mai susceptibile de atacuri ale autorităților de stat, Constituția a subliniat cu ajutorul unor restricții legislative în mai multe etape, a determinat măsura în care este posibilă interferența în domeniul corespunzător al drepturilor fundamentale. În cazul în care astfel de zone separate ale vieții nu sunt protejate de drepturi fundamentale, fiecare persoană poate încălca libertatea sa în condițiile impunerii puterii de stat la alin. (1) art. 2 din Legea fundamentală. În acest caz, nu este nevoie de restricții legislative, deoarece limitele posibilității intervenției statului pornesc direct de la principiul restrângerii liberei dezvoltări a unei persoane prin ordin constituțional.

b) Dacă, după cum se specifică la 2a), la alin. (1) art. 2 din Legea fundamentală, împreună cu libera dezvoltare a individului, libertatea de acțiune este asigurată în ansamblu, care – dacă nu încalcă drepturile altora sau o lege morală – este limitată doar de ordinea constituțională, atunci ea trebuie înțeleasă doar ca un ordin juridic general care ține cont de normele materiale și formale ale Constituției, adică, statul de drept în concordanță cu Constituția. În acest sens, Curtea Supremă din Münster pentru litigiile administrative în cazul inițial a conturat ordinea constituțională ca fiind „în concordanță cu Constituția”, ca „stat de drept construit în conformitate cu Constituția și în cadrul Constituției”.

c) Literatura ridică adesea obiecția că, prin această înțelegere, dreptul fundamental prevăzut la alin. (1) art. 2 din Legea fundamentală, este „emasculat”, deoarece intră în sfera unei restricții legislative generale. Nu ține cont de faptul că legislația în conformitate cu Legea de bază conține restricții mai stricte decât Constituția de la Weimar din 1919. La acea vreme, nu numai numeroase drepturi fundamentale au existat «în zadar» datorită restricției legislative generale, care, cu toate acestea, de fapt, orice lege adoptată în mod constituțional. Legiuitorul ar putea oricând să depășească într-un anumit caz bariera juridică constituțională stabilită prin adoptarea legii cu majoritate constituțională. În schimb, Legea de bază a stabilit un ordin bazat pe valori care limitează puterea statului. Această procedură ar trebui să asigure independența, responsabilitatea pentru comportamentul și demnitatea umană într-un stat de drept (BVerfGE 2, 1). Principiile superioare ale acestei ordini bazate pe valori sunt protejate de schimbări Constituție (par. 3 al art. 1, art. 20, 79 din Legea fundamentală). Excluderea Constituției este exclusă; Curtea Constituțională Federală se asigură că legiuitorul nu depășește limitele prevăzute de Constituție. Legile nu sunt considerate «constituționale» doar pentru că au fost adoptate în conformitate cu o procedură formală. Din punct de vedere material și juridic, acestea nu trebuie să fie numai în concordanță cu cele mai înalte valori fundamentale ale unei ordini de bază democratice libere ca ordine juridică constituțională, ci și să respecte principiile constituționale elementare nescrise și deciziile de bază privind Legea de bază și, mai ales, principiul juridic și social de stat.

Din cele de mai sus, rezultă că o normă juridică devine parte integrantă a «ordinului constituțional» numai dacă îndeplinește toate cerințele de mai sus și, prin urmare, limitează legal sfera de libertate generală a cetățenilor. Din punct de vedere al dreptului procesual, aceasta înseamnă: fiecare persoană poate, prin depunerea unei plângeri constituționale, să indice că legea care îi restrânge libertatea de acțiune nu aparține ordinului constituțional, deoarece această lege (formal sau în conținut) încalcă anumite norme din Constituție sau principii constituționale generale; și, în consecință, încalcă dreptul fundamental al solicitantului în temeiul alin. (1) art. 2 din Legea fundamentală.

Decizia Primului Senat din 27 februarie 2008 – protecția constituțională și legală a așteptărilor privind confidențialitatea și inviolabilitatea există indiferent dacă accesul la sistemul informațional poate fi făcut fără obstacole speciale sau cu costuri tehnice semnificative. În același timp, așteptarea confidențialității și a inviolabilității de a fi recunoscută din punctul de vedere al drepturilor fundamentale are loc numai dacă persoana afectată folosește sistemul de tehnologie informațională ca fiind propriu și, prin urmare, în funcție de circumstanțe, poate crede că este singură sau împreună cu alte autorizate să folosească persoanele dispun independent de sistem. În măsura în care utilizarea propriului nostru sistem de tehnologie informațională are loc prin tehnologia informației sisteme care sunt la dispoziția altora, protecția utilizatorului se extinde asupra acestora.

Dacă sunt colectate date care oferă informații despre comunicarea persoanei afectate cu terți, gradul de interferență cu drepturile fundamentale este îmbunătățit prin restrângerea capacității cetățenilor de a participa la monitorizarea la distanță care nu este sub supraveghere, ceea ce constituie un bun public. O astfel de colectare de date afectează în mod indirect libertatea cetățenilor, deoarece îngrijorările cu privire la supraveghere, chiar dacă ulterior sunt realizate, pot interfera cu o comunicare personală normală. În plus, o astfel de colectare de date indică o severitate semnificativă și în creșterea a invaziei drepturilor persoanelor, o gamă de acțiuni, cum ar fi, de exemplu, în cazul interlocutorilor unei persoane care este monitorizată, când, dacă este necesar, terți pot fi audiați, fără a stabili există motive pentru o astfel de invazie a drepturilor persoană specificată.

Datele stocate în timp sau numai temporar pot avea o relevanță deosebită pentru persoana afectată sau chiar pot face posibilă accesarea altor date mai confidențiale. Acest lucru se aplică, de exemplu, în memoria cache, care este creată de utilități precum browserele web și a căror analiză poate ajuta la obținerea informațiilor despre utilizarea acestor programe și, prin urmare, indirect despre preferințele sau obiceiurile de comunicare ale persoanei afectate sau parolele prin care persoana afectată are acces la datele protejate din punct de vedere tehnic din sistemul sau rețeaua sa. În plus, monitorizarea pe termen lung a comunicării pe internet, după cum recunoaște norma impugnată, este, de asemenea, o intervenție

mai semnificativă comparativ cu determinarea unică a conținutului comunicării și a circumstanțelor comunicării. În sfârșit, trebuie menționat faptul că accesul controlat, printre altele, are ca scop eludarea tehnologiilor de criptare a datelor. În acest caz, măsurile de protecție luate de o persoană pentru a-și proteja datele împotriva accesului nedorit sunt invalidate.

Hotărârea 3298 din 19 octombrie 1971, cu privire la efectul dreptului fundamental al libertății de credință în pedeapsa pentru omiterea obligației de a oferi asistență art. 330 din Codul penal German [2]. În acest caz problema juridică consta în aceia că recurentul a aparținut asociației religioase a comunității evanghelice de frați, ca și soția sa. Ulterior, după nașterea celui de-al patrulea fiu, a refuzat au o transfuzie de sânge așa cum recomandă medicii. Soțul ei s-a abținut să influențeze femeia, în sensul aplicării recomandării medicale și, prin urmare, transfuzia nu a fost efectuată, ceea ce a provocat până la urmă moartea soției sale.

Instanța de stat din Ulm, a condamnat-o pe recurentă printr-o hotărâre din 14 ianuarie 1965 pentru moarte, din cauza omisiunii obligației de a acorda asistență, la o amendă de 200 de mărci germane, înlocuibile cu 10 zile de închisoare. Argumentele Curții de Stat Ulm: Instanța și-a dat verdictul pe baza următoarelor circumstanțe de fapt: medicul a recunoscut că există un pericol pentru viață și a sfătuit atât recurentul, cât și soția, spitalizarea, astfel încât să poată efectua transfuzia de sânge, care El a declarat că pacienta ar putea muri dacă nu a fost supusă unui tratament de această natură. Reclamanta i-a spus medicului că soția sa se va vindeca din nou, fără a fi nevoie de tratament medical, dacă ea i-ar fi cerut lui Dumnezeu și ei vor păstra în crezul lor, deoarece ambii erau credincioși.

Ulterior, el i-a spus soției sale că, dacă vrea, poate merge la spital; Cu toate acestea, o altă decizie a fost luată la adunarea medicală, în urma unui pasaj biblic care afirmă: «dacă cineva este bolnav, cel mai bătrân din comunitate ar trebui chemat și rugat să se roage, iar rugăciunea credinciosului va ajuta la bolnavi». Soția recurentului a declarat, așadar, că a refuzat tratamentul medical și a solicitat ca un frate din comunitatea ei religioasă să fie chemat să se roage în comunitate, ceea ce a fost făcut. La scurt timp, soția a murit.

Reclamantul s-a opus rezoluției pe baza dreptului său fundamental la libertatea de convingere și de conștiință.

În decizia Curții Constituționale a Republicii Lituania despre declarația privind conformitatea par. 3 al art. 3 din Legea de modificare al art. 11 și 13 a Constituției Republice Lituanienei din 25 iunie 2019. Curtea regională din Vilnius, petiționarul, a examinat cauza civilă ca urmare a unei căi de atac a reclamantului cu privire la decizia Curții districtului Vilnius de respingere a acțiunii reclamantului pentru anularea ordinului (nr. P-101) al Ministrului de Cultură Republicii Lituania din 3 iulie 2017 privind recunoașterea contractului de muncă ca reziliere și reîncadrarea solicitantului în funcția de director general al Teatrului Național de Operă și Balet

din Lituania (denumit în continuare «LNOBT»). Petiția instanței regionale din Vilnius, petiționarul, este justificată de următoarele argumente:

– Petiționarul a avut îndoieli dacă reglementarea legală impugnată încalcă așteptările legitime ale persoanelor, care au câștigat concursuri pentru funcțiile de șef al unei instituții de teatru sau concert național, de stat sau municipal înainte de intrarea în vigoare a Legii, să fie angajat și să lucreze în baza unui contract de muncă în posturile pentru care au câștigat competiția. În conformitate cu dispozițiile art. 3 din lege, validitatea concurenței este legată de faptul că persoana a ocupat funcția, deși, în opinia petiționarului, câștigarea concursului creează drepturi subiective și creează precondiții pentru apariția relațiilor de muncă. Prin declararea competiției invalide după ce rezultatele concurenței au fost determinate și a fost încheiat un contract de muncă cu câștigător al acestei competiții, drepturile obținute de câștigătorul competiției sunt restricționate. Prin urmare, o astfel de prevedere a Legii poate încălca principiul constituțional al unui stat în conformitate cu statul de drept.

– În opinia petiționarului, la art. 3 alin. (3) din lege, legiuitorul a definit consecințele legale ale relațiilor juridice ale concurenței care expirase deja. Curtea Constituțională a statuat, în mai multe rânduri, că principiul constituțional al unui stat în conformitate cu statul de drept implică diverse cerințe pentru legiuitor și alte subiecte de drept, printre altele, faptul că efectul actelor juridice este prospectiv, retroactiv efectul actelor juridice nu este permis (*lex retro non agit*), cu excepția cazului în care situația unui subiect de relații juridice ar fi atenuată fără a aduce atingere altor subiecți ai relațiilor juridice; nu este permisă încălcarea intereselor și așteptărilor legitime ale unei persoane prin modificări ale unui regulament legal, deoarece persoanele care au dobândit anumite drepturi în temeiul unei legi au dreptul se așteaptă ca aceste drepturi să fie menținute și puse în aplicare pentru perioada stabilită. Principiul *lex retro non agit* nu este absolut în relațiile civile; cu toate acestea, aplicarea unui excepția de la un astfel de principiu trebuie să fie proporțională și să se bazeze pe un interes public semnificativ. Prin urmare, în opinia petiționarului, după ce relațiile civile deja stabilite rezultate din concurența publică au fost reglementate de legiuitor în mod diferit prin Legea, legiuitorul ar putea, de asemenea, în acest sens, să fi încălcat principiul constituțional al un stat sub imperiul dreptului.

În cazul justiției constituționale, se examinează dacă prevederea Legii, în temeiul căreia a fost organizată o competiție organizată înainte de intrarea în vigoare a Legii pentru funcția de șef al unui centru de teatru sau concert național, de stat sau municipal este considerat invalid dacă câștigătorul concursului a fost determinat, dar nu a preluat funcția respectivă, este în conflict cu principiul constituțional al unui stat în conformitate cu statul de drept.

Protecția așteptărilor legitime sunt elemente inseparabile ale principiului unui stat în conformitate cu statul de drept; aceste principii constituționale implică

datoria statului de a asigura securitatea și stabilitatea unei reglementări legale, de a proteja drepturile persoanelor, de a respecta interesele legitime și de așteptările legitime și de a îndeplini obligațiile asumate persoanei; persoanele au dreptul să se aștepte în mod rezonabil că își vor păstra drepturile, dobândite în temeiul legilor efective sau al altor acte juridice care nu sunt în conflict cu Constituția, pentru perioada stabilită și vor putea să pună în aplicare aceste drepturi în realitate; nicio modificare a reglementării legale nu este permisă să nege interesele legitime și așteptările legitime ale unei persoane; dacă nu s-ar asigura securitatea juridică, securitatea juridică sau protecția așteptărilor legitime, nici încrederea unei persoane în stat și în drept nu ar fi asigurată.

Curtea Constituțională a statuat, în mai multe rânduri, că principiul constituțional al unui stat în conformitate cu statul de drept implică diverse cerințe pentru legiuitor și alte subiecte de drept, printre altele, faptul că efectul actelor juridice este prospectiv, retroactiv efectul actelor juridice nu este permis (*lex retro non agit*), cu excepția cazului în care situația unui subiect de relații juridice ar putea fi atenuată fără a aduce atingere altor subiecți ai relațiilor juridice.

Concluzii

Procesul valabilității opiniilor judecătorilor în procesul de a primi și proclama o decizie este desigur foarte important. Dacă în decizie nu va fi argumentat poziția judecătorilor atunci această decizie poate fi socotită nejustificată și adoptată cu încălcarea dreptului procesual. Prin urmare, în conformitate cu abordarea științifică existentă, o decizie a instanței este justificată dacă este luată de o instanță pe baza circumstanțelor unui dosar judecătoresc, care sunt stabilite complet și complet pe baza probelor examinate de instanță. Este motivată o hotărâre judecătorească care arată motivele pe care se întemeiază.

Lista literaturii folosite:

1. Орзix М. Доктрина в діяльності Конституційного Суду України. Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 4-5. – С. 57-63.
2. Jürgen Schwabe. Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Trad. Marcela Anzola Gil. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. 109-112.
3. Manuel Atienza. Argumentación y Constitución. Madrid: Iustel; p. 176.
4. Vigo, Rodolfo Luis. Argumentación Constitucional. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional n. 12, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, julio-diciembre 2009, p. 215 e ss.

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



Universul Juridic.ro

nihil sine iure



instrument
de pregătire
profesională

P

ARTENERIAT

Suntem o comunitate impresionantă
– peste **40.000** de membri activi

O

NLINE

Conținut juridic de calitate disponibil
de pe orice dispozitiv:
laptop, mobil sau tabletă

R

EZULTATE

Puteți accesa informații juridice reale, certificate
editorial, necesare activității dvs., în orice moment,
sub **semnătura specialiștilor recunoscuți în domeniu**

T

RADIȚIE

În **18 ani** am devenit cel mai important actor al
pieței editoriale juridice! Peste **2.000** de titluri,
1.000 de autori, **12** reviste juridice. Acum și online!

A

ARTICOLE

Peste **10.000** de pagini de conținut
profesional structurat pe **12** secțiuni,
pentru a facilita accesul la conținutul relevant

L

EGISLAȚIE

Modificări legislative, legi promulgate,
decizii CCR și ÎCCJ, proiecte de legi

ALĂTURĂ-TE CELOR 40.000 de profesioniști!
BENEFICIAZĂ de avantajele contului premium: **GO PREMIUM!**
Testează și convinge-te!

www.universuljuridic.ro