



ANALELE ȘTIINȚIFICE
ALE
UNIVERSITĂȚII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAȘI
(SERIE NOUĂ)

ȘTIINȚE JURIDICE
TOM LXIX /1, 2023



Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

Colegiul redacțional:

Prof. dr. Tudorel TOADER (redactor-șef)
Prof. dr. Carmen Tamara UNGUREANU (director științific)

Consiliul editorial:

Conf. dr. Marius Nicolae BALAN
Conf. dr. Ioana Maria COSTEA
Lect. dr. Mihai DUNEA
Asist. dr. Despina Martha ILUCĂ
Lect. dr. Carmen MOLDOVAN
Conf. dr. Septimiu Vasile PANAINTE
Lect. dr. Nicolae-Horia ȚIȚ

Dezvoltare pagină WEB: Ciprian ICHIM

Volumul are la bază lucrările conferinței naționale
Sesiunea de comunicări științifice organizată în cadrul Dies Academici -
„Mecanismele pluralității în drept”, care a avut loc la Iași, în 28 octombrie 2022

Comitet Științific:

Prof. univ. dr. Tudorel TOADER
Conf. univ. dr. Ioana Maria COSTEA
Conf. univ. dr. Carmen MOLDOVAN
Conf. univ. dr. Septimiu PANAINTE
Lect. univ. dr. Mihai DUNEA
Lect. univ. dr. Nicolae-Horia ȚIȚ

Comitet de organizare:

Conf. univ. dr. Ioana Maria COSTEA
Lect. univ. dr. Mihai DUNEA
Lect. univ. dr. Nicolae-Horia ȚIȚ

Redactor: dr. Marius-Nicușor GRIGORE

Tehnoredactare: Florentina CRUCERESCU

ISSN: 1221-8464

ISSN-L: 1221-8464

Adresa redacției:

Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași
Facultatea de Drept
Bd. Carol I, nr. 11
Iași, România, 700506

Cuprins

Protecția acționarilor ca investitori internaționali Carmen Tamara Ungureanu	5
Controverse referitoare la chemarea în judecată a altei persoane care poate pretinde aceleași drepturi ca și reclamantul Nicolae-Horia Țiț.....	23
Curtoazia, concept de drept transnațional Radu Bogdan Bobei	39
Desenele și modelele într-un cadru ulisean Nicoleta Rodica Dominte	67
Masa credală în procedura insolvenței – formă a participării concursuale a creditorilor îndreptățiți să participe la procedura de insolvență deschisă împotriva debitorului Claudia Antoanela Susanu	73
Efectele hotărârilor judecătorești. Limita dintre opozabilitate și obligativitate Maria-Eliza Galan.....	95
(So)arta pledoariei. <i>Verba volant?</i> Oana Munteanu, Sorin-Claude Modreanu	109
Aspecte teoretice și practice privind <i>vulture funds</i> Alexandru Chistruga	131
Procedura prealabilă în contenciosul administrativ: reflecții de ordin teoretico-practic cu referire la Republica Moldova Aliona Corcenco	145
Considerații privind anularea raportului de inspecție fiscală Irina Galan	159
Analiză sintetică asupra modificărilor fiscale privind impozitul pe venitul microîntreprinderilor Maria Laiu-Tincu.....	175
Înțelepciunea și deșertăciunea scrisorilor de pe munte – o perspectivă financiar- constituțională asupra principiului legalității impunerii Bianca-Maria Rusu	187
Considerații critice referitoare la unele reglementări și soluții ale jurisprudenței naționale obligatorii în materie penală privind forme de manifestare a pluralității infracționale Mihai Dunea	207
Sesizarea – instrument de relevare a infracțiunilor Ion Covalciuc.....	231

Rolul pluralității de perspective în criminalistică
Ancuța Elena Franț.....243

Ațiunea în repararea prejudiciului cauzat persoanei prin erori judiciare și de anchetă
(cazul Republicii Moldova)
Vasilisa Muntean257

BOOK REVIEW

Bernd Rütters, *Prelegeri juridice*
Lidia Onofrei (Măriuța)271

Protecția acționarilor ca investitori internaționali

Shareholders Protection as International Investors

Carmen Tamara Ungureanu¹

Rezumat: Investitorii în acțiunile unei societăți urmăresc să beneficieze de creșterea valorii acestora și de participarea la dividende. În cazul în care societatea are dificultăți de orice natură și, ca o consecință, valoarea acțiunilor ei scade, acționarii vor fi prejudiciați. În prezentul studiu sunt analizate mijloacele de protecție a investitorilor-acționari, în context internațional. Întrucât tema este amplă, sunt surprinse doar aspectele ei esențiale prin prisma unei spețe soluționate recent de CJUE. În acest demers este stabilit, mai întâi, profilul acționarului prejudiciat, urmând ca ulterior să fie creionate mijloacele lui de protecție și, implicit, de acțiune pentru acoperirea prejudiciului suferit.

Cuvinte cheie: acționari internaționali, prejudiciu prin ricoșeu, protecția națională și internațională a acționarilor

Abstract: Investors in a company's shares aim to benefit from their increase in value and participation in dividends. If the company has difficulties of any kind and, as a consequence, the value of its shares falls, the shareholders will be harmed. In the present study, the means of protecting investors-shareholders, in an international context, are analyzed. Since the topic is broad, only its essential aspects are captured through the lens of a case recently solved by the CJEU. In this approach, first, the profile of the injured shareholder is established, and then his means of protection and, implicitly, of action to cover the damage suffered are drawn up.

Keywords: international shareholders, reflective loss, national and international protection of shareholders

Introducere

Dobândirea de acțiuni într-o societate comercială este o investiție care se poate dovedi fructuoasă, dacă societatea are o activitate care generează profit. Acționarul beneficiază de creșterea valorii acțiunilor sale și de participarea la dividende. Când societatea trece, însă, prin dificultăți, acestea se resfrâng și asupra acționarilor. Acționarul prejudiciat se bucură de o anumită protecție, care, în funcție de circumstanțe, poate să fie concentrată în sfera mijloacelor oferite de

¹ Profesor univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: carmen.ungureanu@uaic.ro.

dreptul național sau poate să ia forma protecției prin intermediul dreptului internațional public.

Având în vedere amploarea temei, care nu poate fi tratată aici în plenitudinea ei, în continuare, va fi analizată situația investitorului prejudiciat prin prisma unei spețe soluționate recent de Curtea de Justiție a Uniunii Europene (în continuare, CJUE), *VEB v. BP* (C-709/19). Mai întâi vom fixa profilul acționarului prejudiciat (1), urmând ca ulterior să fie creionate mijloacele lui de protecție și, implicit, de acțiune pentru acoperirea prejudiciului suferit (2).

1. Acționarii prejudiciați

Pentru a analiza situația acționarului prejudiciat, vom prezenta, mai întâi, datele speței *VEB v. BP* (C-709/19), urmând ca apoi să discernem profilul acestuia din „masa” acționarilor.

La 12 mai 2021, CJUE s-a pronunțat în speța *VEB v. BP*, în care o asociație neerlandeză a acționarilor BP (*VEB-Vereniging van Effectenbezitters*) s-a îndreptat cu o acțiune colectivă împotriva BP (*British Petroleum*). Acțiunea colectivă a fost introdusă în Țările de Jos în 2015 ca urmare a accidentului din 2010 pe platforma de foraj petrolier *Deepwater Horizon*, închiriată de BP și situată în Golful Mexic, care a provocat cea mai mare scurgere de petrol din istorie². VEB a urmărit, în numele acționarilor care, cu trei ani înainte de accident, au cumpărat, au deținut sau au vândut acțiuni ale BP prin intermediul unui cont/societate de investiții din Țările de Jos, să obțină despăgubiri pentru prejudiciul suferit de aceștia constând în devalorizarea acțiunilor BP³.

VEB a arătat că fapta ilicită comisă de BP a constat în *comunicarea unor informații incorecte, incomplete și înșelătoare* privind programele sale de securitate și de mentenanță înainte de deversarea de petrol din 2010, amploarea acestei deversări și rolul și responsabilitatea societății BP în legătură cu această deversare, care a cauzat daune acționarilor. În absența faptei ilicite, cumpărarea sau vânzarea acțiunilor societății BP de către acționarii săi ar fi fost efectuată la un preț al pieței mai avantajos sau nu ar fi avut loc⁴.

Instanțele neerlandeze, inclusiv în apel, au respins acțiunea pe motiv de necompetență, întrucât au considerat că prejudiciul nu s-a produs în Țările de Jos. Curtea Supremă neerlandeză, însă, a adresat mai multe întrebări preliminare CJUE cu privire la interpretarea art. 7 (2) din Regulamentul Bruxelles I bis⁵, care privește competența în materie de răspundere delictuală.

² M. Lehmann, *A new piece in the puzzle of locating financial loss: the ruling in VEB v BP on jurisdiction for collective actions based on deficient investor information*, în *Journal of Private International Law*, vol. 18, nr. 1/2022, p. 1, DOI: 10.1080/17441048.2022.2060347.

³ Punctele 7-10 din hotărâre.

⁴ Punctul 11 din hotărâre.

⁵ Regulamentul (UE) nr. 1215/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 12 decembrie 2012 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, JO L 351/1, 20.12.2012.

Înainte de a discuta problema competenței internaționale a instanței pentru *prejudiciul pur financiar* și a legii aplicabile, trebuie făcute precizări cu privire la calificarea acționarilor și a prejudiciilor suferite de aceștia, plecând de la cadrul general pentru a ajunge la categoria specială de acționari pe piața de capital din care fac parte și aceia din acțiunea colectivă îndreptată împotriva BP.

1.1. Acționarii ca investitori. Tipuri de acționari

Acționarul ca investitor poate fi o persoană fizică, sau, mai frecvent, o persoană juridică, de exemplu, o societate comercială. Acționarul poate deține toate acțiunile unei societăți, poate fi acționar majoritar, minoritar, poate controla societatea sau nu⁶. El poate investi direct sau prin intermediar. Când investește prin intermediar, acesta din urmă poate avea aceeași naționalitate/cetățenie cu acționarul sau poate avea o naționalitate/cetățenie diferită de aceea a acționarului, fie a statului gazdă a investiției ori a unui stat terț⁷.

Investitorul poate dobândi acțiuni într-o societate necotată la bursă sau în una cotate (admisă la tranzacționare pe o piață reglementată), în acest din urmă caz având un regim juridic parțial diferit de al acționarului în societăți necotate, regim special conferit de regulile aplicabile pieței de capital⁸.

Pe piața de capital, investitorul, în funcție de *influența* pe care o poate exercita asupra societății emitente de acțiuni, poate fi unul *strategic*, când achiziționează un pachet de acțiuni ce îi permite să *controleze* societatea emitentă (având cel puțin o treime din totalitatea drepturilor de vot în adunarea generală a acționarilor)⁹, un *investitor speculativ*, care nu este interesat să se implice în administrarea societății emitente de acțiuni, ci doar în obținerea de câștiguri pe termen scurt sau un *investitor de portofoliu*. Potrivit art. 2 lit. b) din OUG nr. 92/1997 privind stimularea investițiilor directe¹⁰, prin *investiție de portofoliu* se înțelege dobândirea de valori mobiliare pe piețele de capital organizate și reglementate și care *nu permit participarea directă la administrarea societății comerciale*. De regulă, investitorii de portofoliu sunt investitori speculativi, care investesc în acțiunile emise de mai multe societăți. Prin portofoliu se înțelege totalitatea acțiunilor deținute¹¹. O categorie a investitorilor de portofoliu sunt *investitorii instituționali* (instituțiile de credit, întreprinderile de asigurare, fondurile de investiții), care, deși nu controlează societatea emitentă a acțiunilor, influențează administrarea acesteia¹².

⁶ Ch. Schreuer, *Shareholder Protection in International Investment Law*, în *Transnational Dispute Management*, 2005, p. 1, [Online] la <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=426>, accesat 26.12.2022.

⁷ Ch. Schreuer, *op. cit.*, pp. 11-15.

⁸ Pentru o listă completă a actelor normative naționale și europene, M.C. Popa, *Piețe de capital*, Editura Hamangiu, București, 2020, pp. 22-32.

⁹ M.C. Popa, *op. cit.*, p. 125.

¹⁰ Aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 241/1998, M. Of. nr. 483 din 16.12.1998, cu modificările ulterioare.

¹¹ M.C. Popa, *op. cit.*, pp. 125-127.

¹² Pentru detalii, M.C. Popa, *op. cit.*, pp. 127-130.

A acționarul are o serie de drepturi: dreptul de a participa la adunarea generală a acționarilor, dreptul de vot în adunarea generală, *dreptul de informare* cu privire la activitatea societății comerciale, dreptul la dividende, dreptul asupra părții cuvenite din lichidarea societății¹³, fiind supus principiilor fundamentale în raporturile cu societatea emitentă a acțiunilor, acelea de egalitate de tratament, *transparență*, bună credință, interzicerea abuzului și interesul social¹⁴.

A acționarul dobândește calitatea de investitor internațional dacă investește într-o societate de o naționalitate diferită de a lui sau de aceeași naționalitate, dar care face investiții în străinătate.

În speța în discuție, BP este o societate de petrol și gaze, cu societatea-mamă înregistrată în Marea Britanie, care își desfășoară activitatea la scară mondială, acțiunile sale ordinare fiind cotate la bursele din Londra și Frankfurt (Germania), iar „American Depository Shares”, derivate din acțiunile ordinare, fiind cotate la bursa din New York (Statele Unite ale Americii)¹⁵. Acționarii care s-au organizat în asociația VEB sunt, în marea lor majoritate, neerlandezi, domiciliați în Țările de Jos¹⁶. Ei au cumpărat, au deținut sau au vândut *acțiuni ordinare* ale BP prin *intermediul* unui cont de investiții/societăți de investiții din Țările de Jos¹⁷. Prin urmare, ei sunt *acționari care au investit într-o societate cotată la bursă, fiind supuși regulilor pieței de capital.*

1.2. Prejudiciii suportate de acționari. Ce fel de prejudiciu au suferit acționarii BP?

Acționarii pot fi prejudiciați prin acte sau fapte, care își au „originea” în interiorul societății sau prin acte ori fapte externe societății, care pot să provină chiar de la statul gazdă al investiției.

1.2.1. Prejudicierea acționarilor prin acte sau fapte, care își au „originea” în interiorul societății

Acționarii pot suporta daune *directe sau indirecte.*

a. Prejudiciii directe

În principal, acționarilor le pot fi cauzate *prejudicii directe* atunci când sunt acționari minoritari. Noțiunea de *acționar minoritar* nu este definită în legislația din România. Dar, potrivit art. 2.2. din Legea 24/2017¹⁸, *acționarul semnificativ* este „persoana sau grupul de persoane care acționează în mod concertat și care deține direct sau indirect o participație de cel puțin 10% din

¹³ V. Nemeș, *Drept comercial*, ed. a II-a rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2015, p. 211.

¹⁴ M.C. Popa, *op. cit.*, p. 296.

¹⁵ Punctul 8 din hotărâre.

¹⁶ Punctul 13 din hotărâre.

¹⁷ Punctul 10 din hotărâre.

¹⁸ Legea 24/2017 privind emitenții de instrumente financiare și operațiuni de piață, M. Of. nr. 772 din 10.08.2021.

capitalul social al unei societăți sau din drepturile de vot;¹⁹, de unde s-ar putea deduce că acționarul minoritar ar fi acela care deține mai puțin de 10% din acțiuni sau din drepturile de vot.

Acționarii minoritari pot fi *direct* prejudiciați dacă:

- Sunt supuși unui *tratament discriminatoriu* în raport cu cei majoritari. De exemplu, nedistribuirea de dividende, fără o motivație legată de interesul social²⁰; eliberarea din funcții de conducere ale societății pentru a fi determinați să vândă acțiunile lor la un preț scăzut²¹.

- Se produce „*diluarea*” *valorii acțiunilor* lor în beneficiul acționarilor majoritari. De exemplu, atunci când are loc emisiunea de noi acțiuni (pentru un acționar majoritar); când acțiunile sunt vândute în cursul unei fuziuni și acționarii minoritari primesc o compensație neadecvată²²; când acționarii minoritari se retrag din societate ca urmare a unei oferte publice de preluare, fiind, de fapt, eliminați prin voința acționarilor majoritari (procedura de *squeeze-out*)²³; când majorarea capitalului social se face prin aporturi în natură din partea acționarilor majoritari, cu bunuri supraevaluate²⁴.

- Primesc *informații false sau înșelătoare* cu privire la emitenții acțiunilor pe piața de capital. Trebuie făcută precizarea că și acționarii majoritari ar putea fi prejudiciați în acest caz.

Potrivit *principiului transparenței pieței de capital*, emitenții acțiunilor tranzacționate pe o piață reglementată au obligația de a informa acționarii în mod adecvat, complet și la timp, încă din perioada procedurii de admitere la tranzacționare, continuând cu rapoarte periodice²⁵, precum și realizarea unei informări continue (*ad-hoc*) ori de câte ori intervin situații/evenimente care trebuie raportate, conform legislației în materie²⁶.

Încălcarea obligației de informare reprezintă un delict civil, care poate atrage răspunderea delictuală. Faptele ilicite bursiere pot fi *comisive* (când se furnizează informații extrem de optimiste sau, dimpotrivă, exagerat de pesimiste referitoare la emitentul acțiunilor) și *omisive* (când nu se divulgă informații care ar fi trebuit să fie comunicate potrivit legii)²⁷. Aceste delictive, indiferent de tipul

¹⁹ În acest sens, M.C. Miloș, *Considerații privind protecția investitorilor pe piața de capital din România*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 5 /2020, p. 2, sintact.ro.

²⁰ M.C. Miloș, *op. cit.*, p. 2.

²¹ M. Gelter, *Mapping types of shareholder lawsuits across jurisdictions*, în S. Griffith, J. Erickson, D. H. Webber, V. Winship (eds.), *Research Handbook on Representative Shareholder Litigation*, Edward Elgar Publishing, e-book, p. 472, DOI 10.4337/9781786435347.

²² M. Gelter, *op. cit.*, p. 472.

²³ M.C. Popa, *op. cit.*, p. 323.

²⁴ M.C. Miloș, *op. cit.*, p. 3.

²⁵ Pentru România, a se vedea Legea 24/2017, titlul III, capitolul III (informarea periodică), capitolul IV (informarea continuă), titlul V (abuzul de piață), capitolul II (informații privilegiate), capitolul III (manipularea pieței), capitolul IV (obligații de informare).

²⁶ M.C. Popa, *op. cit.*, pp. 329-330.

²⁷ V. Verdeș, *Considerații privind răspunderea civilă delictuală în domeniul bursier cu privire la fapte ilicite ce țin de nerespectarea regimului informațional*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 11/2013, p. 13, sintact.ro.

lor, distorsionează atitudinea și modalitatea de a acționa pe piața de capital a acționarilor vizați, conducând la cauzarea de daune: acționarii, în situația prezentării optimiste, vor fi determinați să cumpere noi acțiuni sau să le păstreze pe cele deținute deja, iar în prezentarea situației pesimiste, vor fi impulsionați să vândă acțiunile pentru a limita pierderile, în ambele situații suferind prejudicii²⁸.

În spațiul UE este aplicabil Regulamentul MAR (*Market Abuse Regulation*)²⁹.

În speța *VEB v. BP*, VEB a invocat încălcarea de către BP a *obligațiilor sale de informare* (ca emitent al acțiunilor) față de acționari. A susținut că *devalorizarea acțiunilor nu a fost cauzată de riscurile piețelor financiare, ci de furnizarea de către BP a unor informații incorecte, incomplete și înșelătoare privind deversarea de petrol, BP nerespectându-și astfel obligațiile legale de informare. Astfel, acționarii au luat decizii de investiție pe care nu le-ar fi adoptat dacă faptele ar fi fost prezentate în mod corect și complet. Din momentul în care informația exactă a fost cunoscută, valoarea acțiunilor lor a scăzut, cauzându-le astfel un prejudiciu*³⁰.

b. Prejudicii indirecte

Acționarii unei societăți pot suporta și prejudicii *indirecte* sau *prin ricoșeu*, care, de regulă, se materializează în *scăderea valorii acțiunilor* lor. Asemenea daune apar atunci când *însăși societatea, ca entitate juridică independentă, suferă prejudicii*. De exemplu, consiliul de administrație/directoratul (mandatarii sociali) iau decizii de afaceri în mod neglijent, încheie contracte care obligă societatea față de terți, cum ar fi garantarea unor credite, comit fraude; acționarii majoritari (o societate, o instituție financiară, o familie, un guvern) încheie contracte cu societatea în interes propriu, intrând în conflict cu acționarii minoritari³¹ ș.a.

Deși, în speța analizată (*VEB v. BP*) prejudiciul a constat în scăderea valorii acțiunilor (datorită nerespectării obligațiilor de informare, pe care le are societatea emitentă față de acționari), în acest caz prejudiciul nu s-a răsfrâns direct asupra societății emitente și indirect asupra acționarilor, ci este un prejudiciu direct suportat de acționari.

Regula este că, în sistemele de drept naționale³², prejudiciul prin ricoșeu, suportat de acționari, nu este un prejudiciu reparabil³³. Dreptul la despăgubiri revine numai societății prejudiciate. În sistemul de *common law* există principiul

²⁸ V. Verdeș, *op. cit.*, p. 13.

²⁹ Regulamentul (UE) nr. 596/2014 al Parlamentului European și al Consiliului privind abuzul de piață (regulamentul privind abuzul de piață), JO L 173, 12.6.2014.

³⁰ Punctul 15 din hotărâre.

³¹ M. Gelter, *op. cit.*, p. 471.

³² De exemplu, în Australia, Canada, China, Franța, Germania, Hong Kong, Țările de Jos, Marea Britanie, Statele Unite ale Americii; în acest sens, V. Korzun, *Shareholder claims for reflective loss: how International Investment Law changes Corporate Law and Governance*, în *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 40, nr. 1/2018, p. 199, [Online] la <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol40/iss1/5>, accesat 25.12.2022

³³ În același sens, V. Verdeș, *op. cit.*, p. 18.

no reflective loss, în temeiul căruia acționarii nu pot primi despăgubiri pentru daunele ce au fost cauzate societății³⁴.

În dreptul românesc, dreptul la acțiune aparține adunării generale a acționarilor. Astfel, potrivit art. 155(1) din Legea 31/1990 a societăților, „Acțiunea în răspundere contra fondatorilor, administratorilor, directorilor, respectiv a membrilor directoratului și consiliului de supraveghere, precum și a cenzorilor sau auditorilor financiari, pentru daune cauzate societății de aceștia prin încălcarea îndatoririlor lor față de societate, aparține adunării generale...”. Numai în cazul în care adunarea generală *nu* introduce acțiunea în răspundere și nici nu dă curs propunerii unuia sau mai multor acționari de a iniția o asemenea acțiune, *acționarii reprezentând, individual sau împreună, cel puțin 5% din capitalul social* au dreptul de a introduce o acțiune în despăgubiri, *în nume propriu, dar în contul societății* [art. 155¹(1)]. Această acțiune este echivalentul *derivative action* din sistemul de drept american³⁵, în care acționarii se îndreaptă în numele societății, de exemplu, împotriva directorilor societății pentru încălcarea obligațiilor lor fiduciare.

1.2.2. Prejudicierea acționarilor prin acte sau fapte, care își au „originea” în exteriorul societății

Prejudiciile pot fi, și în acest caz, *directe și indirecte*.

Prejudiciile *directe* apar, de exemplu, în cazurile în care acțiunile/titlurile sunt anulate sau acționarii sunt expropriați de titlurile lor de valoare³⁶.

Prejudiciile sunt *indirecte* atunci când societatea este aceea care suportă paguba, de exemplu, prin exproprierea pentru cauză de utilitate publică, prin modificarea legislației, prin blocarea activității societății din motive legate de protecția mediului, etc. În aceste cazuri, acționarii suportă prejudicii indirecte, prin ricoșeu. Spre deosebire de prejudiciul prin ricoșeu, când persoana responsabilă vine din interiorul societății emitente, dacă cel care poate fi tras la răspundere este un terț față de societate, de exemplu, este statul gazdă al investiției sau unități ale sale, atunci acționarii au șansa reparării prejudiciului prin ricoșeu în fața tribunalelor arbitrale de investiții.

2. Mijloace de protecție și acțiune a investitorilor prejudiciați

Așa cum am arătat deja, în principiu, acționarii minoritari sunt aceia care suferă prejudicii. Este posibil, însă, ca și acționarii majoritari să se afle în situația de a fi prejudiciați direct sau indirect prin actele și faptele comise sau omise

³⁴ J. Chaisse, L. Zhuoyue Li, *Shareholder Protection Reloaded. Redesigning the Matrix of Shareholder Claims for Reflective Loss*, în *Stanford Journal of International Law*, vol. 52, nr. 1/2016, pp. 54-58.

³⁵ V. Korzun, *op. cit.* p. 201.

³⁶ J. Arato, K. Claussen, J. Lee, G. Zarra, ‘Reforming Shareholder Claims in ISDS’, *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/9*, 17 September 2019, [Online] la <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/papers/arato-reforming-shareholder-claims-isds-af-9-2019.pdf>, accesat 25.12.2022.

ale mandatarilor sociali³⁷. Ei au la dispoziție o serie de mecanisme, prevăzute în dreptul național, pentru obținerea de reparații. Atunci când prejudiciul este cauzat de factori externi societății, care provin de la statul gazdă al investiției sau de la entități ale statului gazdă, acționarii ancorați în mediul de afaceri internațional au și posibilitatea utilizării regulilor internaționale de protecție a investiției lor.

2.1. Protecția acționarilor prin mijloace de drept național

Întrucât acționarii vizați sunt cei internaționali, mijloacele de drept național aplicabile includ și regulile de drept internațional privat³⁸ cu privire la competența soluționării litigiilor și la legea aplicabilă. Astfel, pentru a putea soluționa pe fond o acțiune în răspundere civilă delictuală pentru repararea prejudiciului, mai întâi trebuie stabilită competența instanței, iar apoi legea aplicabilă. Vom avea în vedere doar spațiul european, în care a fost realizată o armonizare parțială a *normelor materiale*, mai ales în ceea ce privește piața de instrumente financiare.

2.1.1. Competența jurisdicțională

În materia răspunderii civile delictuale pentru stabilirea competenței jurisdicționale este aplicabil Regulamentul Bruxelles I bis. Potrivit art. 7(2) „O persoană care are domiciliul pe teritoriul unui stat membru poate fi acționată în justiție într-un alt stat membru.[...] în materie delictuală și cvasidelictuală, în fața instanțelor de la locul unde s-a produs sau riscă să se producă fapta prejudiciabilă.”

Indiferent de tipul de prejudiciu, direct sau indirect (prin ricoșeu), dacă răspunderea este delictuală sau quasidelictuală, competența se stabilește potrivit Regulamentului Bruxelles I bis.

În cauza VEB v. BP, instanța supremă neerlandeză a solicitat să se stabilească dacă art. 7 (2) trebuie interpretat în sensul că materializarea directă, într-un cont de investiții, a unui prejudiciu pur financiar rezultat din decizii de investiții adoptate în urma unor informații ușor accesibile pe plan mondial, dar incorecte, incomplete sau înșelătoare provenite de la o societate internațională cotate la bursă permite competența internațională a unei instanțe a statului membru în care este stabilită banca sau întreprinderea de investiții în registrul căreia este înscris contul, atunci când societatea menționată nu era supusă unor obligații legale de publicitate în acest stat membru³⁹. CJUE a răspuns că o asemenea competență nu era previzibilă pentru pârât (BP) și că este competentă doar instanța din statul membru în care BP a îndeplinit, în vederea cotării sale la bursă, obligațiile legale de

³⁷ V. Verdeș, *op. cit.*, p. 14.

³⁸ Fiecare stat are propriul drept internațional privat, caracterul internațional fiind dat de existența elementului/elementelor de extraneitate, adică de împrejurarea de fapt care face ca un raport juridic concret să vină în contact cu cel puțin două sisteme de drept diferite.

³⁹ Punctul 22 din hotărâre.

publicitate. Numai acolo BP poate în mod rezonabil să prevadă existența unei piețe de investiții și angajarea răspunderii sale⁴⁰.

Cu alte cuvinte, investitorii suferă prejudicii la locul de tranzacționare a acțiunilor. Domiciliul lor sau contul de investiții nu are nici o relevanță în ceea ce privește localizarea prejudiciului⁴¹.

Trecând dincolo de speța *VEB v. BP*, dar tot în contextul răspunderii civile delictuale, de data aceasta pentru *frauda organelor de conducere a societății*, cauza Wirecard⁴² oferă o abordare utilizată de un acționar prejudiciat, care, deși pare a fi abuzivă, a avut succes.

Investitorul reclamant a invocat aplicarea art. 8(1) din Regulamentul Bruxelles I bis, care prevede că: „O persoană care are domiciliul pe teritoriul unui stat membru mai poate fi acționată în justiție, atunci când este unul dintre mai mulți pârâți, în fața instanței de la domiciliul oricărui dintre aceștia, cu condiția ca între cereri să existe o legătură atât de strânsă încât să fie oportună examinarea și judecarea lor în același timp pentru a se evita riscul pronunțării unor hotărâri ireconciliabile în cazul judecării separate a cauzelor.”. Acțiunea a fost introdusă în fața unui tribunal austriac de către un investitor austriac împotriva auditorului german al Wirecard. În același timp, el a chemat în judecată un membru al consiliului de supraveghere al Wirecard cu domiciliul în Austria, care este singurul membru al consiliului de supraveghere care locuiește în circumscripția instanței austriece.

⁴⁰ Punctele 34 și 35 din hotărâre.

⁴¹ M. Lehmann, *The new piece...op. cit.*, p. 9.

⁴² Wirecard a fost o societate cotate la bursă, cu sediul în Germania, care, înființată în 1999, a început prin activități de procesare a plăților pentru jocurile de noroc online și pornografie. În 2006 a trecut în domeniul bancar odată cu achiziționarea băncii XCOM. Banca, redenumită Wirecard, a avut licențe de la Visa și Mastercard, putând emite carduri de credit și gestiona bani în numele comercianților. Acțiunile Wirecard au atins un vârf de 191 euro în august 2018⁴², societatea valorând 24 de miliarde de euro (<https://www.ft.com/content/284fb1ad-ddc0-45df-a075-0709b36868db>, 1.12.2022.). Grupul avea peste cincizeci de filiale, iar cele mai profitabile erau cele care operau în Singapore, India și alte țări asiatice. Printre clienții Wirecard se numărau Aldi, Lidl, Ikea, precum și în jur de 100 de companii aeriene. Firma de audit EY a auditat situațiile financiare anuale ale Wirecard și pe cele ale grupului Wirecard, pentru anii 2009-2018, nedescoperind vreo problemă. Cu toate acestea, timp de cinci ani, începând din aprilie 2015, *Financial Times* a publicat mai mult de șaisprezece articole în care a prezentat posibile fraude la Wirecard. În 2018 Wirecard a angajat o firmă de avocatură în Singapore pentru a verifica contabilitatea, care nu a făcut descoperiri cu efecte semnificative asupra situațiilor financiare anuale. După ce *Financial Times* a descoperit alte neconcordanțe și ca răspuns la presiunile din partea investitorilor și a publicului, Wirecard a solicitat firmei de audit KPMG să efectueze o „investigație specială” la jumătatea lunii octombrie 2019. La 27 aprilie 2020, KPMG a constatat că numeroase înregistrări financiare nu au putut fi confirmate, deoarece documentele nu au fost furnizate sau nu au fost puse la dispoziție în formă originală. La 18 iunie 2020, EY a refuzat să certifice conturile Wirecard, constatând că 1,9 miliarde euro în două bănci asiatice nu au putut fi găsite. La 25 iunie 2020, Wirecard și-a declarat insolvența. Prețul acțiunilor a rămas în jur de 100 de euro până la refuzul auditorilor de a certifica conturile, iar apoi s-a prăbușit sub 2 euro. (Informații disponibile pe site-ul financial Times, <https://www.ft.com/content/4901a824-f862-4b7c-8b16-7e1ae088e729>, accesat 24.10.2022; Th.M.J. Möllers, *The Wirecard accounting scandal in Germany, and how the financial industry failed to spot it*, *The International Lawyer*, vol. 54, nr. 3/ 2021, pp. 326-327.).

Chiar dacă auditorul a pretins că reclamantul a creat în mod artificial situația, astfel încât să fie îndeplinite condițiile art. 8(1), Curtea Supremă austriacă a considerat nu a fost probată o fraudă la lege, că art. 8(1) este aplicabil și că are competență să soluționeze cele două cereri. În doctrină⁴³ s-a afirmat că legătura dintre cele două acțiuni introduse era *quasi-inexistentă*. Astfel, auditorul și membrul consiliului de supraveghere sunt complet independenți unul de celălalt și au sarcini diferite; auditorul furnizează rapoarte despre situația financiară a societății, iar consiliul are datoria de a supraveghea consiliul de administrație. Deși, atât auditorul, cât și consiliul de supraveghere trebuie să verifice situația financiară a societății, răspunderea lor este diferită, iar instanța ar putea ajunge la concluzia că auditorul este responsabil, dar consiliul de supraveghere nu, sau invers. Prin urmare, nu există pericolul unor hotărâri ireconciliabile, așa cum prevede art. 8 (1).

2.1.2. Legea aplicabilă⁴⁴

Pentru soluționarea litigiilor privind prejudiciile suportate de acționari, legea aplicabilă în spațiul european se stabilește în funcție de calificarea litigiului ca făcând parte din materia contractuală sau delictuală.

Dacă este vorba despre acțiuni cotate la bursă, care fac parte din categoria instrumentelor financiare, la nivelul UE s-a realizat o oarecare uniformizare a *regulilor materiale* aplicabile piețelor de instrumente financiare, prin directivele și regulamentele UE în materie.

În ceea ce privește normele conflictuale, acestea acoperă doar o parte a aspectelor referitoare la instrumentele financiare, de regulă, doar aspectele patrimoniale, cum ar fi, de exemplu, apartenența lor (cui aparțin instrumentele financiare)⁴⁵. Normele conflictuale din sectorul pieței de capital nu privesc conținutul instrumentelor financiare, adică *drepturile și obligațiile* ce le presupun⁴⁶.

Conținutul instrumentelor financiare este supus *legii contractului* părților, fiind aplicabile regulile de conflict din Regulamentul Roma I⁴⁷ (art. 3 –autonomia de voință a părților în alegerea legii aplicabile contractului). Prevederile art. 1(2) (d) din Regulamentul Roma I, conform cărora sunt excluse din domeniul lui de aplicare „(d) obligațiile rezultate din cambii, cecuri și bilete la ordin, precum și alte instrumente negociabile, în măsura în care obligațiile care decurg din astfel

⁴³ M. Lehmann, (*Ab*)Use of Article 8(1) of the Brussels I bis Regulation in Wirecard, în blog-ul EAPIL din 20 octombrie 2022, [Online] la <https://eapil.org/2022/10/20/abuse-of-article-81-of-the-brussels-i-bis-regulation-in-wirecard/>, accesat 22.12.2022.

⁴⁴ O parte din analiza care urmează cu privire la legea aplicabilă în materie de instrumente financiare a fost preluată din lucrarea autoarei, *Drept internațional privat european în raporturi de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2021, pp. 207-210.

⁴⁵ M. Lehmann, *Financial Instruments, Bonds & Loans, Cheques, Bills of Exchange and Guarantees in Private International Law*, 2016, p. 8, în Basedow, Rühl, Ferrari & de Miguel, *European Encyclopedia of Private International Law*, 2016, [Online] la <https://ssrn.com/abstract=2849363>, accesat 12.12.2022.

⁴⁶ M. Lehmann, *Financial ...*, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁷ Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I), JO L 177/6, 4.7.2008.

de instrumente negociabile *derivă din caracterul lor negociabil;*” nu sunt aplicabile în ceea ce privește conținutul instrumentelor financiare, deoarece drepturile și obligațiile care reprezintă conținutul acestora *nu derivă din caracterul lor negociabil*⁴⁸.

În ceea ce privește *legea aplicabilă acțiunilor*, de regulă, raporturile dintre societatea emitentă și acționar sunt supuse legii care reglementează funcționarea societății (*lex societatis*).

Emiterea/emisiunea și distribuția de instrumente financiare trebuie însoțită de publicarea unui prospect. Regulamentul (UE) 2017/1129 privind prospectul care trebuie publicat în cazul unei oferte publice de valori mobiliare sau al admiterii de valori mobiliare la tranzacționare pe o piață reglementată⁴⁹ stabilește cerințele privind elaborarea, aprobarea și difuzarea prospectului care urmează să fie publicat în cazul unei oferte publice de valori mobiliare sau al admiterii de valori mobiliare la tranzacționare pe o piață reglementată care este situată sau care funcționează într-un stat membru [art. 1(1)]. Legislația românească corespunzătoare este Legea nr. 24/2017 privind emitenții de instrumente financiare și operațiuni de piață⁵⁰.

În plus, emitenții de valori mobiliare au obligația de a publica informații periodice și continue, așa cum reiese din Directiva 2004/109/CE privind armonizarea obligațiilor de transparență în ceea ce privește informația referitoare la emitenții ale căror valori mobiliare sunt admise la tranzacționare pe o piață reglementată⁵¹ (care se regăsesc în Legea nr. 24/2017). Această directivă are ca scop îmbunătățirea informării investitorilor cu privire la emitenții de valori mobiliare admise la tranzacționare pe o piață reglementată care își au sediul sau își desfășoară activitatea într-o țară a UE. Directiva obligă țările UE să publice informații financiare periodice cu privire la veniturile lor pe tot parcursul anului financiar, în plus față de informarea continuă privind deținerea unor procentaje semnificative din drepturile de vot.

Prin urmare, regulile cu privire la transparența informațiilor sunt reguli de drept public. *Legea aplicabilă este aceea a statului pe teritoriul căruia instrumentul financiar este tranzacționat.* Dacă instrumentul financiar este tranzacționat pe o piață reglementată, bursieră, atunci legea aplicabilă este aceea aplicabilă bursei. Dacă instrumentul financiar este tranzacționat *over-the-counter*, pe piața extrabursieră, legea aplicabilă este aceea a statului unde instrumentul financiar

⁴⁸ M. Lehmann, *Financial...*, op. cit., p. 8.

⁴⁹ Regulamentul (UE) 2017/1129 al Parlamentului European și al Consiliului din 14 iunie 2017 privind prospectul care trebuie publicat în cazul unei oferte publice de valori mobiliare sau al admiterii de valori mobiliare la tranzacționare pe o piață reglementată, și de abrogare a Directivei 2003/71/CE, JO L 168/12, 30.6. 2017.

⁵⁰ M. Of. nr. 772 din 10.08.2021.

⁵¹ Directiva 2004/109/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 decembrie 2004 privind armonizarea obligațiilor de transparență în ceea ce privește informația referitoare la emitenții ale căror valori mobiliare sunt admise la tranzacționare pe o piață reglementată și de modificare a Directivei 2001/34/CE, JO L 390, 31.12.2004.

este oferit la tranzacționare⁵². Aceeași lege ar trebui să fie aplicabilă și răspunderii pentru informațiile false sau pentru omisiunea de informații din prospect⁵³.

Cu toate acestea, în dreptul internațional privat european, pentru stabilirea legii aplicabile *răspunderii*, neexistând reguli de conflict special elaborate pentru această situație, se aplică regulile generale din Regulamentul Roma II cu privire la legea aplicabilă obligațiilor necontractuale⁵⁴. Potrivit art. 4 (1) legea aplicabilă obligațiilor necontractuale care decurg dintr-o *faptă ilicită este legea țării în care s-a produs prejudiciul*, indiferent în ce țară are loc faptul cauzator de prejudiciu și indiferent de țara sau țările în care se manifestă efectele indirecte ale respectivului fapt.

În cauza *Harald Kolassa c. Barclays Bank* (C-375/13) CJUE a stabilit că prejudiciul suferit de un investitor ca urmare a unor informații false în prospect se consideră că a avut loc în statul de domiciliu al investitorului, unde are și contul bancar. În speță s-a făcut interpretarea Regulamentului Bruxelles I, în materia competenței cererilor introduse de consumatori și cu privire la materia delictuală. Dacă același raționament s-ar aplica și pentru stabilirea legii aplicabile, atunci, așa cum s-a arătat în literatura juridică⁵⁵, determinarea legii aplicabile ar fi imprevizibilă pentru emitentul instrumentului financiar (obligat la publicarea prospectului), putând fi legea oricărui stat în care se produce un prejudiciu.

În *VEB v. BP*, deși situația de fapt prezintă asemănări cu aceea din *Harald Kolassa c. Barclays Bank* (ambele având la bază informațiile incomplete sau înșelătoare pe piața de capital primite de reclamanți), *comunicarea de informații incorecte, incomplete și înșelătoare* apare pe *pieța secundară*, pe când în *Harald Kolassa c. Barclays Bank* informațiile erau furnizate pe *pieța primară*⁵⁶. Pe piața primară, instrumentele financiare, pentru analiza noastră, acțiunile, sunt *emise*, de exemplu, de către o societate cotate la bursă. Pe piața secundară acțiunile sunt *tranzacționate* între investitori, prin intermediari. Piața primară și piața secundară sunt supuse unor reglementări diferite⁵⁷. Astfel, în ceea ce privește prospectul, conform Regulamentului (UE) 2017/1129, acesta este destinat pieței primare, pentru că trebuie publicat *înainte* ca instrumentul financiar să fie emis. Dimpotrivă, regulile cu privire la informarea continuă a investitorilor privește piața secundară. În *VEB v. BP* *informațiile incorecte, incomplete și înșelătoare* priveau piața secundară⁵⁸. Obligativitatea informării investitorilor reiese din Regulamentul MAR, potrivit căruia emitentul acțiunilor trebuie să facă publice, de îndată ce este posibil, *informații privilegiate* care se referă în mod direct la emitentul respectiv, asigurându-se că informațiile privilegiate sunt publicate într-un mod care să permită accesul rapid și evaluarea completă, corectă și promptă a

⁵² M. Lehmann, *Financial... op. cit.*, p. 9.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Regulamentul (CE) nr. 864/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 iulie 2007 privind legea aplicabilă obligațiilor necontractuale (Roma II), JO L 199/40, 31.7.2007.

⁵⁵ M. Lehmann, *Financial... op. cit.*, p. 10.

⁵⁶ M. Lehmann, *A new piece...op. cit.* p. 4.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 5.

acestora de către public [art. 17 (1) Regulamentul MAR]. Prin informații privilegiate se înțeleg informațiile cu caracter precis, care nu au fost făcute publice, care se referă în mod direct sau indirect la unul sau mai mulți emitenți sau la unul sau mai multe instrumente financiare și care, în cazul în care ar fi făcute publice, ar putea influența semnificativ prețul instrumentelor financiare în cauză sau al instrumentelor financiare derivate conexe [art. 7(1)(a) Regulamentul MAR].

Prin urmare, legea aplicabilă este legea de la locul unde obligația de informare trebuie prestată, mai precis, legea de la locul de tranzacționare a acțiunilor, adică legea pieței secundare⁵⁹. Așa cum am precizat și în cazul determinării competenței jurisdicționale, investitorii suferă prejudicii la locul de tranzacționare a acțiunilor. Deci legea aplicabilă obligațiilor necontractuale care decurg dintr-o *faptă ilicită este legea țării în care s-a produs prejudiciul*, adică legea țării de la locul de tranzacționare a acțiunilor.

2.2. Protecția acționarilor prin mijloace de drept internațional public

Dacă acționarul intră în raporturi contractuale cu un stat sau entități ale acestuia, direct sau indirect (de exemplu, fiind acționar al unei societăți care are calitatea de investitor străin într-un stat gazdă), atunci poate fi supus unor reguli de drept internațional public. Norme de drept internațional public se aplică și în situația în care investitorul străin nu a contractat direct sau indirect cu statul gazdă, dar acesta din urmă (statul gazdă) a încălcat drepturi ale investitorului străin cu privire la *tratamentul* aplicat investiției, recunoscute prin tratatele bilaterale sau multilaterale de investiții. De exemplu, statul gazdă a expropriat investiția fără a acorda despăgubirile cuvenite, i-a aplicat investitorului străin un regim discriminatoriu, ș.a.

Acționarii BP din speța folosită ca pretext pentru analiza acționarilor ca investitori internaționali, nu pot opta pentru protecția dreptului internațional al investițiilor, întrucât prejudiciul nu provine din fapte ilicite ale statului gazdă al investiției, ci din „interiorul” societății emittente a acțiunilor. Cu toate acestea, în continuare vom explica ce soluții circumscrise dreptului internațional public ar avea un acționar prejudiciat, direct sau indirect de statul gazdă al investiției.

2.2.1. Acțiunile reprezintă o investiție internațională protejată?⁶⁰

Pentru a răspunde la întrebare trebuie clarificat, mai întâi, care investiții pot beneficia de protecție în dreptul internațional al investițiilor.

Prin dreptul internațional al investițiilor, care face parte din dreptul internațional public, protecția investitorilor și a investițiilor lor, de regulă, se realizează prin Tratatate Bilaterale de Investiții (*Bilateral Investment Treaties* -BITs)

⁵⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁰ O parte din această secțiune a fost preluată și actualizată din lucrarea autoarei, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018, pp. 92-95.

sau multilaterale. Investițiile protejate sunt definite în fiecare BIT în parte, neexistând o definiție a investiției, universal acceptată⁶¹.

Semnificația noțiunii de investiție este stabilită, de regulă, cu ocazia soluționării litigiilor dintre investitorii străini prejudiciați și statele gazdă prin arbitrajul organizat în cadrul ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*). ICSID aplică Convenția de la Washington din 1965 pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state⁶². Conform art. 25 (1) din Convenție, investitorul trebuie să facă o probă dublă: să dovedească faptul că operațiunea litigioasă este o investiție în sensul BIT-ului și că este o investiție în sensul Convenției de la Washington. În Convenție, noțiunea de investiție nu este definită, însă, în practica arbitrală ICSID, în speța *Salini v. Maroc* din 2001 a fost formulată o definiție, general aplicabilă, indiferent de formulările din BIT-uri⁶³. Astfel, investiția străină directă este protejată dacă trece testul Salini, adică atunci când aduce un aport financiar, care nu trebuie să aibă un quantum inferior costului mediu al arbitrajului investițiilor, care are o anumită durată (3-5 ani), care presupune un anumit risc economic suportat de investitor și care participă la dezvoltarea economică a statului gazdă.

În BIT-urile de ultimă generație, abordarea a suferit schimbări în sensul că protecția internațională a fost extinsă dincolo de investițiile directe, ce satisfac testul Salini, la investițiile de portofoliu (în acțiuni, obligațiuni) și la alte investiții indirecte (de portofoliu), cum ar fi contractele de asistență tehnică, de transfer de drepturi de proprietate intelectuală, ș.a.⁶⁴. Investiția în *acțiuni sau părți sociale* este considerată o investiție directă și nu una de portofoliu, de exemplu, în optica *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), care a identificat 5 forme/categorii de *investiții directe*⁶⁵, printre care și orice tip de acțiuni/obligațiuni în societăți constituite sau orice formă de participare financiară. Aceeași abordare apare și în art. 8.1 din CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) încheiat în 2017 între UE și Canada⁶⁶, provizoriu în vigoare⁶⁷.

⁶¹ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Editions A. Pedone, Paris, 2014, p. 155; M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, Montchrestien, 2014, p. 220.

⁶² România a ratificat Convenția de la Washington din 1965 prin Decretul nr. 62/1975 (B. Of. nr. 56 din 7 iunie 1975).

⁶³ A. de Nanteuil, *op. cit.*, p. 168.

⁶⁴ V. Korzun, *op. cit.*, p. 213.

⁶⁵ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking*, p. 8, [Online] la: http://unctad.org/en/Docs/iteia20065_en.pdf, accesat 10.12.2022.

⁶⁶ Acord Economic și Comercial cuprinzător (CETA) între Canada, pe de o parte, și Uniunea Europeană și statele sale membre, pe de altă parte, JO L11/23, 14.1.2017.

⁶⁷ Decizia (UE) 2017/38 a Consiliului din 28 octombrie 2016 privind aplicarea cu titlu provizoriu a Acordului economic și comercial cuprinzător (CETA) dintre Canada, pe de o parte, și Uniunea Europeană și statele sale membre, pe de altă parte, JO L11/1080, 14.1.2017.

Într-un proiect UNCTAD⁶⁸ prin care se urmărește culegerea conținutului BIT-urilor din întreaga lume, din 2584 de BIT-uri numai 31 exclud investițiile⁶⁹ de portofoliu din protecția internațională prin intermediul lor⁷⁰, iar din 31, 21 sunt BIT-uri încheiate de Turcia cu alte state.

Așadar, răspunsul la întrebarea din subtitlu este că acțiunile sunt considerate investiții care pot beneficia de protecția dreptului internațional al investițiilor.

2.2.2. Cum sunt protejați investitorii internaționali în acțiuni?⁷¹

Fie că prejudiciile sunt directe, fie că sunt prejudicii prin ricoșeu, investitorii internaționali în acțiuni pot iniția un arbitraj în cadrul ICSID împotriva statului gazdă pentru repararea prejudiciului.

Referitor la prejudiciile prin ricoșeu, deși, așa cum am arătat, în legislațiile naționale regula este că acționarii nu pot formula acțiuni în despăgubire, dreptul internațional al investițiilor schimbă regulile prin aceea că permite acționarilor să declanșeze acțiuni în despăgubire pentru prejudiciul prin ricoșeu prin intermediul arbitrajului investițiilor, indiferent dacă societatea ai căror

⁶⁸ [Online] la: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-mapping>, accesat 16.10.2022.

⁶⁹ Într-un act normativ românesc recent, OUG nr. 14/2022 (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 46 din 14 aprilie 2022 privind măsurile de punere în aplicare a Regulamentului (UE) 2019/452 al Parlamentului European și al Consiliului din 19 martie 2019 de stabilire a unui cadru pentru examinarea investițiilor străine directe în Uniune, precum și pentru modificarea și completarea Legii concurenței nr. 21/1996, M. Of. nr. 379 din 18 aprilie 2022), care nu aduce atingere acordurilor și convențiilor internaționale la care România este parte [art. 1(2)], altfel spus, nu influențează semnificația noțiunii de investiție din BIT-uri, *investiția străină directă* este definită ca fiind „investiția de orice natură efectuată de un investitor străin cu scopul de a stabili sau de a menține legături durabile și directe între investitorul străin și întreprinderea vizată sau o unitate organizatorică separată a unei întreprinderi, cărora le sunt puse la dispoziție aceste fonduri sau urmează să le fie puse la dispoziție pentru desfășurarea unei activități economice în România, și care îi permit investitorului străin să exercite un control asupra administrării întreprinderii. O investiție străină directă se efectuează, de asemenea, când există o schimbare în structura de proprietate a unui investitor străin persoană juridică, dacă această schimbare în ceea ce privește persoana juridică face posibilă exercitarea unui control, în mod direct sau indirect, de către o: 1. persoană fizică ce nu este cetățean al unui stat membru al Uniunii Europene; 2. persoană juridică al cărei sediu social nu se află într-un stat membru al Uniunii Europene sau 3. altă entitate juridică, fără personalitate juridică, organizată în temeiul legilor unui stat care nu este membru al Uniunii Europene”. [art. 2 b)]. Accepțiunea investiției străine directe din OUG nr. 14/2022, servește numai la stabilirea cadrului legal și instituțional de aplicare a Regulamentului (UE) 2019/452 de stabilire a unui cadru pentru *examinarea investițiilor străine directe în Uniune*, în scopul *protejării intereselor esențiale de securitate și ordine publică*. Acest act normativ exclude din sfera lui de aplicare *investițiile de portofoliu*, definite în Legea nr. 241/1998 ca fiind „dobândirea de valori mobiliare pe piețele de capital organizate și reglementate și care nu permit participarea directă la administrarea societății comerciale” [Legea nr. 241/1998 pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 92/1997 privind stimularea investițiilor directe (M. Of. nr. 483 din 16.12.1998) cu modificările și completările ulterioare.].

⁷⁰ V. Korzun, *op. cit.*, p. 214.

⁷¹ C.T. Ungureanu, *Drept internațional privat european în raporturi de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2021, pp. 196-197.

acționari sunt a făcut demersuri în justiție sau arbitraj ori nu⁷². În funcție de prevederile din BIT, dreptul la o asemenea acțiune aparține nu numai acționarilor majoritari sau care controlează societatea, ci și acționarilor minoritari.

Începând cu anii 70 tribunalele arbitrale au recunoscut dreptul acționarilor de a introduce cereri de arbitraj în mod individual pentru obținerea de despăgubiri⁷³. După hotărârea pronunțată de Curtea Internațională de Justiție (Haga), în cauza *Barcelona Traction (Belgia c. Spaniei)*⁷⁴ când s-a constatat tendința acceptării ideii acțiunilor introduse în despăgubirea acționarilor pentru prejudicii indirecte⁷⁵, au urmat și alte hotărâri pe aceeași linie. Astfel, Curtea Internațională de Justiție a admis în 1989 în cauza *ELSI*⁷⁶ că SUA este îndreptățită să introducă o acțiune împotriva Italiei în despăgubirea naționalilor săi, acționari într-o societate cu sediul în Italia. În cauza *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, tribunalul arbitral în cadrul ICSID a precizat că nu există vreun obstacol în dreptul internațional actual cu privire la conceptul de a admite cereri introduse de către acționari, independent de societatea ai căror acționari sunt, chiar dacă acești acționari sunt minoritari sau acționari care nu controlează societatea⁷⁷. Același raționament a fost urmat în cauza ICSID *Enron v. Argentine Republic*⁷⁸.

Acțiunile în arbitrajul investițiilor pentru prejudiciul prin ricoșeu pot avea consecințe negative importante cu privire la: obținerea de despăgubiri duble, hotărâri arbitrale contradictorii, cost ridicat. Acționarii protejați prin BIT au drepturi prioritare față de societate, creditorii societății și alte persoane interesate (*stakeholders*), cum ar fi de exemplu, salariații⁷⁹. Regula instituită în drepturile naționale, prin care acționarii nu pot fi despăgubiți pentru prejudiciul prin ricoșeu, nu înseamnă că nu se recunoaște prejudicierea lor, ci că este mai eficient, mai predictibil și mai corect ca societatea să fie aceea despăgubită, evitându-se

⁷² V. Korzun, *op. cit.*, p. 194.

⁷³ *Ibidem*, p. 209.

⁷⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company* era o companie de utilități canadiană care opera în Catalonia, Spania, dar care era proprietatea societăților belgiene de tip holding SOFINA și SIDRO. În anii 1960 guvernul Spaniei a impus restricții străinilor care aveau afaceri în Spania. Acționarii belgieni de la *Barcelona Traction* au pierdut bani, iar Belgia a solicitat despăgubiri pentru prejudiciul cauzat cetățenilor săi, acționari ai companiei *Barcelona Traction, Light and Power Company*, ca urmare a unor acte contrare dreptului internațional comise de organele statului spaniol. Spania, pe de altă parte, a susținut că cererea Belgiei era inadmisibilă sau nefondată. Într-o hotărâre pronunțată la 5 februarie 1970, Curtea a constatat că Belgia nu avea calitatea de a exercita protecția diplomatică a acționarilor unei companii canadiene în ceea ce privește măsurile luate împotriva acesteia în Spania. De asemenea, a subliniat că adoptarea teoriei protecției diplomatice a acționarilor ca atare ar deschide ușa către creanțe concurente din partea diferitelor state, care ar putea crea o atmosferă de nesiguranță în relațiile economice internaționale. În consecință, din moment ce statul în care societatea era înregistrată (Canada) a avut posibilitatea să acționeze, Curtea a considerat că guvernului belgian nu îi putea fi conferit *jus standi* și a respins cererea Belgiei. ([Online] la: <https://www.icj-cij.org/en/case/50>, accesat 8.11.2022)

⁷⁵ Ch. Schreuer, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁶ [Online] la: <https://www.icj-cij.org/en/case/76>, accesat la 8.11.2022.

⁷⁷ ICSID Case No. ARB/01/8, [Online] la: <https://www.italaw.com/cases/288>, accesat 2.12.2022.

⁷⁸ ICSID Case No. ARB/01/3, [Online] la: <https://www.italaw.com/cases/401>, accesat 2.12.2022.

⁷⁹ V. Korzun, *op. cit.*, p. 196.

astfel ca acționarii să primească despăgubiri de două ori pentru același prejudiciu (o dată prin acțiunea întreprinsă direct de către ei și a doua oară de către societate); de asemenea, pârâțul se apără o singură dată și nu de mai multe ori pentru aceeași faptă ilicită⁸⁰. S-a afirmat⁸¹ că admiterea despăgubirilor pentru prejudiciul prin rigoșeu în *arbitrajul investițiilor* afectează *structura societății*, în sensul că acționarii care obțin hotărâri arbitrale se îndreaptă împotriva bunurilor societății, cu prioritate față de creditorii ei, iau decizii pe care ar trebui să le ia organele de conducere a societății, că numai unii dintre acționari pot iniția acțiuni în arbitraj, datorită costului ridicat, că societatea nu va mai avea abilitatea de a obține credite și a se redresa.

Totuși, admiterea acestor acțiuni ca o formă de protecție internațională a investitorilor, a fost o soluție necesară pentru situația în care legislația statului gazdă condiționează acceptarea investitorilor străini pe teritoriul național de constituirea unei societăți având naționalitatea statului gazdă⁸². În cazul litigiilor de competența unui tribunal arbitral ICSID, acești investitori nu s-ar putea bucura de protecție. Într-o asemenea situație, societatea s-ar putea îndrepta împotriva statului gazdă în temeiul Convenției ICSID⁸³ numai dacă este controlată de un acționar străin [art. 25(2)(b)] și criteriul controlului este inclus în BIT. Deci, societatea cu naționalitatea statului gazdă nu este considerată investiție străină, dar acționarii străini care dețin acțiuni ale societății sunt considerați investitori străini și se pot folosi de BIT.

Concluzii

Având ca pretext o speță soluționată de CJUE, a fost făcută o radiografie sumară a acționarului ca investitor internațional și a mijloacelor lui de protecție prin mecanisme naționale și internaționale. La nivelul regional al UE, pentru acțiunile cotate la bursă, care fac parte din categoria instrumentelor financiare, s-a remarcat realizarea unei oarecare uniformizări a *regulilor materiale* aplicabile piețelor de instrumente financiare, prin directivele și regulamentele UE în materie.

Indiferent de tipul acționarilor, am arătat că aceștia pot fi prejudiciați, direct sau indirect prin actele și faptele comise sau omise ale mandatarilor sociali ori prin acelea provenind de la statul gazdă al investiției. Spre deosebire de dreptul național, unde, ca regulă, acționarii nu sunt despăgubiți decât pentru prejudiciile directe, nu și pentru cele prin rigoșeu, în dreptul internațional al investițiilor prejudiciul prin rigoșeu este unul reparabil, cu consecințe, mai ales, negative asupra societății comerciale prejudiciate direct. Acest sistem este supus, în prezent, unei reforme în cadrul UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*)⁸⁴, nepierzându-se din vedere faptul că protecția

⁸⁰ *Ibidem*, p. 222.

⁸¹ *Ibidem*, p. 224.

⁸² Ch. Schreurer, *op. cit.*, p. 5.

⁸³ Această denumire este folosită pentru convenția de la Washington din 1965.

⁸⁴ [Online] la https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state, accesat 25.12.2022.

investitorilor internaționali reprezintă cheia promovării comerțului internațional și a liberalizării investițiilor⁸⁵.

Referințe

- Arato, J., Claussen, K., Lee, J., Zarra, G., *Reforming Shareholder Claims in ISDS, Academic Forum on ISDS Concept Paper*, nr. 9/2019, [Online].
- Audit, M., Bollée, S., Callé, P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, Montchrestien, 2014.
- Chaisse, J., Zhuoyue Li, L., *Shareholder Protection Reloaded. Redesigning the Matrix of Shareholder Claims for Reflective Loss*, în *Stanford Journal of International Law*, vol. 52, nr. 1/2016, pp. 51-94.
- de Nanteuil, A., *Droit international de l'investissement*, Editions A. Pedone, Paris, 2014.
- Gelter, M., *Mapping types of shareholder lawsuits across jurisdictions*, în Griffith, S., Erickson, J., Webber, D.H., Winship, V. (eds.), *Research Handbook on Representative Shareholder Litigation*, Edward Elgar Publishing, e-book, pp. 459-482, DOI 10.4337/9781786435347.
- Korzun, V., *Shareholder claims for reflective loss: how International Investment Law changes Corporate Law and Governance*, în *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 40, nr. 1/2018, pp. 189-254.
- Lehmann, M., *A new piece in the puzzle of locating financial loss: the ruling in VEB v BP on jurisdiction for collective actions based on deficient investor information*, în *Journal of Private International Law*, vol. 18, nr. 1/2022, pp. 1-27, DOI: 10.1080/17441048.2022.2060347.
- Lehmann, M., *(Ab)Use of Article 8(1) of the Brussels I bis Regulation in Wirecard*, în blog-ul EAPIL din 20 octombrie 2022.
- Lehmann, M., *Financial Instruments, Bonds & Loans, Cheques, Bills of Exchange and Guarantees in Private International Law*, pp. 1-50, în Basedow, Rühl, Ferrari & de Miguel, *European Encyclopedia of Private International Law*, 2016.
- Miloș, M.C., *Considerații privind protecția investitorilor pe piața de capital din România*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 5/2020, sintact.ro.
- Möllers, Th.M.J., *The Wirecard accounting scandal in Germany, and how the financial industry failed to spot it*, în *The International Lawyer*, vol. 54, nr. 3/2021, pp. 325-360.
- Nemeș, V., *Drept comercial*, ed. a II-a rev., Editura Hamangiu, București, 2015.
- Popa, M.C., *Piețe de capital*, Editura Hamangiu, București, 2020.
- Schreuer, Ch., *Shareholder Protection in Internațional Investment Law*, în *Transnational Dispute Management*, 2005, [Online].
- UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking*, [Online].
- Ungureanu, C.T., *Drept internațional privat european în raporturi de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2021.
- Ungureanu, C.T., *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018.
- Vanhonnaeker, L., *Shareholders' Claims for Reflective Loss in International Investment Law*, thesis, 2018, [Online].
- Verdeș, V., *Considerații privind răspunderea civilă delictuală în domeniul bursier cu privire la fapte ilicite ce țin de nerespectarea regimului informațional*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 11/2013.

⁸⁵ Pentru detalii, L. Vanhonnaeker, *Shareholders' Claims for Reflective Loss in International Investment Law*, thesis, 2018, pp. 147-154, [Online] la <https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/s1784p10r> accesat 26.12.2022.

Controverse referitoare la chemarea în judecată a altei persoane care poate pretinde aceleași drepturi ca și reclamantul

Controversies Relating to the Summons of Another Person Who Can Claim the Same Rights as the Plaintiff

Nicolae-Horia Țiț¹

Rezumat: Chemarea în judecată a altor persoane constituie o formă de participare a terților la procesul civil care a cunoscut o aplicabilitate practică relativ redusă sub imperiul reglementărilor Codului de procedură civilă anterior. Reglementarea noului Cod, coroborată cu dispoziții exprese cuprinse în Codul civil referitoare la incidența acestei instituții în cazul unui litigiu referitor la coproprietate, este de natură să readucă în discuție anumite caracteristici ale acestei instituții. În articol sunt analizate câteva controverse apărute în doctrină cu privire la această formă de participare a terților la procesul civil și sunt formulate concluzii pe baza argumentelor reținute.

Cuvinte-cheie: proces civil, părți, terți, chemare în judecată a altor persoane, coproprietate

Abstract: Summoning other people constitutes a form of third-party participation in the civil process that has seen relatively little practical applicability under the rule of the previous Civil Procedure Code regulations. The regulation of the new Code, corroborated with express provisions contained in the Civil Code regarding the incidence of this institution in the case of a dispute related to co-ownership, is likely to bring back into discussion certain characteristics of this institution. The article analyses some controversies that have arisen in the doctrine regarding this form of participation of third parties in the civil process, and conclusions are formulated based on the arguments retained.

Keywords: civil process, parties, third parties, suing other people, co-ownership

1. Chestiuni introductive

Dispozițiile art. 68-71 C. pr. civ. reglementează posibilitatea formulării unei cereri de chemare în judecată a altor persoane, ca formă de intervenție forțată a terților în procesul civil, în situația în care terțul ar fi în măsură să pretindă, pe calea unei cereri separate, aceleași drepturi ca și reclamantul. Instituția este

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, horia.tit@uaic.ro, ORCID ID 0000-0002-2416-8129.

una care a avut o aplicabilitate practică relativ scăzută sub imperiul Codului de procedură civilă anterior, fiind oarecum pusă în umbră de „sora” sa, chemarea în garanție, și a fost folosită, în multe situații, incorect, pornind de la o confuzie pe care denumirea instituției o poate genera. În reglementarea actuală, aplicabilitatea practică a acestei forme de participare a terților la procesul civil este „salvată” de un text al noului Cod civil – art. 643 alin. (3) C. civ. – care face trimitere la chemarea în judecată a altor persoane în contextul reglementării poziției coproprietarilor într-un litigiu privitor la coproprietate, în special ca urmare a interpretării dată de Înalta Curte de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, prin Decizia nr. 18/2020, referitoare la corelarea dispozițiilor art. 643 alin. (2) C. pr. civ., în ceea ce privește efectele hotărârii pronunțate în contradictoriu cu un singur coproprietar, cu cele ale art. 435 alin. (2) C. pr. civ., referitoare la opozabilitatea hotărârii judecătorești.

Un alt element de noutate față de reglementarea anterioară este acela că, potrivit art. 70 C. pr. civ., cel chemat în judecată dobândește, ca urmare a încuviințării în principiu a cererii de intervenție forțată, calitatea de reclamant, în condițiile în care potrivit Codului de procedură civilă anterior, acesta dobândește calitatea de intervenient principal. De asemenea, în aceeași notă, noua reglementare prevede că hotărârea își produce efectele și în ceea ce privește terțul intervenient forțat, în timp ce dispozițiile Codului anterior prevedeau că hotărârea îi este doar opozabilă acestuia.

Reglementarea de la art. 643 alin. (3) C. pr. civ. și dezlegarea instanței supreme, precum și noua redactare a textului de lege care reglementează calitatea pe care o dobândește cel chemat în judecată și efectele pe care hotărârea de dezinvestire le produc asupra sa au dat prilejul reconsiderării și regândirii instituției chemării în judecată a terțului, ocazie cu care s-au ivit mai multe controverse referitoare la aceasta: în legătură cu ce categorie de terți poate fi formulată cererea reglementată de art. 68 C. pr. civ.?.; care va fi poziția în proces a terțului?; ce natură juridică și, prin urmare, ce condiții trebuie să îndeplinească cererea referitoare la participarea terțului în proces – trebuie aceasta să îndeplinească cerințele prevăzute de lege pentru cererea de chemare în judecată sau este suficientă forma simplă a cererilor adresate instanțelor judecătorești de la art. 148 C. pr. civ.?. este necesară achitarea unei taxe judiciare de timbru și, dacă da, cum se determină cuantumul acesteia?; ce natură juridică are termenul în care poate fi formulată cererea de chemare în judecată a altor persoane?; este admisibil acordul părților în cazul în care cererea ar fi formulată după expirarea termenelor prevăzute de lege?; acest acord trebuie să fie expres sau tacit?

În cele ce urmează vom încerca să facem o scurtă radiografie a opiniilor exprimate în doctrină cu privire la aceste aspecte controversate și să exprimăm, argumentat, un punct de vedere propriu.

2. Cine poate fi chemat în judecată în temeiul art. 68 C. pr. civ.?

Așa cum prevede expres textul de lege [art. 68 alin. (1) C. pr. civ.], chemarea în judecată a altor persoane presupune introducerea forțată în proces a

unui terț care ar putea pretinde, pe calea unei cereri separate, aceleași drepturi ca și reclamantul; prin această cerere se urmărește, așadar, introducerea într-un proces existent a unei persoane care ar putea fi titularul aceleiași drept subiectiv cu cel valorificat de reclamant prin cererea de chemare în judecată², aspect care rezultă și din faptul că, potrivit art. 70 C. pr. civ., în cazul admiterii în principiu a cererii de intervenție, terțul va dobândi poziția procesuală de reclamant.

Prin urmare, această formă de intervenție forțată nu va putea avea drept rezultat introducerea în cauză a unui nou pârât³; denumirea mijlocului procesual (chemarea în judecată a altei persoane) poate fi, așadar, înșelătoare deoarece „a chema în judecată” înseamnă, de cele mai multe ori, a formula o pretenție contra unei alte persoane; or, prin intermediul instituției de drept procesual de la art. 68-71 C. pr. civ. se urmărește, din contră, atragerea în proces a unui terț care ar putea pretinde același drept cu cel reclamant prin cererea introductivă și nu atragerea în proces a unui nou pârât ori a unui pârât suplimentar.

Precizarea este importantă și atrage atenția asupra unei modalități incorecte în care instituția ar putea fi folosită în practică, în urma unei lecturi superficiale a textelor de lege. Astfel, o eventuală modificare a cadrului procesual cu privire la pârât sau pârâți (chemarea în judecată a unui pârât suplimentar sau introducerea în proces a unui alt pârât în locul celui inițial) poate fi realizată numai prin modificarea cererii de chemare în judecată, în condițiile art. 204 alin. (1) C. pr. civ., adică doar de către reclamant, cel târziu la primul termen de judecată la care acesta este legal citat, iar ulterior acestui moment, numai cu acordul expres al tuturor celorlalte părți. În condițiile în care, așa cum vom arăta și mai jos, cererea de chemare în judecată a altei persoane poate fi formulată de reclamant până la terminarea cercetării procesului înaintea primei instanțe [art. 68 alin. (2) C. pr. civ.], eventuala deturnare a instituției, bazată strict pe denumirea acesteia, ar putea fi invocată de reclamantul care, pierzând termenul prevăzut de art. 204 alin. (1) C. pr. civ. (în special în acele situații în care necesitatea chemării în judecată al unui nou pârât nu a putut fi suficient de bine prefigurată *in limine litis*, ci a rezultat mai mult din cercetarea procesului, situație pe care actuala reglementare nu o acoperă), ar avea interes să își „salveze” procesul (mai ales în acele situații în care taxa judiciară de timbru a fost costisitoare) de eventualul efect peremptoriu al lipsei unei coparticipări procesuale pasive, prin formularea unei cereri întemeiată pe dispozițiile art. 68 C. pr. civ.

Or, formularea unei cereri de chemare în judecată a altei persoane presupune o situație procesuală în care dreptul dedus judecății ar putea aparține și terțului, adică unei altei persoane decât reclamantul, astfel încât introducerea acestuia în proces ar crea premisa unui conflict, cel puțin ipotetic, între reclamantul inițial și acesta, cu privire la calitatea de titular al dreptului subiectiv

² M. Tăbârcă, *Drept procesual civil, Vol. I, Teoria generală*, ed. a II-a, Editura Solomon, București, 2017, pp. 410-411.

³ *Ibidem*, p. 417.

dedus judecății⁴. Prin urmare, cererea nu ar fi admisibilă în cazul în care cererea de chemare în judecată ar fi întemeiată pe un drept personal nepatrimonial, care nu ar putea fi pretins de o altă persoană (spre exemplu, în litigiile de dreptul familiei, cum ar fi divorțul, stabilirea filiației, tăgada paternității etc.)⁵. Nu are relevanță dacă terțul a valorificat sau nu, pe cale separată, dreptul respectiv⁶; trebuie să existe doar posibilitatea ca terțul să îl pretindă pe cale separată, adică să existe un potențial conflict cu privire la calitatea de titular asupra dreptului respectiv, inclusiv în ipoteza în care acest potențial conflict rezultă din corespondența purtată anterior, dintr-o punere în întârziere sau dintr-un demers administrativ al terțului (spre exemplu, un creditor cesionar care a notificat debitorul obligația de nu mai plăti creditorului cedent, solicitând ca plata să fie făcută către el; o persoană care a făcut demersuri la autorități, pentru eliberarea unei autorizații de construire, pretinzând că este proprietarul suprafeței de teren pe care o revendică reclamantul; creditorul cesionar care l-a pus în întârziere pe debitor cu privire la efectuarea plății, pretinzând că a intervenit rezoluțiunea cesiunii de creanță, în baza unui pact comisoriu, ca urmare a neachitării prețului acesteia de către creditorul cesionar).

Spre deosebire de ipotezele de formulare a unei cereri de intervenție voluntară principală, cererea de chemare în judecată a altei persoane ar putea fi formulată numai dacă terțul ar putea pretinde, pe calea unei cereri separate, același drept cu cel pretins de reclamant, nu și un drept diferit, aflat în strânsă legătură cu acesta. Aceasta face ca cel chemat în judecată să poată formula, în toate situațiile, o cerere de intervenție voluntară principală, așa cum vom arăta și mai jos, deoarece identitatea dintre dreptul pretins de reclamant prin cererea introductivă și cel pe care terțul l-ar putea valorifica pe calea unei cereri separate va fi fost deja verificată de instanță, în procedura de încuviințare în principiu a cererii de intervenție forțată. Asumarea deplină a calității de titular al dreptului respectiv poate fi făcută de terț, în ciuda unei lecturi fugitive a art. 70 C. pr. civ., numai prin formularea unei cereri de intervenție voluntară principală, care l-ar

⁴ Sunt astfel de situații, spre exemplu, cele în care cererea de chemare în judecată a altei persoane vizează un creditor cesionar, care a notificat cesiunea către debitorul acționat în judecată de creditorul cedent, ori creditorul cedent care pretinde plata de la debitor, invocând nevalabilitatea cesiunii, iar debitorul este deja acționat de creditorul cesionar. O ipoteză oarecum atipică a chemării în judecată a altei persoane ar fi aceea a formulării acesteia de către terțul poprit care este acționat în judecată de debitor și care îl cheamă în judecată pe creditorul urmăritor pentru a obține respingerea cererii de chemare în judecată a debitorului urmărit (creditorul terțului poprit) pe motiv că execută obligațiile sale către creditorul urmăritor, în virtutea adresei de înființare a popririi.

⁵ De asemenea, legea interzice formularea unei cereri de chemare în judecată a alte persoane în anumite proceduri speciale [spre exemplu, în procedura evacuării din imobilele folosite sau ocupate fără drept, potrivit art. 1043 alin. (1) C. pr. civ.], însă nu din rațiuni care să țină de natura dreptului pretins ori de raportul juridic dedus judecății, ci pentru a preîntâmpina utilizarea abuzivă a dreptului procesual de către pârâtul care ar avea interes să întârzie judecata procedurii speciale de evacuare; cu alte cuvinte, inadmisibilitatea reglementată în procedura specială este determinată exclusiv de necesitatea asigurării celerității acesteia, nu de natura raportului juridic dedus judecății; cauzele sunt exclusiv procesuale (procedurale), nu substanțiale.

⁶ D. N. Theohari, *Comentariu sub art. 68 C. pr. civ.*, în G. Boroi (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Vol. I. Art. 1-455*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 225.

ridica din postura de persoană care poate pretinde pe calea unei cereri separate aceleași drepturi ca și reclamantul, în cea a unui intervenient principal care pretinde aceste drepturi, pe cale incidentală, în chiar procesul pendinte. Această asumare nu poate fi făcută decât cu respectarea condițiilor prevăzute de art. 61 și urm. C. pr. civ., dând, totodată, posibilitatea terțului de a obține o hotărâre judecătorească ale cărei efecte să le poată valorifica nu numai sub aspectul autorității de lucru judecat, ci și al forței executorii.

O situație specială de aplicare a instituției chemării în judecată a altor persoane o regăsim în materia coproprietății. Astfel, art. 643 alin. (3) C. pr. civ. prevede că, în situația în care o acțiune privitoare la coproprietate (inclusiv o acțiune în revendicare) nu este introdusă de toți coproprietarii, pârâțul poate cere instanței de judecată introducerea în cauză a celorlalți coproprietari în calitate de reclamanți, în termenul și în condițiile prevăzute în Codul de procedură civilă pentru chemarea în judecată a altor persoane, respectiv în condițiile art. 68 alin. (3) și art. 69 alin. (1) C. pr. civ. Interesul formulării unei astfel de cereri este dat de posibilitatea ca fiecare coproprietar să stea singur în justiție, indiferent de calitatea procesuală, în orice acțiune privitoare la coproprietate (inclusiv acțiunea în revendicare) [art. 643 alin. (1) C. pr. civ.]⁷, precum și de faptul că hotărârile judecătorești potrivnice unui coproprietar nu sunt opozabile celorlalți coproprietari [art. 643 alin. (2) teza a II-a C. pr. civ.]. Prin Decizia nr. 18/2020 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie civilă⁸ s-a stabilit că „în cazul acțiunii în revendicare imobiliară a unui bun proprietate comună pe cote-părți (coproprietate), dispozițiile art. 643 alin. (2) teza a doua din Codul civil instituie o excepție de la opozabilitatea hotărârii judecătorești reglementată de art. 435 alin. (2) din Codul de procedură civilă.” Aceasta înseamnă că inopozabilitatea la care se referă art. 643 alin. (2) C. pr. civ. are efecte depline, neputând fi opus coproprietarului care nu a avut calitatea de parte în litigiul anterior nici măcar efectul prevăzut de art. 435 alin. (2) C. pr. civ. (opozabilitatea hotărârii, până la proba contrară)⁹. Prin urmare, dacă coproprietarul A formulează o acțiune în revendicare, iar apărările eficiente ale pârâțului B conduc la respingerea acesteia, un coproprietarul C va putea ulterior promova o nouă acțiune în revendicare, deoarece hotărârea nefavorabilă coproprietarului A nu îi este opozabilă lui C. Dacă însă pârâțul B formulează, în

⁷ Soluția legislativă este nouă, fiind rezultatul schimbării concepției legiuitorului cu privire la calitatea procesuală în cererile referitoare la coproprietate și la necesitatea existenței unei coparticipări procesuale obligatorii. A se vedea E. Chelaru, *Comentariu sub art. 643 C. civ.*, în Fl. A. Băias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *Noul Cod civil, comentariu pe articole*, ed. a II-a, Editura CH Beck, București, 2014, pp. 761-762; C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, ed. a III-a, rev. și ac., Editura Hamangiu, 2017, pp. 211-212.

⁸ M. Of., nr. 191 din 10.03.2020.

⁹ În motivare Deciziei nr. 18/2020 s-a reținut (par. 116) că „(...) norma cu caracter special din Codul civil - art. 643 alin. (2) teza a doua - instituie o excepție sau o derogare de la norma cu caracter general din Codul de procedură civilă - art. 435 alin. (2), astfel că hotărârea judecătorească potrivnică va putea fi ignorată de către coproprietarul terț și ca realitate juridică, respectiv ca fapt juridic în sens restrâns”.

cadrul procesului declanșat de coproprietarul A, o cerere de chemare în judecată, în calitatea de persoană care poate pretinde aceleași drepturi ca și reclamantul, a coproprietarului C, iar cererea este încuviințată în principiu de către instanță, C devine parte în proces iar hotărârea de respingere a acțiunii în revendicare va avea caracter obligatoriu și autoritate de lucru judecat atât față de A (reclamantul), cât și față de C (persoana chemată în judecată). În ipoteza admiterii acțiunii în revendicare, chestiunea prezintă mai mică relevanță deoarece, potrivit art. 643 alin. (2) teza I C. pr. civ., hotărârile judecătorești pronunțate în folosul coproprietății profită tuturor coproprietarilor, astfel încât o hotărâre favorabilă obținută de A îi profită și lui C, indiferent dacă acesta a fost introdus forțat în cauză sau nu.

Se remarcă faptul că scenariul descris mai sus, specific raporturilor juridice de coproprietate, este diferit de cel pe care îl presupune, în mod obișnuit art. 68 C. pr. civ. Așa cum am arătat și mai sus, ipoteza de formulare a unei cereri de chemare în judecată a altor persoane este aceea a existenței unui potențial conflict între reclamantul și terțul chemat în judecată; acesta din urmă este adus în proces pentru a arăta dacă înțelege să pretindă pentru sine dreptul pe care reclamantul își întemeiază cererea (aceiași drept, nu unul asemănător sau aflat într-o strânsă legătură cu acesta), terțul putând să o facă într-o manieră defensivă, care va conduce doar la respingerea cererii de chemare în judecată, sau ofensivă, prin formularea unei cereri de intervenție voluntară principală.

Ipostaza descrisă de art. 643 alin. (3) C. civ. este, cel puțin într-unul dintre scenariile posibile, diferită: chemarea în judecată a coproprietarului nu urmărește deschiderea unui nou „front procedural” în care să se înfrunte reclamantul inițial și chematul în judecată, ci aducerea acestuia din urmă, alături de co-titularul dreptului, în aceleași „tranșee”, pentru ca atacul declanșat asupra lor de pârât să fie suficient acestuia pentru a câștiga întregul război, și numai lupta cu coproprietarul care ca introdus cererea de chemare în judecată. Prin urmare, formularea cererii de chemare în judecată a altei persoane nu presupune altceva decât aducerea în proces a unui alt co-reclamant, pentru ca eventuala hotărâre de respingere a cererii de chemare în judecată să producă efecte și în privința acestuia; cel chemat în judecată nu se află în postura valorificării aceluiași drept, deoarece fiecărui coproprietar îi revine fracțiunea din drept corespunzătoare cotei sale, iar finalitatea formulării cererii nu este de a se stabili cine are calitatea de titular al întregului drept, dintre reclamant și terțul introdus în proces, aceștia necontestându-și calitatea de coproprietar. Din acest motiv a fost și necesară reglementarea expresă a trimiterii din art. 643 alin. (3) C. civ., deoarece, în caz contrar, pe aplicarea scenariului „tipic” al art. 68 alin. (1) C. pr. civ., instituția nu ar fi fost aplicabilă decât în cazul în care coproprietarii și-ar fi contestat drepturile (spre exemplu, fiecare dintre ei s-ar fi considerat unic proprietar). Desigur, nu este exclusă nici această variantă de aplicare a art. 68 alin. (1) C. pr. civ., însă ea ar avea alte temeuri față de cele prevăzute de art. 643 alin. (3) C. civ. Cu alte cuvinte, putem spună că acest text de lege reglementează o situație în care instituția chemării în judecată a altei persoane se aplică „în mod corespunzător”,

adică unei situații diferite de cea pe care legiuitorul o are în vedere ca regulă generală.

Această observație este importantă pentru a stabili sfera de aplicare a chemării în judecată a altor persoane. O astfel de cerere nu ar fi, prin urmare, admisibilă, în lipsa unei trimiteri asemănătoare celei prevăzute expres de art. 643 alin. (3) C. civ., în cazul în care terțul ar putea pretinde contra pârâtului un drept identic celui pretins de reclamant; spre exemplu, dacă proprietarul A cere, în contradictoriu cu pârâtul B, grănițuirea, o cerere de chemare în judecată a lui C, vecin atât cu A, cât și cu B, pe motiv că și acesta ar putea, la rândul său, să solicite grănițuirea nu ar fi admisibilă decât dacă ar releva un eventual conflict între A și C; simplul fapt al vecinătății nu este de natură să facă cererea admisibilă, dacă între A și C nu există niciun potențial litigiu. Un alt exemplu ar putea fi acela al formulării unei cereri prin care A solicită anularea unei autorizații de construire emisă în beneficiul lui B; simplul fapt că și C ar putea solicita anularea aceleiași autorizații nu face ca o cerere de chemare în judecată a acestuia, întemeiată pe dispozițiile art. 68 C. pr. civ., să fie admisibilă, deoarece C nu ar putea pretinde pe cale separată același drept cu cel valorificat de A, ci un drept diferit, propriu, chiar dacă identic cu acesta ca substanță.

Prin urmare, reținem că dispozițiile art. 68 și următoarele C. pr. civ. sunt aplicabile numai dacă indicarea, prin intermediul unei cereri de chemare în judecată a altei persoane, a unui terț care ar putea pretinde aceleași drepturi ca și reclamantul relevă un potențial conflict între reclamant și terț, sub aspectul calității de titular al respectivului drept; scopul formulării cererii este de a se clarifica, pe lângă temeinicia pretenției dedusă judecătii prin cererea introductivă, și problema calității de titular asupra dreptului pretins: reclamantul sau terțul.

Situația reglementată de art. 643 alin. (3) C. civ. este diferită și servește unui alt scop: coproprietarul este introdus în proces nu pentru că el ar putea pretinde același drept ca și reclamantul, contestând calitatea de titular a acestuia din urmă, ci pentru ca hotărârea ce se va pronunța să producă efecte și în ceea ce îl privește, deoarece, în caz contrar, nu i-ar fi opozabilă. Prin urmare, suntem în prezența aplicării, în mod corespunzător, a dispozițiilor procedurale referitoare la chemarea în judecată a altor persoane, „scenariul” de drept material fiind diferit de cel specific acestei forme de intervenție forțată. Aceasta face ca aplicarea chemării în judecată a altor persoane să nu fie posibilă în alte cazuri asemănătoare, în care cel chemat în judecată și reclamantul ar avea drepturi asemănătoare (până la identitate), dar proprii, contra pârâtului.

De asemenea, având în vedere caracterul excepțional al dispozițiilor art. 643 alin. (3) C. pr. civ., chemare în judecată a altui coproprietar este admisibilă numai dacă este formulată de pârât. Altfel spus, reclamantul coproprietar care îl acționează singur pe pârât nu ar putea solicita chemarea în judecată a altui coproprietar decât în temeiul art. 68 alin. (1) C. pr. civ., adică doar dacă între cei doi coproprietari ar exista un conflict cu privire la calitatea de titular al dreptului ori la întinderea cotei¹⁰.

¹⁰ În acest sens, a se vedea D.N. Theohari, *op. cit.*, p. 236.

3. Controversa cu privire la natura juridică a sancțiunii care intervine ca urmare a nerespectării termenului în care ar putea fi formulată cererea de chemare în judecată a altei persoane

Cu privire la termenul în care poate fi formulată, cererea de chemare în judecată a altei persoane formulată de reclamant sau de intervenientul principal trebuie depusă cel mai târziu până la terminarea cercetării procesului înaintea primei instanțe [art. 68 alin. (2) C. pr. civ.], iar cererea făcută de pârât se va depune în termenul prevăzut pentru depunerea întâmpinării înaintea primei instanțe, iar dacă întâmpinarea nu este obligatorie, cel mai târziu la primul termen de judecată [art. 68 alin. (3) C. pr. civ.].

Trebuie reținută poziția procesuală a celui care formulează cererea de chemare în judecată a altei persoane în raport cu cererea față de care este solicitată introducerea în proces a terțului, ca persoană care pretinde aceleași drepturi ca și reclamantul. Spre exemplu, în cazul formulării unei cereri de intervenție principală, întemeiată pe un drept subiectiv diferit de cel dedus judecății prin cererea de chemare în judecată, dar aflat în strânsă legătură cu acesta, reclamantul inițial are, în această cerere de intervenție, calitatea de pârât; prin urmare, dacă dorește să formuleze o cerere de chemare în judecată a altei persoane care ar putea pretinde același drept cu cel invocat de intervenientul principal, va trebui să formuleze cerere în termenul stabilit de instanță pentru formularea întâmpinării la cererea de intervenție principală, potrivit art. 65 alin. (3) C. pr. civ.; aceasta deoarece formulează chemarea în judecată a altei persoane nu din poziția de reclamant în cerere introductivă (poziție ce i-ar permite formularea chemării în judecată a altei persoane până la terminarea cercetării procesului în fața primei instanțe), ci de pârât în cererea de intervenție (poziție din care trebuie să formuleze cererea de chemare în judecată a altei persoane în termenul de depunere a întâmpinării care, în această situație, este stabilit de instanță ca urmare a admiterii în principiu a cererii de intervenție principală)¹¹.

În ipoteza formulării unei intervenții principale prin care se pretinde chiar dreptul dedus judecății prin cererea introductivă, reclamantul inițial va putea formula cererea de chemare în judecată a altei persoane până la terminarea cercetării procesului în fața primei instanțe, deoarece, fiind vorba despre același drept (cel invocat prin cererea introductivă, cel valorificat prin cererea de intervenție și cel arătat prin chemarea în judecată a altei persoane), beneficiază în continuare de statutul său de reclamant, deoarece pretinde și el, pentru sine, respectivul drept¹².

În cazul formulării unei cereri reconvenționale, reclamantul inițial are, față de pretenția valorificată reconvențional, calitatea de pârât, astfel încât, dacă dorește să formuleze o cerere de chemare în judecată a altei persoane,

¹¹ G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, pp. 150-151.

¹² *Ibidem*, pp. 150-151.

reclamantul-pârât trebuie să respecte termenul de depunere a întâmpinării la cererea reconvențională [art. 209 alin. (5) C. pr. civ.]¹³.

În doctrină a apărut o controversă cu privire la natura juridică a normelor care reglementează termenul în care poate fi formulată cererea de chemare în judecată a altor persoane (dacă acestea sunt de ordine publică sau de ordine privată), cu consecințe în ceea ce privește posibilitatea invocării nerespectării acestor norme de instanță din oficiu; de asemenea, strâns legat de această problemă, s-a ridicat întrebarea dacă sancțiunea decăderii care intervine ca urmare a nerespectării termenelor prevăzute de art. 68 alin. (2) și (3) C. pr. civ. ar putea fi înlăturată cu acordul părților și dacă acest acord trebuie să fie unul expres sau tacit¹⁴.

În opinia noastră, nerespectarea termenelor prevăzute de art. 68 alin. (2) – (3) C. pr. civ. atrage sancțiunea decăderii din dreptul de a mai formula cererea de chemare în judecată a altei persoane ca cerere incidentală (adică în cursul judecării cererii principale). Remarcăm să, spre deosebire de art. 62 alin. (3) C. pr. civ., care permitea formularea cererii de intervenție principală și în fața instanței de apel, cu acordul expres al părților, în materia chemării în judecată a altei persoane nu există o astfel de reglementare; prin urmare, formularea unei cereri de chemare în judecată ulterior momentelor prevăzute de art. 68 alin. (2) – (3) C. pr. civ. nu este posibilă nici dacă ar exista un acord expres al părților în acest sens¹⁵, cu consecința că instanța va reține din oficiu că a intervenit decăderea.

Apreciem că nu ar putea fi reținut ca argument faptul că raționamentul avut în vedere de legiuitor prin reglementarea de la art. 204 alin. (3) C. pr. civ. ar fi aplicabil și în cazul formulării cererii de chemare în judecată a altor persoane¹⁶. Este adevărat că, în ceea ce privește modificarea cererii de chemare în judecată, legiuitorul a lăsat deschisă posibilitatea ca, printr-un acord expres, părțile să poată înlătura decăderea care ar interveni ca urmare a nerespectării termenului de la alin. (1), respectiv cel târziu la primul termen la care reclamantul este legal citat. Este de remarcat însă că dispozițiile art. 204 alin. (3) C. pr. civ. au caracter de excepție, prin urmare nu pot fi aplicate la situații asemănătoare; din contră, tăcerea legiuitorului cu privire la eventuala formular, cu acordul părților, a unei cereri de chemare în judecată a altor persoane, ulterior momentelor prevăzute la art. 68 C. pr. civ. nu face altceva decât să ne conducă la concluzia că, în aceste situații, legiuitorul nu a dorit să permită ca, printr-un astfel de acord, sancțiunile prevăzute de art. 185 alin. (1) C. pr. civ. să fie înlăturate. Fiind termene imperative, peremptorii, nerespectarea lor atrage sancțiunea decăderii din dreptul procesual, precum și pe aceea a nulității actului de procedură efectuat cu nerespectarea termenului; ca și în cazul oricăror alte termene imperative cu

¹³ *Ibidem*, p. 150.

¹⁴ A se vedea D.N. Theohari, *op. cit.*, pp. 228-230; G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, pp. 151-152.

¹⁵ În sens contrar, a se vedea G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, pp. 151-152.

¹⁶ Pentru opinia conform căreia dispozițiile art. 204 alin. (3) C. pr. civ. se aplică, prin analogie, și în cazul formulării unei cereri de chemare în judecată a altei persoane, a se vedea G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, pp. 151-152, M. Dinu, *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, București, 2020, p. 108.

privire la care legea nu prevede nicio derogare (spre exemplu, termenele de exercitare a căilor de atac, termenele de formulare a cererilor de completare, termenul de depunere a întâmpinării și cererii reconvenționale etc.), tardivitatea va fi invocată din oficiu de instanță și nu poate fi înlăturată prin acordul expres de voințe al părților (cu atât mai puțin printr-un acord tacit¹⁷); tardivitatea conduce, ca sancțiune aplicabilă actului de procedură, la nulitatea acestuia, nulitate care, fiind determinată de nerespectarea unei cerințe extrinseci, este una necondiționată de existența unei vătămări (art. 176 pct. 6 C. pr. civ.).

Prin urmare, în absența unor dispoziții legale exprese care să permită formularea cererii de chemare în judecată a altei persoane după momentele procedurale prevăzute de art. 68 alin. (2), respectiv (3) C. pr. civ., expirarea acestor momente la prima instanță atrage, potrivit regulii generale prevăzute de art. 185 alin. (1) C. pr. civ., decăderea din dreptul de a mai formula cererea de chemare în judecată a altei persoane și, ca urmare a decăderii, nulitatea actului de procedură îndeplinit peste termen. Desigur, aceasta atrage și consecința posibilității părții interesate de a formula o cerere de repunere în termen (spre exemplu, pârâul formulează o cerere de repunere în termenul de a depune întâmpinare și, odată cu aceasta formulează și o cerere de chemare în judecată a altei persoane). Atât timp cât operează sancțiunea nulității cererii formulate peste termen, în temeiul art. 185 alin. (1) teza a II-a C. pr. civ., iar această nulitate este una necondiționată de o vătămare, raportat la art. 176 pct. 6 C. pr. civ., voința părților nu ar putea înlătura această sancțiune, în lipsa unei dispoziții legale exprese care să consacre această posibilitate.

Concluzia este întărită de comparația pe care o putem face cu alte termene legale imperative, cu privire la care legea nu prevede expres că prin voința părților rămâne valabil și actul făcut peste termen: nulitatea recursului intervine în cazul în care acesta nu este motivat în termenul prevăzut de lege [art. 489 alin. (1) C. pr. civ.], indiferent dacă părțile ar fi de acord ca un motiv invocat de recurent după expirarea termenului de recurs să fie totuși analizat. Faptul că sancțiunea nulității nu este prevăzută expres în cazul nerespectării termenelor prevăzute de art. 68 C. pr. civ. nu trebuie să influențeze raționamentul, atât timp cât aceasta este sancțiunea generală care afectează actul de procedură efectuat cu nerespectarea unui termen imperativ (sancțiune ce decurge din decăderea părții din dreptul procedural) și acționează necondiționat de existența unei vătămări, deoarece neregularitatea vizează o condiție extrinsecă actului de procedură.

Același raționament este aplicabil și în cazul termenelor prevăzute de lege pentru formularea cererii de chemare în garanție (art. 73 C. pr. civ.), arătarea titularului dreptului (art. 76 C. pr. civ.) ori a cererii reconvenționale [art. 209 alin. (4) C. pr. civ.]. Faptul că în această ultimă situație este prevăzută în mod expres sancțiunea decăderii nu schimbă cu nimic argumentație, deoarece aceeași sancțiune afectează nerespectarea termenelor prevăzute de lege pentru formularea cererilor de intervenție forțată, potrivit regulii de la art. 185 alin. (1)

¹⁷ În sens contrar, a se vedea D.N. Theohari, *op. cit.*, pp. 229-230.

teza I C. pr. civ.¹⁸ Rațiunea pentru care legiuitorul a prevăzut expres sancțiunea decăderii la art. 209 alin. (4) C. pr. civ. a fost aceea de a scoate în evidență că, spre deosebire de practica dezvoltată sub imperiul reglementării anterioare, în cazul formulării tardive a reconvenționalei, pârâtul trebuie să formuleze o cerere separată prin care să își valorifice pretențiile; altfel spus, reconvenționala tardivă nu va fi înregistrată separat, ca cerere introductivă. Fiind nulă, în temeiul art. 185 alin. (1) teza a II-a, reconvenționala nu poate produce niciun efect, iar eventuala valorificare a pretențiilor pârâtului nu ar putea avea loc decât prin formularea de către acesta a unei cereri de chemare în judecată, pe cale principală¹⁹.

În concluzie, apreciem că termenele prevăzute de lege pentru formularea cererii de chemare în judecată a altor persoane sunt imperative (peremptorii), efectul decăderii din dreptul de a solicita introducerea terțului în proces neputând fi înlăturat prin acordul, expres ori tacit, al celorlalte părți.

4. Controversa cu privire la natura juridică a cererii de chemare în judecată a altei persoane și poziția procesuală pe care o dobândește intervenientul forțat

O altă controversă în legătură cu această formă de participare a terților la procesul civil s-a născut în legătură cu cerințele de formă pe care trebuie să le îndeplinească cererea de chemare în judecată a altei persoane și, strâns legat de aceasta, la poziția procesuală pe care o dobândește terțul ca urmare a încuviințării în principiu a cererii²⁰ și soluțiilor pe care instanța le poate pronunța, pe fond, în acest context.

Potrivit art. 69 alin. (1) C. pr. civ., cererea de chemare în judecată a altor persoane trebuie să fie motivată; cu alte cuvinte, având în vedere că are drept

¹⁸ Se remarcă faptul că, în cazul cererii reconvenționale, dispozițiile art. 209 alin. (4) C. pr. civ. stabilesc că aceasta trebuie formulată „odată cu întâmpinarea”, în timp ce, în cazul cererilor referitoare la introducerea forțată a unui terț, formulate de pârât, legea prevede că acestea se formulează „în termenul prevăzut de lege pentru depunerea întâmpinării”. Apreciem că această formulare a textelor de lege nu ar trebui, totuși, să conducă la concluzia că cererea reconvențională trebuie, obligatoriu să fie formulată odată cu întâmpinarea, neputând fi, de altfel, nici măcar condiționată de depunerea acesteia (spre exemplu, pârâtul poate achiesa la pretențiile reclamantului și, pe cale reconvențională, să formuleze, la rândul său, o pretenție împotriva acestuia). Pentru opinia contrară, a se vedea G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, p. 447, nota de subsol nr. 2.

¹⁹ Apreciem că și în acest caz operează dispozițiile art. 2539 alin. (2) teza a II-a C. civ., respectiv pârâtul va beneficia de înreruperea cursului prescripției dreptului la acțiune, ca urmare a formulării cererii reconvenționale, chiar dacă aceasta a fost introdusă tardiv și a anulat pe acest motiv, dacă introduce o cerere de chemare în judecată în termen de 6 luni de la momentul rămânerii definitive a încheierii prin care a fost constatată decăderea sa din dreptul de a formula reconvențională.

²⁰ Chemarea în judecată a altei persoane este supusă aceleiași proceduri de încuviințare în principiu ca și intervențiile voluntare, dispozițiile art. 64 și 65 C. pr. civ. aplicându-se în mod corespunzător [art. 69 alin. (3) C. pr. civ.]. Sub acest aspect, apreciem că cel chemat în judecată va fi citat pentru discutarea admisibilității în principiu a cererii formulate de una dintre părți, odată cu citația fiindu-i comunicată cererea de chemare în judecată a altei persoane, precum și copii ale cererii de chemare în judecată, întâmpinării și înscrisurilor aflate la dosar. A se vedea G. Durac, *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2020, pp. 200-201.

finalitate introducerea în proces a unui terț care ar putea pretinde, pe cale separată, aceleași drepturi ca și reclamantul, nu trebuie să îmbrace forma cererii de chemare în judecată, nefiind în măsură să modifice cadrul procesual decât în ceea ce le privește pe părți. Ca argument suplimentar, se observă că în cazul intervențiilor care reprezintă veritabile cereri de chemare în judecată, formulate pe cale incidentală [intervenția voluntară principală – art. 62 alin. (1) C. pr. civ.; chemarea în garanție – art. 73 alin. (1) C. pr. civ.], legiuitorul a prevăzut în mod expres că acestea trebuie să îndeplinească aceleași condiții de formă ca și cererea introductivă, respectiv cele de la art. 194 C. pr. civ.²¹.

În cazul intervențiilor, voluntare sau forțate, care nu implică formularea unei pretenții distincte de cea dedusă judecătii prin cererea introductivă, legea a prevăzut condițiile de formă generale, de la art. 148 C. pr. civ. [intervenția voluntară accesorie – art. 63 alin. (1) C. pr. civ.; chemarea în judecată a altor persoane – art. 69 alin. (1) C. pr. civ.; arătarea titularului dreptului – art. 76 C. pr. civ.]. În cazul chemării în judecată a altor persoane și arătării titularului dreptului cererea trebuie să fie doar motivată, deoarece singura cerință pe care trebuie să o îndeplinească, din perspectiva conținutului cererii, cel care o formulează este să explice de ce consideră că terțul ar putea pretinde pe cale separată aceleași drepturi ca și reclamantul (în cazul chemării în judecată a altor persoane), respectiv faptul că deține bunul sau exercită dreptul pentru altul (în cazul arătării titularului dreptului).

La aceeași concluzie se ajunge și prin interpretarea art. 34 alin. (3) din O.U.G. nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru, care stabilesc că sunt supuse taxei judiciare de timbru întocmai ca și cererea introductivă doar cererea reconvențională, intervenția principală și chemarea în garanție, doar acestea având ca obiect o pretenție distinctă de cea dedusă judecătii prin cererea introductivă²². Intervenția accesorie, chemarea în judecată a altor persoane și arătarea titularului dreptului sunt doar mijloace de apărare pe care le exercită fie un terț (în cazul intervenției voluntare accesorii), fie una dintre părți (în cazul chemării în judecată a altor persoane și arătării titularului dreptului). Prin intermediul acestora din urmă se pune în discuție o problemă de calitate procesuală: indicarea unei alte persoane care ar putea fi titularului dreptului pretins de reclamant (la chemarea în judecată a altei persoane), indicarea unei alte persoane care ar trebui să stea în judecată în calitate de pârât (la arătarea titularului dreptului). Prin urmare, în acord cu alți autori²³, apreciem că cererea de chemare în judecată a altor persoane nu este supusă taxelor judiciare de timbru²⁴.

Cu toate acestea, în doctrină a fost formulată și teza conform căreia cererea de chemare în judecată a altei persoane ar trebui să îmbrace forma cererii

²¹ D.N. Theohari, *op. cit.*, pp. 232-233; M. Tăbărcă, *Drept procesual civil, op. cit.*, p. 412.

²² D.N. Theohari, *op. cit.*, pp. 233.

²³ *Ibidem*, p. 234.

²⁴ Pentru opinia conform căreia dacă persoana chemată în judecată își însușește calitatea de reclamant ce i se atribuie, aceasta trebuie să achite taxa de timbru, a se vedea G. Durac, *op. cit.*, p. 201.

de chemare în judecată și ar trebui timbrată în aceleași condiții ca și aceasta²⁵, prin raportare, în special, la faptul că, potrivit art. 70 C. pr. civ., cel chemat în judecată dobândește poziția procesuală de reclamant. Cu privire la acest efect, așa cum am arătat și mai sus, reglementarea actuală este diferită de cea anterioară, care stabilea că terțul introdus în proces în această modalitate dobândește poziția procesuală de intervenient principal. Apreciem însă că această diferență de exprimare a legiuitorului nu este de natură să schimbe foarte mult raționamentul de interpretare, deoarece și intervenientul principal este tot un reclamant, însă nu unul originar, ci incidental. Prin urmare, în spatele acestor exprimări ale legiuitorului nu se ascunde o realitate diferită, ceea ce trebuie evidențiat este că terțul va căpăta doar poziția procesuală de reclamant, adică independență procesuală, nicidecum că el devine un reclamant propriu-zis²⁶. Dacă își asumă pe deplin calitatea de titular al dreptului dedus judecării prin cererea introductivă, acesta trebuie să formuleze o cerere de intervenție, pe care o va timbra întocmai ca pe o cerere de chemare în judecată. În lipsa acesteia însă, dacă, urmare a încuviințării chemării în judecată a altei persoane, se dovedește, pe fond, că aceasta este titularul dreptului, nu reclamantul, cererea de chemare în judecată va fi respinsă, fără însă ca pârâtul să poată să fie obligat la efectuarea prestației în beneficiul terțului intervenient forțat.

Cu alte cuvinte, exprimării legiuitorului de la art. 70 C. pr. civ. trebuie să îi fie atașate numai consecințele procedurale, așa cum, de altfel e precizat în mod expres în textul de lege: este o diferență semnificativă între a spune că „cel chemat în judecată dobândește poziția procesuală de reclamant” (așa cum prevede textul de lege) și a spune că „cel introdus în judecată devine reclamant”²⁷; pentru a deveni, propriu-zis, reclamant, terțul trebuie să pretindă el dreptul dedus judecării, nu este suficient să fie indicat în acest sens de una dintre părțile din proces, iar acest lucru se poate face numai prin formularea unei cereri de intervenție voluntară principală²⁸. În caz contrar, singurul efect pe care îl poate produce admiterea, pe fond, a cererii de chemare în judecată a altei persoane este acela al respingerii cererii de chemare în judecată. Apreciem că, față de dispozițiile art. 36 C. pr. civ., cererea de chemare în judecată va fi respinsă ca fiind formulată de o persoană lipsită de calitatea procesuală activă, deoarece dreptul subiectiv poate să existe, însă acesta să nu fie în patrimoniul reclamantului (ceea ce justifică și soluțiile pe care instanța le poate pronunța în temeiul art. 71 C. pr. civ., așa cum vom arăta și mai jos).

Ca efect specific chemării în judecată a altor persoane, în cazul achiesării la pretenții a pârâtului, acesta din urmă poate fi scos din proces, care va continua numai între reclamantul inițial și terțul chemat în judecată, dacă sunt instituite

²⁵ G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, pp. 154-156. În același sens, A. Stoica, în I. Leș (coordonator), *Drept procesual civil*, Editura Universul Juridic, București, 2021, p. 133.

²⁶ M. Tăbărcă, *Comentariu sub art. 69 C. pr. civ.*, în V. M. Ciobanu, M. Nicolae, *Noul Cod de procedură civilă, comentat și adnotat*, Vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2016, pp. 262-263.

²⁷ În mod corect s-a reținut că terțul va avea calitatea procesuală de „reclamant-chemat în judecată” (a se vedea M. Tăbărcă, *Drept procesual civil, op. cit.*, p. 417)

²⁸ D.N. Theohari, *op. cit.*, pp. 236-237.

măsuri care să asigure executarea prestației pretinse în favoarea celui care, în urma judecării de fond, va fi stabilit ca titular al dreptului: în cazul în care pretenția dedusă judecării constă în plata unei sume de bani, dacă pârâtul recunoaște datoria și consemnează la dispoziția instanței suma datorată [art. 71 alin. (1) C. pr. civ.]; dacă pretenția are ca obiect predarea unui bun ori a folosinței acestuia, dacă pârâtul declară că va preda bunul celui al cărui drept va fi stabilit prin hotărârea judecătorească, iar asupra bunului respectiv se instituie un sechestrul judiciar, cu aplicarea procedurii speciale prevăzută de art. 972 – 977 C. pr. civ. [art. 71 alin. (2) C. pr. civ.]. Simpla achiesare a pârâtului nu este suficientă pentru ca acesta să fie scos din proces; efectul special prevăzut de art. 71 C. pr. civ. se produce numai dacă executarea prestației recunoscută de pârât este asigurată prin consemnarea sumei la dispoziția instanței, respectiv prin instituirea unui sechestrul judiciar²⁹. Dacă sunt îndeplinite aceste condiții, efectul scoaterii pârâtului din proces este obligatoriu, nefiind condiționat de acordul reclamantului³⁰. Apreciem că în aceste cazuri suma de bani ori bunul vor putea fi atribuite terțului chemat în judecată chiar dacă acesta nu formulează cerere de intervenție, prin care pretinde pentru sine dreptul dedus judecării. Art. 71 alin. (3) C. pr. civ. prevede, în acest sens, că în aceste cazuri, judecata va continua numai între reclamant și terțul chemat în judecată, însă hotărârea se va comunica și pârâtului scos din proces, fiindu-i opozabilă.

Prin urmare, ca efect al recunoașterii pretențiilor de către pârât și a consemnării sumei, respectiv instituirii sechestrului asigurător, în aceste situații, instanța va „atribui” suma de bani sau bunul persoanei pe care, în urma judecării de fond o va stabili ca titular al dreptului subiectiv, dintre reclamant și terțul introdus forțat.

5. Concluzii

Reglementarea chemării în judecată a altor persoane care pot pretinde aceleași drepturi ca și reclamantul a generat o serie de controverse în doctrină, cu privire la natura juridică a acestei forme de intervenție, la efectele încuviințării ei în principiu și la poziția procesuală pe care o dobândește intervenientul forțat.

Apreciem că este admisibilă o cerere de chemare în judecată a altei persoane numai dacă aceasta relevă un potențial conflict între reclamantul inițial și terțul chemat în judecată cu privire la calitatea de titular al dreptului subiectiv dedus judecării prin cererea introductivă. Cu titlu excepțional, având în vedere trimiterea făcută în mod expres, este admisibilă formularea unei cereri de chemare în judecată a altor persoane, doar de către pârât, în situația reglementată de art. 643 alin. (3) C. civ., respectiv atunci când numai unul dintre coproprietari introduce acțiunea în revendicare, chiar dacă coproprietarii nu își contestată dreptul ori calitatea.

²⁹ M. Dinu, *op. cit.*, p. 112.

³⁰ M. Tăbărcă, *Drept procesual civil, op. cit.*, p. 419.

În privința naturii juridice a cererii, acesta nu este o cerere de chemare în judecată propriu zisă, pentru că nu are ca scop formularea unei pretenții distincte de cea formulată prin cererea introductivă; din contră finalitatea chemării în judecată a altei persoane este de a clarifica problema calității de titular al dreptului dedus judecării, prin urmare este una asociată calității procesuale active. Consecințele în plan procedural sunt legate de cerințele intrinseci și extrinseci ale cererii: aceasta nu trebuie să îmbrace forma cererii de chemare în judecată, ci a cererilor simple adresate instanțelor judecătorești, cu indicarea motivelor de fapt (și, eventual, de drept) pentru care terțul ar putea pretinde același drept cu cel valorificat prin cererea introductivă și nu este supusă taxelor judiciare de timbru, atât timp cât nu se valorifică o pretenție. Dacă cel arătat ca titular al dreptului dorește să pretindă pentru sine dreptul dedus judecării, va putea formula o cerere de intervenție voluntară principală, aceasta fiind, în mod evident, supusă timbrajului.

O altă consecință importantă vizează soluțiile de fond pe care le poate pronunța instanța: dacă terțul chemat în judecată nu formulează o cerere de intervenție voluntară principală iar instanța stabilește că el este titularul dreptului, cererea de chemare în judecată va fi respinsă ca fiind formulată de o persoană lipsită de calitate procesuală activă, fără însă ca pretenția dedusă judecării să poată fi atribuită intervenientului forțat. Acest lucru este posibil numai dacă acesta formulează cerere de intervenție principală ori dacă sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 71 C. pr. civ (pârâțul achiesează la pretenții și consemnează la dispoziția instanței suma reclamată ori este instituit un sechestrul judiciar asupra bunului pretins).

Referințe

- Baias Fl. A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coord.), *Noul Cod civil, comentariu pe articole*, ed. a II-a, Editura CH Beck, București, 2014.
- Bîrsan C., *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, ed. a III-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, 2017.
- Boroi G., Stancu M., *Drept procesual civil*, ed. a V-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2020.
- Ciobanu V. M., Nicolae M. (coord.), *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat, Vol. II – art. 527 – 1134*, Editura Universul Juridic, București, 2016.
- Dinu M., *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, București, 2020.
- Durac Gh., *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2020.
- Leș I. (coor.), *Drept procesual civil*, Editura Universul Juridic, București, 2021.
- Tăbărcă M., *Drept procesual civil, Vol. I, Teoria generală*, ed. a II-a, Editura Solomon, București, 2017.

Curtoazia, concept de drept transnațional

Comity, a concept of transnational law

Radu Bogdan Bobei¹

Rezumat: Principiul țării de origine (*country of origin principle*) este susceptibil de contemplare în lumina dezbaterilor doctrinare referitoare la ascensiunea sau eșecul instituției conflictului de legi. Acest articol este o invitație lansată doctinarilor să evalueze noțiunea de „curtoazie” (*comity*) ca fiind premisa autentică a principiului recunoașterii reciproce. Sus-menționata noțiune ne amintește tuturor faptul că dreptul internațional și conflictul de legi sunt instrumente-gemene; acestea din urmă sunt proiectate conceptual să gestioneze realitățile transnaționale de astăzi. Statele-națiune, organizațiile regionale de integrare economică, organizațiile internaționale, actorii privați învață, din nou, modalitatea de exersare a noțiunii de „curtoazie” (*comity*).

Cuvinte-cheie: principiul țării de origine, conflict de legi, curtoazie, drept transnațional, drept internațional

Abstract: The *country of origin principle* can be contemplated in the light of the scholars' debates relating to the rise or fall of the conflict of laws concept. This paper is an invitation to scholars to assess the notion of 'comity' as a genuine premise of the mutual recognition principle. The said notion reminds us all that international law and the conflict of laws are twin instruments; these instruments are conceptually designed to manage the transnational realities from nowadays. The nation-States, regional organizations of (economic) integration, international organizations, private actors are learning again how to exercise the notion of 'comity'.

Keywords: country of origin principle, conflict of laws, comity, transnational law, international law

1. Introducere

Etapa post-Savigny poate semnifica, paradoxal, readucerea în discuție a concepțiilor lui Savigny. Cu alte cuvinte, după Savigny ar însemna, din nou,

¹ Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea din București, e-mail: dr.rbobei@icloud.com. Membru *ad honorem* în Consiliul de Conducere al Institutului Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat (UNIDROIT), Roma. Dr. Bobei derulează activități profesionale și scrie, cu regularitate, în domeniile dreptului transnațional, conflictului de legi și dreptului internațional.

Savigny. Unii doctrinari chiar consideră, cel puțin considerau, că asistăm, în domeniul conflictului de legi², la resuscitarea clamatului triumf al doctrinei „Savigny”. În acest sens, s-au propagat, în anii 1999-2000, multiple puncte de vedere. Ne-a reținut atenția cel puțin unul dintre acestea. Concret: s-a susținut că „europenele” concepții privind conflictul de legi exersează multilateralismul de tip savignian. Această exersare există și subzistă în pofida pigmentării concepțiilor evocate cu mostre de unilateralism³. Pentru noi, etapa post-Savigny constituie, cel puțin în contemporana Europă, un prilej pentru redescoperirea curtoaziei (*comity*). Avem în vedere o parte din contemporana Europă sedusă prezumtiv-relativ de cvasi-federalismul instituit de Uniunea Europeană. Noțiunea de „curtoazie” a fost considerată de ceva timp ca fiind fundamentul instituției conflictului de legi și al dreptului internațional. Această identitate a noțiunii de „curtoazie” există și subzistă, indiferent de propria identitate doctrinară a utilizatorilor - privațiști, publiciști, interniști, internaționaliști. În considerarea rațiunilor de scriere a acestui articol, am optat să proiectăm noțiunea respectivă în arealul dreptului transnațional.

În lumina redescoperirii curtoaziei, dreptul cvasi-federal al Uniunii Europene ne-a conferit prilejul evidențierii așa-numitului „principiu al recunoașterii reciproce”. Acesta din urmă constituie unul din principiile care guvernează piața internă instituită de Uniunea Europeană. În plus, principiul evocat constituie „arena” post-savigniană în care se manifestă noțiunea de „curtoazie”. Vom vedea, la momentul oportun, că în respectiva „arenă” ne vom întâlni cu Paul Voet și fiul său, John Voet, respectiv cu Ulrich Huber, Joseph Story, însă nu și cu Friedrich Carl von Savigny. Altfel spus, vom vedea că etapa post-Savigny înseamnă înainte de Savigny. Spunem acest lucru, întrucât scrierile din secolul al XVII-lea ale juriștilor Olandei victorioase împotriva Spaniei - de exemplu scrierile profesorilor Paul Voet și Ulrich Huber - dar și scrierile profesorului nord-american Joseph Story sunt anterioare scrierilor profesorului german Savigny⁴.

Aceasta este teza care a inspirat conceperea acestui articol: în contemporana etapă post-Savigny, este relevantă și incidentă, cel puțin pe piața internă instituită de Uniunea Europeană, concepția lui Joseph Story referitoare la curtoazie. Curtoazia de tip „Story” a valorificat, *via* Paul Voet, ideile profesorului olandez de drept public Ulrich Huber. Iată de ce etapa post-Savigny este impregnată, *via* Joseph Story, și de concepțiile juridice ale juriștilor Olandei din secolul al XVII-lea! Pentru moment, reținem faptul că, în conținutul acestui articol, avem în vedere curtoazia *dintre* națiuni; aceasta este curtoazia de tip

² A se vedea R. Michaels, *Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and Challenge from Europeanization and Globalization*, în M. Stolleis, W. Streek (eds.), *Aktuelle Fragen zu politischer und rechtlicher Steuerung im Kontext der Globalisierung*, Nomos, 2007, p.119-144.

³ A se vedea J. Kropholler, J. von Hein, *From Approach to Rule Orientation in American Tort Conflicts*, în J.A.R. Nafziger, S. Symeonides (eds.), *Law and Justice in a Multistate World. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*, Ardsley New York, Transnational Publishers, 2002, p. 317 și 337.

⁴ Istoria „privată” a dreptului internațional este analizată și de A. Mills, *The Private History of International Law*, în *Journal of International and Comparative Law*, vol. 55/2006, pp. 1-50.

„Story”. Nu este avută în vedere curtoazia manifestabilă între instanțele de judecată (*comity of courts*) din diverse state-națiuni. Aceasta din urmă este, cel puțin pentru profesorul englez de drept constituțional Dicey, - sau poate să fie, sau poate are vocație să fie - expresia unui capriciu: acceptarea de către instanțele de judecată a aplicării legii străine unui raport juridic constituie o simplă opțiune căreia un judecător îi poate sau nu da curs (curtoazia *à la Dicey*, n.n.)⁵.

2. Savigny, post-Savigny și principiul țării de origine

Timpurile în care trăim ne conferă nouă, celor din Estul Sudului Global, măcar o șansă: aceea de a edifica o doctrină autentică în domeniile dreptului internațional, dreptului transnațional și conflictului de legi. Mai întâi însă, (i) se cade să înțelegem concepțiile propagate, de-a lungul timpului, de Vestul Nordului Global în domeniile menționate, și (ii) se cade să înțelegem că, preponderent ulterior celui de-al Doilea Război Mondial, dreptul internațional s-a transnaționalizat, cel puțin prin cooptarea subiectelor de drept privat ca subiecte de drept internațional, și (iii) se cade să înțelegem că așa-numita „tehnică a conflictului de legi” constituie un câmp metodologic de inepuizabilă dispută între internaționaliști, naționaliști și trans-naționaliști, și (iv) se cade să înțelegem că așa-numita „practică transnațională” a cuprins și dreptul afacerilor, dreptul familiei, dreptul proprietății intelectuale, dreptul penal⁶. Practic, niciun domeniu al vieții sociale de început de secol XXI nu poate neglija ideea de „transnațional”; sau o poate neglija, însă va fi inevitabilă căderea în irelevanță.

Odată efectuată familiarizarea cu aceste aspecte, sunt șanse să demarăm, fără a iniția și abordări internaționalist-frivole, demersul edificării propriei doctrine (doctrinei române, n.n.) în domeniile deja menționate. În orice caz, principiul recunoașterii reciproce este „spațiul” cvasi-federal intim în care exultă identitatea post-post-modernă a noțiunii de „curtoazie”. Este vorba despre identitatea de drept transnațional. Vom arăta, la momentul oportun, motivul pentru care noțiunea de „curtoazie” este analizabilă și ca o noțiune de drept transnațional. De altfel, chiar ideile regăsite mai jos conferă, sau au vocație de a conferi, sau speră să confere, substanță titlului acestui articol.

⁵ Pentru menționarea antipatiei lui Dicey față de teoria curtoaziei dintre națiuni (*comity of nations*), a se vedea H. E. Yntema, *The Historic Bases of Private International Law*, în *The American Journal of Comparative Law*, vol. 2, nr. 3/1953, pp. 297-317.

⁶ „Ce este dreptul transnațional?”, „Ce este activitatea transnațională?”, „Ce este o problemă juridică transnațională?” constituie câteva dintre întrebările care și-au găsit deja răspunsurile binemeritate. Pentru familiarizarea cu aceste răspunsuri, a se vedea D. E. Childress III, M. D. Ramsey, Ch. A. Whytock, *Transnational Law and Practice*, ed. a II-a, Wolters Kluwer, New York, 2021, p. xxxii-xxxiv. Accepțiunea noțiunii de „drept transnațional” este descifrabilă și din perspectiva evidențierii unor ipoteze contractuale transnaționale. Am efectuat acest demers în propriul articol *Dreptul transnațional și comerțul: posibilă introducere*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 1/2021, pp. 71-99.

2.1. Epoca post-Savigny in Uniunea Europeană

Pentru europeni⁷, Tratatul de la Amsterdam⁸ semnifică momentul de început al epocii post-Savigny. Epoca în discuție se remarcă prin aducerea în discuție a unei necesități. Este vorba despre necesitatea extinderii preocupărilor conflictualiştilor (specialiştilor în conflicte de legi, n.n.). Extinderea implică aprofundarea cunoștințelor de drept cvasi-federal instituit de Uniunea Europeană. Ca efect al intrării în vigoare a Tratatului de la Amsterdam, Uniunea Europeană a început să se manifeste normativ în domeniul suplimentare. Domeniul conflictului de legi este unul dintre acestea. Concret: Uniunea Europeană a considerat că buna funcționare a pieței interne este indestructibil legată și de instituția conflictului de legi. Așa fiind, specialiștii în conflicte de legi din arealul Uniunii Europene au fost „condamnați” să înțeleagă cvasi-federalismul.

Pentru noi, cei educați juridic în epoca istorică a statelor-națiune detașate de ideea de federalism și cvasi-federalism, „condamnarea” este, îmi pare, severă; poate că este chiar dureroasă doctrinar. Susținem acest lucru, întrucât suntem nevoiți să derulăm eforturi reale și de substanță, pentru a înțelege „adâncurile” cvasi-federalismului. Acolo, în acele „adâncuri”, coabitează armonios-beligerant forța centripetă și forțele centrifuge inerente structurii de tip cvasi-federal întrucipate de Uniunea Europeană. Prin punerea în mișcare a tuturor acestor forțe, cvasi-federalismul de tip „Uniunea Europeană” conferă instituției conflictului de legi o autentică identitate de drept public (cvasi-federal, n.n.); cvasi-federalismul menționat chiar amplifică respectiva identitate. Înțelegerea particularităților acestor forțe centripetă și centrifuge este indisolubil legată de înțelegerea particularităților ideii de federalism; această din urmă idee inspiră, inevitabil, rațiunea de a fi a cvasi-federalismului. Reținem toate acestea, deși am

⁷ Pentru rațiunile de scriere ale acestui articol, înțelegem, prin cuvântul „europeni”, numai pe europenii din statele-națiune membre ale Uniunii Europene. Însă europeni sunt și cei din statele-națiune nemembre ale Uniunii Europene, dar „membre” geografic ale continentului Europa.

⁸ Acest izvor de drept internațional a fost semnat în data de 2 octombrie 1997 și a intrat în vigoare în data de 1 mai 1999. Prin Tratatul de la Amsterdam, și instituția conflictului de legi este instrumentalizată de instituțiile Uniunii Europene în scopul adoptării de măsuri necesare pentru buna funcționare a pieței interne. Cu privire la art. 81 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, denumit în continuare „TFUE”, a se vedea J. Basedow, *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, Cambridge – Antwerp-Chicago, 2021, p. 45-46. Convențiile internaționale, izvor de drept internațional potrivit articolului 38 litera (a) din Statutul Curții Internaționale de Justiție, denumit în continuare „Statutul CIJ”, nu sunt, ca principiu, și izvor de drept al Uniunii Europene. Sunt însă izvor de drept cvasi-federal o serie de convenții internaționale. Este vorba despre Tratatul privind Uniunea Europeană, denumit în continuare „TUE”, TFUE și convențiile internaționale încheiate de Uniunea Europeană în calitate de Parte Contractantă. În arealul izvoarelor de drept internațional din domeniul conflictului de legi, se manifestă organizația inter-guvernamentală denumită „Conferința de drept internațional privat de la Haga”, denumită în continuare „Conferința de la Haga”, al cărei Statut a fost modificat în luna aprilie 2007. Din acest moment, organizațiile regionale de integrare economică, inclusiv Uniunea Europeană, pot deveni Părți Contractante ale textelor de drept internațional redactate sub cupola Conferinței de la Haga. Pentru implicarea Uniunii Europene în domeniul conflictului de legi, a se vedea M. Bogdan, M. Pertegás Sender, *Concise Introduction to EU Private International Law*, ed. a IV-a, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2019, p. 5-15.

fost avertizați: „într-o societate globală, nu există nici centru, nici periferie”⁹. Reformulăm, poate, temerar: într-o societate post-globală, centrul și periferiile există, însă se manifestă, cel puțin în primii 25 de ani ai secolului XXI, cu adevărat interșanjabil.

Pentru statele-națiune membre ale Uniunii Europene, instituția conflictului de legi are o identitate cel puțin duală. Există o identitate de drept public cvasi-federal, pe de o parte și există o identitate de drept public național, pe de altă parte. Înțelegerea coabitării dintre cele două identități nu se reduce la asimilarea banalei și auto-suficientei formulări „Dacă dreptul Uniunii Europene nu dispune altfel”. Legislațiile naționale care transpun directive constituie, în esența lucrurilor, tot drept al Uniunii Europene; iată un argument în lumina căruia considerăm că formularea menționată nu ajută, chiar deloc, la înțelegerea coabitării în discuție. Din perspectiva organizațiilor inter-guvernamentale, aceeași instituție a conflictului de legi are, neîndoielnic, o identitate de drept public numai internațional¹⁰ (inter-etatic, n.n.). Din perspectiva statelor-națiune, fie că sunt membre sau nemembre ale Uniunii Europene, identitatea de drept public a instituției conflictului de legi se manifestă în „spațiul” normativ al dreptului constituțional¹¹. În orice caz, cvasi-federalismul, astfel instituit de Uniunea Europeană, facilitează incidența efectelor libertăților de circulație, astfel rezervate persoanelor, mărfurilor, serviciilor și capitalurilor, asupra instituțiilor de drept privat. Nutrim speranța că același cvasi-federalism este compatibil, pe fond, și cu libertatea de circulație a ideilor. Mai sesizăm faptul că, în evocatul domeniu al conflictului de legi, structura cvasi-federală în discuție (Uniunea Europeană, n.n.) se manifestă plenar (holist, n.n.)¹².

⁹ A se vedea G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism in Globalization*, traducere efectuată de Gareth Norbury, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 152.

¹⁰ Cu privire la rolul Conferinței de la Haga, a se vedea *supra*, nota de subsol nr. 7.

¹¹ În epoca istorică a statelor-națiune independente, s-a proclamat doctrinar, în mod clar, natura de drept constituțional a instituției conflictului de legi. A se vedea I. Radu, „Dreptul internațional privat transitoriu. Principiul actualității normelor de conflict”, Editura Universității „Regele Ferdinand I” din Cluj-Sibiu, 1943. În epoca istorică a statelor-națiune interdependente (în zilele noastre, n.n.), se proclamă doctrinar, este adevărat potrivit unor tradiții non-europene, identitatea de drept public a instituției conflictului de legi. A se vedea G. Shaffer, T. Halliday, *With, Within, and Beyond the State: The Promise and Limits of Transnational Legal Ordering*, în Peer Zumbansen (ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford University Press, 2021, p. 987-1005.

¹² Ideea de funcționare a pieței interne a energizat holismul marca „Uniunea Europeană”. Holismul semnifică și „spargerea” delimitării nete dintre dreptul public și dreptul privat. A se vedea J. Basedow, *supra cit.*, nota de subsol nr. 7, p. 153-162. Acest autor menționează practicarea holismului prin instrumente de drept al Uniunii Europene din domeniul dreptului familiei și dreptului succesoral. Formularea „practicarea holismului” trebuie înțeleasă în sensul că respectivele instrumente conțin prevederi de drept public și privat, pe de o parte, prevederi referitoare la competență, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea silită a hotărârilor pronunțate în domeniile respective, pe de altă parte. Aneantizarea legislativă, fie și simptomatică, a delimitării nete în discuție, semnifică punerea în practică, la nivel sub-regional, de către Uniunea Europeană a ideii de drept transnațional. Acum aproape douăzeci de ani, a fost remarcată fragilizarea sus-menționatei distincții și în arealul dreptului internațional. A se vedea M. Reimann, *From the Law of Nations to Transnational Law: Why We Need a New Basic Course for the International Curriculum*, în *Pennsylvania State International Law Review*, vol. 22, nr. 3/2004, pp. 397-415.

Este un truism să mai susținem că instituția conflictului de legi este interconectată în considerarea instituției conflictului de jurisdicții, pe de o parte, că cele două instituții funcționează interconectat, pe de altă parte. Mai frust spus, în litigiile care implică autohtoni și alogeni, se pune problema stabilirii instanței de judecată care să soluționeze litigiul intervenit între autohtoni și alogeni, însă se pune și problema stabilirii legii aplicabile fondului propriu-zis al litigiului. Ulterior pronunțării hotărârii judecătorești, se pune și problema recunoașterii, respectiv a executării silite a respectivei hotărâri. În treacăt amintit, acest tip de litigiu nu este un litigiu inter-național (inter-etatic, n.n.), ci un litigiu care implică străini (un litigiu cu străini, n.n.); este vorba despre străini prin raportare la o ordine juridică dată (autohtonă, n.n.). Cvasi-federația Uniunea Europeană a valorificat interconectarea ca atare în modalitatea exersării holismului legislativ¹³ la care m-am referit deja. Organizația regională (subregională, n.n.) de integrare economică în discuție exersează holismul prin punerea în practică a ideii de instrumentalizare a instituțiilor juridice.

Este vorba despre instituțiile juridice care, potrivit articolului 81 alin. (2) din TFUE, sunt considerate necesare (de către Uniunea Europeană, n.n.) pentru buna funcționare a pieței interne. Simpla lecturare a acestei prevederi relevă că instituțiile conflictului de legi și conflictului de jurisdicții sunt două dintre instituțiile juridice prin care, grație sau din cauza instrumentalizării, se guvernează în Uniunea Europeană. Poate vom avea ocazia să dezvoltăm doctrinar chestiunea inter-conectivității dintre guvernarea politică și guvernanta economică; ne pare util acest demers dacă avem în vedere că inter-conectivitatea se manifestă și în cadrul Uniunii Europene. Deocamdată, doar semnalăm faptul că, prin „arta” fragmentării arealului normativ, instituția conflictului de legi și-a devoalat, în perioada de avânt a neoliberalismului, influențele asupra noțiunii de „guvernanta globală”¹⁴.

Digresiune succintă: am fost obișnuiți cu ideea potrivit căreia respectivele instituții juridice aparțin, prin denumire, dreptului internațional¹⁵ și privat. Am

¹³ Cu privire la modalitatea de practicare a holismului legislativ de către Uniunea Europeană, a se vedea *supra.*, nota de subsol nr. 11.

¹⁴ A se vedea H. Muir Watt, *The Global Governance Implications of Private International Law*, în P. Zumbansen, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 10, pp. 893-909. Prin valorificarea autorului M. Walzer, *Liberalism and the Art of Separation*, în *Political Theory*, vol. 2, nr. 3(1984), p. 315-330, autoarea menționează și următorul aspect: instituția conflictului de legi în versiune liberală generează „fragmentarea spațiilor reglementatoare (...)”. Mecanismele de fragmentare au cuprins, cel puțin în ultimii treizeci de ani, și dreptul internațional ca atare. Reputatul profesor Martti Koskenniemi deplânge fragmentarea dreptului internațional în *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, documentul nr. A/CN.4/L.682 din 13 aprilie 2006, sesiunea 58, Geneva, 1 mai - 9 iunie și 3 iulie - 11 august 2006. Raportul este disponibil și la adresa <https://digitallibrary.un.org>

¹⁵ Reputați autori susțin că termenul „internațional” din denumirea „drept internațional privat” este susceptibil de inducere în eroare. A se vedea M. Bogdan, M. Pertegás Sender, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 7, p. 2. Însă același termen din aceeași denumire, susțin aceiași autori, nu se referă la izvoarele acestei „ramuri” de drept. Așadar, nu ar mai fi în joc inducerea în eroare, întrucât termenul „internațional” se referă la natura raporturilor juridice; aceste raporturi juridice sunt

fost obișnuiți să credem că apartenența în discuție există și subzistă chiar dacă instituțiile conflictului de legi și conflictului de jurisdicții sunt guvernate, preponderent, în zilele noastre, de reglementări naționale; în ipoteza statelor membre ale Uniunii Europene, respectivele instituții sunt guvernate, cu prioritate, de reglementări cvasi-federale¹⁶. Până la modificarea, de altfel puțin probabilă și iluzorie, a art. 38 din Statutul CIJ¹⁷, propunem să fim cuminți doctrinar și didactic. Așa fiind, este recomandabil să nu mai utilizăm noțiunea de „internațional” mai ales atunci când nu avem temeuri normative să procedăm astfel.

internaționale, întrucât au legătură cu mai mult de teritoriul unui singur stat-națiune. Însă omit susmenționații autori măcar un aspect. Raporturile de drept privat care au legătură cu mai mult de un singur stat-națiune sunt inter-naționale, din perspectiva naturii izvorului (naturii internaționale/inter-etice, n.n.) care le reglementează pe fond sau cvasi-fond. De exemplu Principiile UNIDROIT privind contractele comerciale internaționale (2016), denumite în continuare „Principiile UNIDROIT(2016)”, constituie un instrument internațional „lichid” (*soft law*, n.n.). Acest instrument sugerează, fie și printr-un raționament *per à contrario*, că un contract este internațional atunci când are legătură cu mai mult de un singur stat. Se procedează la această tehnică de drept internațional, întrucât, logic, suntem în domeniul dreptului internațional (inter-etatic, n.n.). Respectiva tehnică, fie și de sugestie de uniformizare „lichidă”, este specifică, logic, numai dreptului internațional, iar nu și sistemului de drept cvasi-federal al Uniunii Europene sau sistemelor de drept național. Tehnica de uniformizate a dreptului internațional, de altfel utilizabilă și în domeniul conflictului de legi de Conferința de drept internațional privat de la Haga, poate eșua. Grație sau din cauza eșecului uniformizării efectuate prin izvoarele de drept internațional, se re-activează resorturile de drept național din arealul conflictului de legi. Regimurile de drept uniform (internațional), drept național și cvasi-federal din domeniul conflictului de legi nu se confundă. Am mai menționat acest aspect în propria lucrare *Curs de drept internațional cu privire numai asupra comerțului*, editura CH Beck, București, 2019, p. 3-6.

¹⁶ Faptul că instituțiile conflictului de legi și conflictului de jurisdicții sunt interconectate nu înseamnă că și acesta din urmă gravitează în jurul normelor de legătură (normelor terțiare, n.n.). Normele terțiare constituie un veritabil instrument utilizat numai în considerarea noțiunii de „conflict de legi”. Conflictul de jurisdicții se „soluționează” prin aplicarea normelor de drept procesual civil de sorginte națională, sau cvasi-federală (în ipoteza Uniunii Europene, n.n.), sau internațională. Cu privire la normele de procedură aplicate de instanțele române de judecată în litigiile cu străinii, a se vedea propria lucrare *Teoria conflictului de legi civile*, Editura Universul Juridic, București, 2020, pp. 36-59. Într-adevăr, în materie de procedură, nu se operează cu norme de conflict care *indică* aplicarea legii străine. Se operează cu norme de procedură care *stabilesc* legea procedurală aplicabilă în litigiile dintre alogeni și străini. A se vedea și M. Bogdan, M. Pertegás Sender, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 7, pp. 5-15. Cu privire la noțiunea de „norme terțiare” (în care sunt incluse și normele de legătură sau normele de conflict sau normele conflictuale, n.n.), a se vedea R. Michaels, *Tertiary Rules*, în N. Krisch (ed.), *Entangled Legalities beyond the State*, Cambridge University Press, Global Law Series, 2022, p. 424-448.

¹⁷ Articolul 38 din Statul CIJ nu menționează dreptul național ca izvor al dreptului internațional. A se vedea *supra.*, nota de subsol nr. 6. Cel puțin în acest moment, manifestăm rezerve față de eventuala modificare a Statutului CIJ, în sensul includerii sistemelor de drept național în categoria „izvoare de drept internațional”. În fața CIJ, sistemele de drept național constituie elemente de fapt. În zilele noastre, s-a sugerat caracterul artificial al distincției dintre elemente de fapt și elemente drept. A se vedea R. Michaels, *EU Law as Private International Law? Reconceptualizing the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory*, în *Journal of Private International Law*, vol. 2, nr. 2/2006, pp. 195-242. Dacă sugestia menționată va fi transpusă în realitate, CIJ va trebui să aplice, în litigiile de drept internațional (inter-etatic, n.n.), și legislații naționale. Iată un subiect de analiză doctrinară pentru internaționaliști! Să fie și un subiect de anxietate doctrinară?

Să dăm curs acestei recomandări în pofida unui internaționalism romantic, pe alocuri frivol, care poate ne animă! Pe noi, doctrinarii din Uniunea Europeană, ne ajută să fim astfel (cuminiți doctrinar și didactic, n.n.) re-lecturarea, chiar și superficială, a articolului 81(2) litera (c) din TFUE. Acest din urmă text nu avea cum să utilizeze noțiunea de „drept *internațional privat*”. Susținem acest lucru, întrucât ordinea juridică inter-națională (inter-etatică, n.n.) este distinctă de ordinea juridică cvasi-federală instituită de Uniunea Europeană. Prin tratatele (izvoare de drept internațional, n.n.) constitutive ale acestei organizații sub-regionale de integrare, ordinea juridică a Uniunii Europene s-a născut ca ordine juridică internațională. Însă, odată instituită, respectiva ordine juridică a devenit distinctă, s-a manifestat distinct, se manifestă distinct și se va manifesta distinct de ordinea juridică internațională însăși.

Distincția menționată a fost proclamată, în mod neechivoc, de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în ultra-cunoscuta speță *van Gend en Loos v. Administratie der Belastingen* soluționată în data de 5 februarie 1963. Aceeași soluție jurisprudențială a mai consacrat și efectul orizontal direct al dreptului primar al Uniunii Europene. Grație sau din cauza acestui efect, a operat „transformarea obligațiilor de drept internațional public dintre statele membre și dintre statele membre și Uniune în obligații care produc efecte directe, în primul rând, între actorii privați și state și, în al doilea rând, între actorii privați”¹⁸. Reținem, pentru moment, că, și prin această transformare, s-a diluat distincția dintre dreptul internațional și dreptul intern al statelor membre, pe de o parte, dintre dreptul public al Uniunii Europene, respectiv al statelor membre, și dreptul privat al acestora din urmă, respectiv al Uniunii Europene însăși, pe de altă parte. Diluarea în discuție constituie expresia exersării dreptului transnațional de către această organizație sub-regională de integrare. Este vorba despre exersarea dreptului transnațional în versiune, logic, sub-regională.

Însă există drept transnațional și *dincolo de* Uniunea Europeană, mai precis în primul rând *dincolo de* această structură cvasi-federală. Iată de ce, pentru înțelegerea dreptului transnațional în versiune sub-regională, este necesară înțelegerea dreptului transnațional ca atare. Concret: este necesară înțelegerea dreptului transnațional în versiunea sa originală, să o denumesc, „versiune generală”. Versiunea generală poate fi transpusă conceptual-simandicos sub cupola denumirii „Teoria dreptului transnațional”.

În fine, s-a considerat că idilica idee de valori universale¹⁹ este mai puțin compatibilă cu pragmatica idee de punere în funcțiune a pieței interne. Este în

¹⁸ A se vedea J. Basedow, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 7, p. 186-187.

¹⁹ Conceptul de „conflict de legi” nu se grezează pe ideea unor valori universale în accepțiunea de valori substanțiale de fond. Conceptul menționat operează, mai degrabă, cu meta-valori (reactivitate și tehnică, n.n.). În plus, același obiect implică ideea de valori întrupate în matricea unei premise normative fundamentale a oricărui mecanism de stabilire a legii aplicabile. Premisa în discuție are în vedere evitarea ajungerii, prin punerea în mișcare a respectivului mecanism, la rezultate incorecte (idee *à la* Savigny). A se vedea R. Michaels, *Private international law and the question of universal values* și M. Reimann, *Are there universal values in choice of law rules? Should there be any?*, în F. Ferrari, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law. Contemporary*

afara oricărei discuții faptul că, prin intrarea în vigoare a Tratatului de la Amsterdam, Uniunea Europeană a așezat normativ instituția conflictului de legi în intimitatea pieței interne. Excluză respectiva așezare normativă calificarea instituției conflictului de legi ca etică a reactivității? Cel puțin în lumina unor cercetări recente, calificarea instituției conflictului de legi ca etică a reactivității²⁰ începe să-și devoaleze parcursul. Din considerente de spațiu, dezvoltarea acestui subiect nu constituie acum un obiect de preocupare doctrinară. Însă reținem că reactivitatea implică, în calitate de meta-valoare a instituției conflictului de legi, gestionarea ne-mecanică a interacțiunilor dintre ordinea juridică autohtonă și ordinea juridică străină; aceasta implică și asimilarea ideii potrivit căreia aplicarea normelor terțiare (normelor de legătură sau normelor de conflict sau normelor conflictuale, n.n.) nu este mecanică²¹.

2.2. Principii țării de origine și conflictul de legi

Necesitatea extinderii preocupărilor specialiștilor în conflicte de legi la aspectele sus-menționate a fost evidențiată doctrinar cu diverse ocazii. Una dintre

Challenges and Continuing Relevance, Edward Elgar Publishing, Elgar Monographs in Private International Law, Cheltenham (UK)- Northampton (MA, USA), 2019, pp. 148-177 și pp. 178-194. Trans-naționalitatea dreptului internațional este facilitată de „procesul de adaptare – un mijloc extralegal sau meta-juridic”, de aplicare a legii. S-a sugerat că, prin trans-naționalitatea sa (dobândită, n.n.), dreptul internațional „gustă” din mult visatul universal. Așa se explică de ce universalitatea chestiunilor omenești poate fi cuprinsă de dreptul internațional grație sau din cauza demersului de expandare obligatorie a domeniului său de aplicare. Consecința expandării domeniului menționat, astfel generată de situațiile de fapt transnaționale, își găsește identitatea metodologică în conținutul noțiunii de „drept transnațional” à la Jessup. A se vedea Ph. C. Jessup, *Drept transnațional* (traducere efectuată de R. B. Bobei), Editura Universul Juridic, București, 2020, p. 15-16. Am arătat deja că noțiunea de „drept transnațional” nu are ca genitore pe Philip C. Jessup. A se vedea propriile articole *Abordare preliminară asupra înțelesului ale noțiunii de „drept transnațional”, în Revista Română de Drept Internațional*, nr. 2/2020, pp. 7-45, precum și *Spații transnaționale trecute și prezente*, în *Dreptul* nr. 3/2022, pp. 27-48.

²⁰ Pentru evaluarea instituției conflictului de legi ca etică a reactivității în considerarea aplicării dreptului străin, a se vedea R. Michaels, *Private International Law as an Ethics of Responsibility*, în V. Ruiz Abou-Nigm, M. B. Noodt Taquela (eds.), *Diversity and Intergration in Private International Law*, Edinburgh University Press, 2019, pp. 23-26.

²¹ Meta-valorile „reactivitate” și „tehnică” suplinesc neîmplinirile generate de eșecul doctrinar al identificării de valori universale ca fundament al instituției conflictului de legi. A se vedea R. Michaels, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 18, pp. 148-177. În SUA, așa-numita „formulă mecanică a conflictului de legi” a fost supusă la grea încercare prin celebrul litigiu *Babcock v. Jackson* (1963). Soluția jurisprudencială evocată a constituit un afront la adresa metodologiei tradiționale (savigniene, n.n.) de soluționare a legii aplicabile. În lumina metodei savigniene, de altfel denumite și „metodologia multilaterală” de stabilire a legii aplicabile, orice demers de stabilire a legii aplicabile se grefează pe un singur punct de legătură identificat în considerarea proximității geografice dintre raportul juridic și legea aplicabilă. În sus-menționatul litigiu, Curtea de Apel din New York a aplicat legea statului New York, iar nu legea provinciei Ontario (Canada) pe teritoriul căreia a avut loc un accident de mașină. Pentru analiza metodei tradiționale (savigniene, n.n.) de stabilire a legii aplicabile, respectiv pentru menționarea litigiului *Babcock v. Jackson* (1963), care a determinat așa-numita „revoluție” nord-americană în domeniul conflictului de legi, a se vedea G. Cuniberti, *Conflict of Laws. A Comparative Approach. Text and Cases*, Edward Elgar, Cheltenham (UK)-Northampton, MA (USA), 2022, p. 2-14.

ocazii a prilejuit-o evidențierea discretei comuniuni dintre dreptul internațional și instituția conflictului de legi²². Această comuniune este, cel puțin pentru mentalul doctrinar anglo-saxon, originară. Într-adevăr, dreptul internațional și instituția conflictului de legi din domeniul maritim și comercial constituiau elementele constitutive ale legii națiunilor²³. Așa fiind, comuniunea inevitabilă dintre dreptul internațional și instituția conflictului de legi este, cel puțin pentru mentalul doctrinar ne-anglo-saxon, originală sau considerată originală. O altă ocazie a fost furnizată de o serie de mișcări sociale din Europa. Este vorba despre protestele declanșate de beneficiarii ne-polonezi împotriva mitului cunoscut sub denumirea „instalatorul polonez”. Re-denumesc mitul sub titulatura „prestatorul de servicii din Estul Global”, iar pe beneficiari îi denumesc „beneficiarii din Vestul Global” ai activității de prestări de servicii.

Mișcările sociale avute în vedere au fost impulsionate de procesul de redactare a textului Directivei 2006/123/EC din 12 decembrie 2006 cu privire la serviciile din piața internă, denumită în continuare „Directiva Bolkestein”²⁴. În cadrul acestui proces, articolul 16 din Directiva Bolkestein avea, la un moment dat, denumirea marginală „Principiul țării de origine” (*country of origin principle*). Nesilentioșii protestatari, preponderent olandezi și francezi, au susținut, fie și indirect, că prin mecanismul eventualei reglementări a principiului „țării de origine” (principiul aplicării legislației numai din țara de origine a instalatorului, n.n.) se limitează, chiar se anihilează, aplicarea legislației care ar fi fost incidentă prin efectul recurgerii la tradiționala sau clasică instituție a conflictului de legi²⁵. Legislația în discuție ar fi putut să fie chiar legislația (olandeză, franceză etc.) din țara de destinație (Olanda, Franța, n.n.) a prestării propriu-zise de servicii.

²² A se vedea, de exemplu, propriul articol *No More Social Distance between International Law and Conflict of Laws*, în *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2022, pp. 35-63.

²³ Jeremy Bentham considera că noțiunea „lege a națiunilor” nu era lipsită de obiecțiuni, întrucât conținutul propriu-zis al acesteia era contradictoriu. Era astfel, întrucât sub cupola legii națiunilor sălășluiau (i) dreptul natural (pentru Bentham, dreptul natural nu era deloc drept), și (ii) instituția conflictului de legi în domeniul dreptului maritim și comercial, și (iii) tranzacțiile bilaterale dintre suverani (dreptul inter-național). A se vedea H. J. Berman, *World Law*, în *Fordham International Law Journal*, vol. 18, nr. 5, 1994, p. 1617-1622. Cu privire la terminologia „drept internațional”, a se vedea *infra*. nota de subsol nr. 68. O serie de autori sesizează faptul că, în zilele noastre, temele subsumabile instituției conflictului de legi au devenit componente ale dreptului intern, iar regulile de drept internațional se manifestă în domeniul drepturilor omului. A se vedea D. F. Vagts, W. S. Dodge, H. L. Buxbaum, H. H. Koh, *Transnational Business Problems*, ed. a VI-a, West Academic, 2019, pp. 63-68.

²⁴ JO L 376 din 27 decembrie 2006, intrată în vigoare în data de 28 decembrie 2006, cu dată limită de implementare la 28 decembrie 2009.

²⁵ Aplicarea principiului țării de origine (*country of origin principle*) înlătura de la aplicare legi care puteau fi alte legi decât legea din țara de origine, pe de o parte, alte legi eventual incidente prin aplicarea tradiționalei versiuni a instituției conflictului de legi, pe de altă parte; putem avea în vedere, de exemplu, legea locului producerii prejudiciului sau legea reședinței obișnuite a consumatorului sau legea pieței afectate etc. A se vedea R. Michaels, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 16, p. 195-242. Acest autor chiar citează una din versiunile articolului 16 alin. (1) și (2) din Directiva Bolkestein.

Concret: ca o consecință a guvernării activității prestatorului de servicii din Estul Global, indiferent de locul geografic de desfășurare a activității de prestare de servicii²⁶, numai de legislația din țara de origine, s-ar fi creat, potrivit mesajului propagat de protestatari, dezavantaje pentru prestatorul de servicii din Vestul Global. Dezavantajul ar fi fost acompaniat, logic, pe aceeași piață internă a prestării de servicii, de o serie de diverse avantaje, inclusiv de ordin economic-legislativ. Poate la fel de concret: prestatorul de servicii din Estul Global s-ar fi bucurat de o legislație prezumtiv mai laxă decât legislația din Vestul Global pe al cărui „teritoriu” și-ar fi desfășurat activitatea de prestare de servicii. Grație prețurilor (prezumtiv mai mici, n.n.) practicate, în Vestul Global, de prestatorul de servicii din Estul Global, acesta din urmă ar fi câștigat competiția economică cu prestatorul de servicii (servicii prezumtiv mai scumpe, n.n.) din Vestul Global. Victoria s-ar fi produs chiar pe teritoriile statelor-națiune din Vestul Global. Această prezumtivă victorie secătua rezervele de emoționalitate pozitivă a celor din același Vest Global; mișcările de protest constituie expresia instinctului de apărare a acestui rezervor.

Mesajul propagat de mișcările sociale în discuție a fost acompaniat de un silențios și înțelept „protest”. Am în vedere demersul doctrinar („protestul”) inițiat în sensul re-conceptualizării principiului țării de origine în matricea teoriei drepturilor câștigate. Cu alte cuvinte, aplicarea numai a legii din țara de origine, prin nesocotirea rezultatelor la care s-ar fi ajuns grație incidenței clasicei versiuni a conflictului de legi, constituia un prilej pentru valorificarea virtuților (eventualelor virtuți, n.n.) ale teoriei drepturilor câștigate. Am scris și „eventualelor virtuți”, întrucât, pentru conflictualiștii Dicey și Beale, teoria în discuție este „incompatibilă cu realitățile unei lumi în care se prezumă faptul că legislația semnifică puterea (*prerogative*, n.n.) exclusiv națională (*naționale*, n.n.)²⁷. În lumina sus-menționatului *sui generis* protest, s-au avansat o serie de idei pe care le redau, în deplină coroborare, cu propriile idei. Iată tabloul nelimitativ al ideilor în discuție:

(i) Re-conceptualizarea principiului țării de origine a scos la lumină, din nou, teoria drepturilor câștigate (*vested rights theory*)²⁸; și (ii) teoria menționată a fost utilizată, cu succes se pare, anterior etapei istorice care a consemnat nașterea și ascensiunea statelor-națiune pe firmamentul realităților geo-politice - în etapa istorică a statelor-națiune independente, suveranitatea acestora se întemeia, în primul rând, pe ideea de teritorialitate intangibilă; și (iii) piața internă, astfel instituită de Uniunea Europeană, a „înghițit” teritoriile statelor membre ale acestei entități cvasi-federale; și (iv) statele membre au rămas independente din punctul de vedere al suveranității teritoriale, însă au devenit interdependente economic sub o cupolă normativă cvasi-centralizată; și (v) motorul acestui tip de

²⁶ Este vorba despre orice loc localizabil geografic pe piața internă a Uniunii Europene.

²⁷ Formularea îi aparține reputatului autor H. E. Yntema, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 4, pp. 297-317.

²⁸ În propria lucrare, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 15, pp. 301-314, am recomandat trecerea în revistă a istoricului teoriei efectelor extrateritoriale ale drepturilor câștigate într-o ordine juridică străină.

interdependență economică l-a constituit și îl constituie piața internă instituită de Uniunea Europeană; și (vi) piața internă însăși a devenit resortul instrumentalizării conceptelor juridice în versiune cvasi-federală; am arătat deja faptul că instituția conflictului de legi a devenit, prin efectul intrării în vigoare a Tratatului de la Amsterdam, obiect al instrumentalizării normative; și (vii) interdependența economică în discuție a diluat suveranitatea teritorială a statelor-națiune membre ale Uniunii Europene; și (viii) actualmente, diluarea care are loc este evolutivă ca natură, în pofida faptului că Uniunea Europeană este o uniune a popoarelor statelor-națiune membre ale acesteia²⁹.

Uniunea Europeană nu este legal și formal o uniune a statelor membre. De aceea, este un impediment legal și formal de a califica această organizație sub-regională de integrare ca fiind o federație. Îmi pare că, cel puțin din anul 2020, Uniunea Europeană exersează emanciparea față de constrângerile impedimentului evocat, pe de o parte, intenționează să devină, în fapt și neformal, o federație, pe de altă parte. Rămâne de văzut în ce măsură acest exercițiu va influența instituția conflictului de legi, dreptul internațional și dreptul trans-național.

Cu ocazia re-conceptualizării principiului țării de origine în osatura teoriei drepturilor câștigate, același autor³⁰ a sesizat neliniștile doctrinare ale specialiștilor din domeniul conflictului de legi. O serie dintre aceștia și-au pus problema dacă reglementarea principiului țării de origine în conținutul Directivei Bolkestein ar fi însemnat, cel puțin pe piața internă a Uniunii Europene, apusul instituției conflictului de legi³¹. Care este fundalul acestor neliniști și al acestei din urmă eventuale concluzii? Principiul țării de origine nu are identitatea unei norme terțiare³², întrucât nu desemnează, potrivit regulilor tradiționale din domeniul conflictului de legi, legea aplicabilă activității desfășurate de prestatorul de servicii din Estul Global în Vestul Global. Același principiu „se comportă” însă,

²⁹ În Uniunea Europeană, scopul integrării este uniunea popoarelor statelor-națiune membre ale acestei structuri cvasi-federale; nu este vorba despre uniunea statelor-națiune membre ale Uniunii Europene însăși. A se vedea J. Basedow, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 7, p. 2-4.

³⁰ Pentru analiza „în oglindă” a principiului țării de origine și a teoriei drepturilor câștigate, a se vedea R. Michaels, *supra. cit.*, nota de subsol, nr. 16, pp. 195-242.

³¹ S-a mai evocat, printr-o ingenuă interogație, un astfel de apus și în considerarea realităților ivite *dincolo de Uniunea Europeană*. A se vedea H. Berman, *Is Conflict of Laws becoming Passé? An Historical Response*, în H.-E. Rasmussen-Bonne, R. Freer, W. Luke, W. Weitnauer (eds.), *Balancing of Interests: Liber Amicorum Peter Hay zum 70. Geburtstag, Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main*, 2005, pp. 43-48. Se poate susține și o altă optică. În ipoteza instituirii principiului țării de origine (*country of origin principle*) în domeniul prestării de servicii, s-ar fi uniformizat *sui generis*, pe piața internă a Uniunii Europene, regimul juridic al prestării de servicii din perspectiva legii aplicabile prestării de servicii ca atare. Formularea „s-ar fi uniformizat *sui generis*” se înțelege, în sensul că se ajunge, *întotdeauna*, în domeniul evocat, la aplicarea legislației țării de origine. Or, „de la Savigny încoace, a devenit uzual să evaluăm demersul de a ajunge la soluții uniforme ca fiind scopul fundamental al conflictului de legi”. Cu privire la concepția lui Savigny, a se vedea E. Rabel, *The Conflict of Laws: A Comparative Study. Volume One. Introduction: Family Law*, Chicago, Callaghan & Company, 1945, pp. 87-88.

³² Cu privire la noțiunea de „norme terțiare”, a se vedea R. Michaels, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 15, pp. 424-448.

funcționează întocmai ca o normă terțiară, emancipată de particularitățile aplicării normelor de legătură fie bilaterale, fie unilaterale³³; acestea din urmă sunt veritabile concepte ale tradiționalei sau clasice instituții a conflictului de legi. Așa fiind, se credea că, prin reglementarea principiului țării de origine în conținutul Directivei Bolkestein, urmează să aibă loc înlocuirea punctelor de contact utilizate de principiul proximității. Tradiționala concepție din domeniul conflictului de legi este îmbibată de clamatele virtuți ale principiului proximității.

Înlocuitorul în discuție este punctul de contact denumit „țara de origine”³⁴. Acest punct de contact este utilizat, logic, de regula țării de origine sau de regula aplicării numai a legislației din țara de origine. Același non-tradițional punct de legătură i-a emoționat, poate negativ, pe conflictualiști. În lumina acestui posibil negativ fond emoțional, s-a considerat că sistemul tradițional al conflictului de legi putea fi înlocuit, cel puțin în Uniunea Europeană, cu un non-tradițional și *sui generis* sistem al conflictului de legi. Non-tradiția se întemeia pe regula sau principiul țării de origine. Întrucât acesta din urmă nu avea și nu are identitatea unei norme terțiare, curentul doctrinar tradițional considera că dispărea o „disciplină”³⁵ veche de secole. Conceptul de „normă terțiară” (normă de legătură sau normă de conflict, n.n.) este de esența rațiunii de a fi a instituției conflictului de legi. Or, dispariția „disciplinei”³⁶ în discuție dobânda substanță, întrucât (i) era incidentă înlocuirea conceptului de „normă terțiară” cu principiul țării de origine care facilita aplicarea numai a legislației din țara de origine, și (ii) acest din urmă principiu funcționa în cu totul alt registru decât registrul specific normei terțiare.

³³ Pentru evidențierea normelor terțiare bilaterale în cadrul Uniunii Europene, inclusiv pentru analiza bilateralizării normelor terțiare unilaterale, a se vedea J. Basedow, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 7, pp. 695-707. Unilateralismul și multilateralismul constituie versiuni ale așa-numitei „metode de selectare” a legii aplicabile. Pentru analiza metodelor de selectare a legii aplicabile de către glosatori și post-glosatori, a se vedea Giesela Rühl, *Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective*, în *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24(2006), nr. 3, p. 801 și 831.

³⁴ Cu privire la categoriile de conflicte dintre principiul țării de origine (*country of origin principle*) și sistemul tradițional de soluționare a conflictului de legi, a se vedea R. Michaels, *supra. cit.*, nota de subsol, nr. 16, pp. 195-242.

³⁵ Prin „conflict de legi”, înțelegem tehnica de soluționare propriu-zisă a oricărui conflict de legi. Am „privit” conflictul de legi ca tehnică în propria lucrare, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 15, p. 93-337.

³⁶ Am mai fost obișnuiți și încă mai suntem obișnuiți cu ideea potrivit căreia „disciplina” în discuție este complexă. Este calificată astfel, întrucât, în lumina noțiunii de „drept internațional privat”, se operează cu norme terțiare, norme de procedură, norme de drept substanțiale referitoare la recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești străine, norme de drept substanțial referitoare la cetățenie, imigrație. A se vedea M. Bogdan, M. Pertegás Sender, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 7, p. 2.-4. Manifest rezerve față de acest „renascentism” inspirator de superficialitate doctrinară. Recunosc, de altfel, stilul „A. Lainé” care, în mod paradoxal, nu poate fi subsumat superficialității în analiza conflictului de legi. Cu toate acestea, în Franța secolului al XIX-lea, profesorul Armand Lainé includea în definiția așa-numitului „drept internațional privat” instituțiile juridice pe care le preda în cadrul cursurilor sale. Înduioșătoare această metodă de conceptualizare științifico-didactică! Remarca sus-menționatul „renascentism” și reputatul profesor ieșean, A. Juvara, *Curs de drept internațional privat (Conflictele de legi)*, Tipografia și Legătoria Penitenciarului „Văcărești”, București, 1934, astfel citat în propria lucrare, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 14, pp. 52-54.

Cel puțin un autor³⁷ a susținut că etapa post-națională, astfel construită în Europa și de cvasi-federația Uniunea Europeană implică, se pare inevitabil, diluarea suveranității statelor membre ale acestei structuri. Acest aspect nu ar fi semnat faptul că, în Uniunea Europeană, instituția conflictului de legi ar fi dispărut prin reglementarea, în conținutul Directivei Bolkestein, a principiului țării de origine. Ar fi fost vorba despre primenirea instituției conflictului de legi. Primenirea era necesară în considerarea etapei post-naționale construite de Uniunea Europeană.

Instituția conflictului de legi, așa cum am aprofundat-o noi, la sfârșit de secol XX, resimțea acut și efervescent identitățile naționale ale statelor-națiune independente și emitente de legi care intrau în conflict. Or, astăzi, cel puțin la început de secol XXI, independența în discuție este acompaniată (iar nu înlocuită, n.n.) de inter-dependențe plurale și diverse. Toate aceste inter-dependențe constituie gemenii unei etape post-naționale, în care statele-națiune, cu identitate trans-națională dobândită sau conferită grație, respectiv din cauza interdependențelor, asistă la „aruncarea” în desuetudine a tradiționalei instituții a conflictului de legi. Post-naționalul, care nu exclude naționalul, implică, inevitabil, construcția unei instituții a conflictului de legi în intimitatea dreptului internațional însuși sau/și a dreptului federal sau cvasi-federal (ipoteza Uniunii Europene, n.n.). În această din urmă ipoteză, construcția instituției conflictului de legi se grezează pe mecanismul recurgerii la supremația pieței interne față de suveranitatea statele-națiune membre ale structurii cvasi-federale în discuție. Nu mai este niciun secret pentru nimeni faptul că piața internă a „înghițit” teritoriile statelor-națiune membre ale Uniunii Europene, pe de o parte, a restricționat suveranitatea respectivelor state-națiune, pe de altă parte.

Or, restricționarea suveranității teritoriale a statelor membre facilita re-conceptualizarea principiului țării de origine în „hainele” teoriei drepturilor câștigate. Mai franc spus: restricționarea în discuție constituia premisa revigorării teoriei drepturilor câștigate. De sorginte timpuriu-liberală (secolul al XIX-lea), această teorie nu mai avea niciun impediment pentru a se manifesta pe o piață internă trans-teritorială și trans-teritorializată. Impedimentul ar fi constat în manifestarea de către statele-națiune a suveranității „nelichide”, adică „solide” (ferme, n.n.). Coabitează puțin, chiar deloc, teoria drepturilor câștigate cu ideea de suveranitate „solidă” a statelor-națiune. Iată de ce natura „lichidă” a suveranității statelor-națiune membre ale Uniunii Europene facilitează repunerea în circulație a teoriei drepturilor câștigate! Iată de ce acest *sui generis* punct de legătură „țara de origine” facilitează, pe o piață internă care lichiefiază suveranitatea teritorială a statelor-națiune, re-conceptualizarea principiului țării de origine în intimitatea conceptuală a teoriei drepturilor câștigate.

Poate că și protestele zgomotoase din străzile Franței și Olandei au determinat Comisia Europeană să-și schimbe, cel puțin în ceea ce privește Directiva Bolkestein, optica legislativă. În concret, s-a optat pentru reformularea denumirii marginale și a conținutului art. 16 din viitoarea, acum actuala,

³⁷ A se vedea R. Michaels, *supra. cit.*, nota de subsol, nr. 16, pp. 195-242.

Directivă Bolkestein. Așa fiind, denumirea marginală în discuție a fost schimbată din „Principiul țării de origine”³⁸ în „Libertatea de prestare de servicii”. Formularea actuală a articolului 16(1) din Directiva Bolkestein este următoarea: „Statele membre respectă dreptul prestatorilor de servicii de a furniza servicii în alt stat membru decât în statul membru în care s-au îndeplinit formalitățile de înființare.” Textul legal tocmai citat ne relevă și revelează cel puțin un aspect. Prestarea ca atare de servicii de către instalatorul din Estul Global în Vestul Global nu mai aduce în atenția noastră chestiunea eventualei asemuiri a principiului țării de origine cu o normă terțiară, dacă poate fi efectuată această asemuire fie și în considerarea unei versiuni *sui generis* de normă terțiară. În orice caz, principiul țării de origine este asemuit așa-numitului corectiv ‘*escape clause*’ (în limba engleză), respectiv „*la clause d’exception*” (în limba franceză). Reținem că acest corectiv este utilizat în situații concrete, particulare, iar nu cu titlu de regulă terțiară de sine stătătoare³⁹.

Observăm că prestarea de servicii nu constituie sau nu mai constituie sau nu constituie exclusiv, cel puțin în Uniunea Europeană, o chestiune potențial-subsumabilă dezbaterilor doctrinare din domeniul conflictului de legi; constituie o chestiune cu adevărat inerentă libertății de circulație a serviciilor pe „teritoriul” acestei structuri cvasi-federale. Prin ideile care au inspirat formularea pre-citată, se poate susține că a fost translatată chestiunea în discuție, din planul instituției conflictului de legi - mai exact din planul aprigelor dezbateri referitoare la eventuala dispariție, în Uniunea Europeană, a instituției conflictului de legi - în cu totul alt plan. Este vorba despre planul libertăților fundamentale (între care și libertatea prestării de servicii, n.n.) proclamate de această entitate cvasi-federală⁴⁰.

³⁸ Există o inter-conectivitate între principiul țării de origine (*country of origin principle*) și principiul recunoașterii reciproce. Această interconectivitate a fost sugerată, fie și indirect, după cum urmează; așa-numitul „principiu al țării de origine”, astfel întemeiat pe controlul efectiv exercitat de legislația țării de origine, precum și recunoașterea de-a lungul Uniunii Europene a ceea ce respectiva legislație stabilește ca fiind licit și permis (acest din urmă aspect este, uneori, denumit ca fiind „principiul recunoașterii reciproce”), este definit în diverse moduri și implementat, în detaliu, în legislația secundară a Uniunii Europene (...). A se vedea M. Bogdan, M. Pertegás Sender, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 7, pp. 23-24. Cu toate acestea, cele două principii nu sunt perfect sinonimice, fie și numai pentru motivul că recunoașterea reciprocă conține, în chiar conținutul său, o premisă de comparabilitate care poate fi răsturnată de statul gazdă prin justificarea reglementării pentru îndeplinirea anumitor cerințe obligatorii. A se vedea J. Hojnik, *Country-of-Origin and Mutual Recognition Principles – Vehicles for Regulating Market in a Multi-Level-Governance System*, 2013, p. 5, disponibil la SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2237875>

³⁹ Pentru asemenea calificare, a se vedea M. Bogdan, M. Pertegás Sender, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 7, pp. 24-25. Mecanismul denumit „clauză de excepție” (*escape clause/la clause d’exception*) are misiunea de salvagardare a unuia din principiile care guvernează tradiționala concepție privind instituția conflictului de legi; în materia contractului, este vorba despre principiul legăturii celei mai strânse dintre legea aplicabilă contractului și contractul însuși. Pentru analiza, în lumina dreptului Uniunii Europene, a sus-menționatului sistem de salvagardare, a se vedea F. Ragno, *Certainty versus flexibility in the EU choice of law system*, în F. Ferrari, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 18, pp. 27-69.

⁴⁰ Nu are caracter de noutate acest subterfugiu utilizat în practica Uniunii Europene. Cu ocazia redactării textului Directivei Bolkestein, a fost utilizat subterfugiul în discuție în versiune legislativă. A mai fost utilizat același subterfugiu, însă în versiune jurisprudențială, în litigiul

Tratatul de la Amsterdam a aureolat inter-conectivitatea dintre planul libertăților fundamentale și planul conflictului de legi. A ajutat la perfectarea acestei inter-conectivități natura de drept public a instituției conflictului de legi; de altfel, aspectele referitoare la normele terțiare, aplicarea legii străine, retrimiteră, calificarea constituie veritabile ingrediente ale așa-numitei „Teorii a dreptului. Conflictul de legi”. În orice caz, prin efectul translatării, am intrat împreună cu instituția conflictului de legi în intimitatea principiului recunoașterii reciproce⁴¹. Art. 16 (1), în formularea actuală, din Directiva Bolkestein proclamă, într-adevăr și într-un areal concret (în arealul libertății prestării de servicii pe „teritoriul” Uniunii Europene, n.n.), principiul recunoașterii reciproce. Urmează să sesizăm și faptul că același instrument de drept cvasi-federal proclamă, indirect, dar neechivoc, curtoazia dintre statele-națiune membre ale Uniunii Europene. Odată cu această proclamare legislativă, noțiunea de „curtoazie” se îmbogățește cu o nouă identitate - identitatea de drept transnațional; acesta din urmă este exersat de Uniunea Europeană în versiune sub-regională.

3. Concepții cu privire la noțiunea de „curtoazie”. Curtoazia – concept de drept transnațional

Pentru Joseph Story, curtoazia constituie corolarul recunoașterii reciproce⁴². Așa fiind, se poate susține că versiunea finală și actuală a articolului 16(1) din Directiva Bolkestein constituie punerea în practică legislativ-cvasi-federală a conceptului de „curtoazie” de tip „Joseph Story”.

Instituția conflictului de legi este evaluabilă și ca un conflict între valorile emanate din sistemele de drept aflate pe planul competiției cunoscute sub denumirea de „competiție legislativă”⁴³. Dacă adoptăm această concepție, soluționarea propriu-zisă a conflictului de legi implică, poate inevitabil, recurgerea la noțiunea de „curtoazie”; am mai arătat, de asemenea la începutul articolului, că avem în vedere curtoazia *dintre* statele-națiune (aceasta este curtoazia *à la* Story). În acest

Centros soluționat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, denumită în continuare „CJUE”, în data de 9 martie 1999. În acest litigiu, CJUE nu a analizat regula incorporării companiilor sau regula sediului real al companiilor din perspectiva instituției conflictului de legi în materia dreptului societar, ci din perspectiva libertăților fundamentale marca „Uniunea Europeană”. Au fost avute în vedere articolele 43 și 48 din TFUE. Pentru analiza raportului dintre dreptul primar al Uniunii Europene și dreptul societar, a se vedea R. Michaels, *supra. cit.*, nota de subsol, nr. 16, p. 195-242.

⁴¹ În concret, este vorba despre principiul recunoașterii reciproce a prestării de servicii în cadrul Uniunii Europene.

⁴² Pentru evidențierea instituției conflictului de legi din perspectiva secolului al XIX-lea, a se vedea R. Michaels, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 18, pp. 148-177. Cu privire la sintagma „curtoazia națiunilor” (*comity of nations*) utilizată în 1834 de Joseph Story, a se vedea H. E. Yntema, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 4, pp. 297-317.

⁴³ Sunt lecturabile, măcar prospectiv, lucrarea *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, Martinus Nijhoff, Haga, 2013, astfel scrisă de L. Gannagé, precum și lucrarea *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)*. *Cours général de droit international privé*, Brill – Nijhoff, Haga, 2019, astfel scrisă de H. Muir Watt.

moment, ne preocupă mai puțin, chiar deloc, curtoazia judiciară, eventual pigmentată cu și de capricii, de tip „Dicey”.

Într-adevăr, noțiunea de „curtoazie” are identitatea de valoare și expresie a recunoașterii reciproce manifestate *între* statele-națiune (concepția „Story”). Aceeași noțiune mai are identitatea și de „drept internațional comun *al* națiunilor” manifestat în cadrul unei comunități legale a popoarelor (concepția „Savigny”)⁴⁴. Cel puțin în Uniunea Europeană, nu putem vorbi despre o comunitate legală *europeană*. Putem însă vorbi, cu adevărat, despre o comunitate legală, psihologică, sociologică, de ordin profesional⁴⁵ etc. *a Uniunii Europene*.

Prin valorificarea doctrinei pre-existente, am menționat deja faptul că Uniunea Europeană implică, prin integrare, popoarele statelor-națiune membre ale acestei structuri cvasi-federale, iar nu statele membre însele⁴⁶. Este deloc potrivită efectuarea unui raport de sinonimie juridică între comunitatea legală a Uniunii Europene și comunitatea legală europeană⁴⁷. Este la fel de nepotrivită și efectuarea unui raport de sinonimie juridică între instituția europeană a conflictului de legi și instituția conflictului de legi din Uniunea Europeană.

⁴⁴ Pentru analiza concepțiilor lui Joseph Story și Savigny referitoare la noțiunea de „curtoazie” (*comity*), a se vedea R. Michaels, *Public and Private International Law: German Views on Global Issues*, în *Journal of Private International Law*, nr. 4/2008, p.121-138.

⁴⁵ O parte a mediului academic din Uniunea Europeană a încercat să instituie ideea de patrimoniu comun al dreptului privat. S-a încercat, fără succes, acest lucru prin recurgerea la codificarea *sui generis* a așa-numitului „drept european al contractului”. A se vedea J. Basedow, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 7, p. 5, 28-30. Ideea unei prezumtive comuniuni de valori doctrinare și academice a energizat valorificarea similitudinilor esențiale, cel puțin din domeniul contractului, între legislațiile statelor-națiune din Europa (din Uniunea Europeană, n.n.). Cu privire la încercările, de altfel eșuate, de armonizare, prin așa-numitul „drept european al contractului”, a legislațiilor menționate, a se R. Goode, *International Restatements and National Law* și *Contract and Commercial Law. The Logic and Limits of Harmonization*, în R. Goode, *The Development of Transnational Commercial Law*, Oxford University Press, 2018, pp. 41-53 și pp. 55-67. În orice caz, așa-numitul proces de „europenizare”, pe cale academică, a dreptului contractului se află în intimitatea ideii de știință juridică transnațională. Pentru propagarea ideii de știință juridică transnațională, a se vedea, de exemplu, R. Michaels, N. Jansen, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization and Privatization*, în *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, nr. 4/2006, pp. 843-890. În domeniul conflictului de legi, s-a utilizat noțiunea de „transnațional” pentru desemnarea similitudinii esențiale dintre ipotezele care implică, logic, instituția conflictului de legi. A se vedea H. E. Yntema, *The Objectives of Private International Law*, în *The Canadian Bar Review*, vol. 35, nr. 6/1957, pp. 721-742. În domeniul arbitrajului internațional (arbitrajului care implică străini, n.n.), așa-numitul „sistem de arbitraj internațional” nu este a-național, ci *trans-național*, în sensul că respectivul sistem este expresia unei „convergențe” între legislațiile emise de statele-națiune; este vorba despre legislațiile statelor-națiune care reglementează permisiv procedura arbitrală ca modalitate de soluționare a litigiilor. A se vedea E. Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2010, p. 35, astfel citat și de G. Shaffer, T. Halliday, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 10, p. 993.

⁴⁶ A se vedea *supra. cit.*, nota de subsol nr. 28.

⁴⁷ În cadrul acestei comunități a Uniunii Europene, există un drept privat al Uniunii Europene, iar nu un drept privat european. Noțiunea de „drept privat european”, de altfel identificabilă în *ius commune* și în *lex mercatoria*, este distinctă de noțiunea de „drept privat al Uniunii Europene”. Pentru evidențierea acestei utile distincții, a se vedea J. Basedow, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 7, p. 5, 25-30.

Iată de ce considerăm că programele de educație juridică din Uniunea Europeană, care includ domeniul „Conflictul de legi”, dar care se referă numai la reglementarea primară și secundară a instituției conflictului de legi, induc în eroare, dat fiind că nu studiază instituția conflictului de legi în general⁴⁸, ci instituția conflictului de legi din Uniunea Europeană. Iar dacă, în cadrul acestei activități didactice, se studiază preponderent sau exclusiv legislația primară și secundară din domeniul conflictului de legi, nu se studiază deloc instituția conflictului de legi din Uniunea Europeană. Studiarea „europenei” instituții a conflictului de legi semnifică, potrivit concepției noastre, studiarea doctrinelor, sau în primul rând studiarea doctrinelor, care stau la baza respectivei instituții, dar și a legislației reglementatoare. Așadar, dacă reținem îndeplinirea condiției sus-menționate, nu este imprudent să susținem că, actualmente, se studiază, preponderent, în Uniunea Europeană, sau în unele state-națiune din Uniunea Europeană, o anumită legislație din această structură cvasi-federală; este vorba, logic, despre legislația referitoare la conflictul de legi. Or, studiarea instituției conflictului de legi nu trebuie redusă la studiarea legislației referitoare la însăși instituția în discuție. Această din urmă teză este proiectabilă și în considerarea „europeanului” conflict de legi.

Iată de ce am propus în România o teorie a conflictului de legi civile⁴⁹ funcționabilă detașat, dar implicat, față de ordinea juridică de tip cvasi-federal a Uniunii Europene⁵⁰. Însă conceptul de „conflict de legi” ființează și *dincolo de* Uniunea Europeană. În plus, aceeași teorie a conflictului de legi civile trebuie evaluată ca funcționând detașat, dar implicat, față de reglementările de drept pozitiv, oricare ar fi izvorul acestora: izvor național sau/și izvor cvasi-federal sau/și izvor internațional. Teoretizarea ca atare ne facilitează, nouă, doctrinarilor, inițierea demersului de emancipare față de eventuala „tiranie”. Avem în vedere „tirania” sugerată de ordinea de sistematizare a articolelor din textele de drept pozitiv. Această abordare nu semnifică nicidecum neglijarea textelor de drept pozitiv în discuție.

⁴⁸ Fără îndoială că studiarea instituției conflictului de legi în general nu poate face abstracție de ideile răspândite în Europa de glosatori, de exemplu de Bartolus. Ideile în discuție au fost ulterior „exportate”, cu nuanțe, în alte părți ale mapamondului. Însă aceasta nu înseamnă că trebuie operată sinonimia juridică între instituția conflictului de legi în general și instituția conflictului de legi din Europa. Pentru familiarizarea cu ideile lui Bartolus, a se vedea *Bartolus on the Conflict of Laws*, în traducerea efectuată de J. H. Beale, Harvard University Press, London: Humphrey Milford, Oxford University Press, 1914.

⁴⁹ A se vedea propria lucrare, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 15. Poate că ne-am hazardat să intitulăm propria lucrare „Teoria conflictului de legi civile”. În zilele noastre, domeniul de aplicare a instituției conflictului de legi a început să includă, sau a început să promită, includerea și a conflictului de legi ne-civile. A se vedea R. Michaels, *Towards a Private International Law for Regulatory Conflicts?*, în *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 59/2017, pp. 175-201.

⁵⁰ A se vedea propria lucrare, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 15. Am menționat deja, fie și implicit, dar nechivoc, faptul că este de evitat dobândirea statutului de profesor de legislație din domeniul conflictului de legi. Este recomandabilă dobândirea statutului de profesor de conflicte de legi. Această din urmă categorie de profesor este incompatibilă cu scrierea de texte doctrinare prin luarea în atenție a ordinii de înșiruire a articolelor din legislația fie națională, fie cvasi-federală, fie internațională.

3.1. Principiul recunoașterii reciproce ca vehicul al curtoaziei

În lumina concepțiilor evocate cu privire la curtoazie, ne pare că nu suntem, în etapa post-Savigny, în arealul concepției lui Savigny! Iată de ce Directiva Bolkestein ne-a conferit prilejul de a atrage atenția doctrinară asupra faptului că etapa post-Savigny semnifică înainte de Savigny. Aceeași etapă semnifică de-a dreptul, potrivit argumentului sus-menționat, reîntâlnirea cu ideile lui Joseph Story exprimate cu privire la noțiunea de „curtoazie”. Mai jos este expus un alt argument pentru care considerăm că și noi, cei din Uniunea Europeană, exersăm ne-savignian instituția conflictului de legi. Exersăm astfel instituția în discuție, în pofida demersurilor doctrinare de eventuală „globalizare” a lui Savigny⁵¹.

Conflictul de legi este, pentru Savigny, o instituție apolitică. Or, în etapa post-Savigny, aceeași instituție a devenit, cel puțin în Uniunea Europeană, o chestiune – eminamente, îmi pare – politică⁵² și instrumentalizată (poate excesiv de instrumentalizată, n.n.), respectiv centralizată⁵³. Pentru privatistul Savigny, dreptul privat, este adevărat dreptul privat din secolul al XIX-lea, rămânea drept ... privat (drept apolitic, n.n.). Faptul că, în cea de-a doua jumătate a secolului al XX-lea și la început de secol XXI, dreptul privat a împrumutat, la sugestia curentului doctrinar (neo)liberal-internaționalist⁵⁴, morganicitatea și vitalitatea

⁵¹ A se vedea R. Michaels, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 1, pp. 119-144.

⁵² Din acest punct de vedere, ne pare că abordarea Uniunii Europene cu privire la instituția conflictului de legi resimte, măcar parțial, influența doctrinarului nord-american Brainerd Currie. A se vedea B. Currie, *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, în *Duke Law Journal*, nr. 2/1959, pp. 171-181. Prin valorificarea scrierilor lui Brainerd Currie, menționează caracterul politic al instituției conflictului de legi și R. Michaels, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 18, pp. 148-177. A se vedea și R. Michaels, *Post-critical Private International Law. From Politics to Technique*, în H. Muir Watt, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, pp. 55-69.

⁵³ Pentru evidențierea caracterului centralizat al instituției conflictului de legi din Uniunea Europeană, a se vedea C. A. Whytock, *Conflict of laws, Global Governance and Transnational Legal Order*, în *UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law*, vol. 1/2016, pp. 117-140.

⁵⁴ Prin valorificarea doctrinei pre-existente, a fost menționată ascensiunea, după cel de-al Doilea Război Mondial, a două ideologii (ideologia liberal-internaționalistă și ideologia comunistă). A se vedea H. H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, în *The Yale Law Journal*, vol. 106, nr. 8/1997, p. 2599-2659. Potrivit acestui autor, „sfârșitul Războiului Rece a inițiat era dreptului global în care trăim acum”. Prin „acum”, se înțelege perioada începută în 1990 și finalizată, îmi pare, în 2020. De aceea, în perioada 1990-2020, au fost efervescente scrierile referitoare la conflictul de legi într-o lume globalizată. A se vedea E. Gottschalk, R. Michaels, G. Rühl, J. von Hein (eds.), *Conflicts of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press, 2007. Pentru perioada ulterioară anului 2020, doctrinarii trebuie să pregătească propria concepție referitoare la instituția conflictului de legi într-o lume de-globalizată. Va trebui să procedeze în acest sens, chiar dacă viețuiesc doctrinar - am în vedere pe doctrinarii din Uniunea Europeană - în arealul unei *sui generis* globalizări; este vorba despre globalizarea sub-regională practică de Uniunea Europeană. Deși exersată insolit (sub-regional, n.n.), globalizarea marca „Uniunea Europeană” implică ideea unei reglementări centralizate de sus în jos. Formularea „centralizarea de sus în jos” semnifică, în ipoteza Uniunii Europene, prioritatea de aplicare a dreptului cvasi-federal al Uniunii Europene față de legislațiile naționale. Prioritatea de aplicare în discuție a fost consacrată jurisprudențial de Curtea de Justiție a Uniunii Europene; a se vedea litigiul *Costa v. ENEL* soluționat în data de 15 iulie 1964, precum și

„publică” a dreptului public însuși, este o cu totul altă chestiune, ce implică o metamorfoză a identității doctrinare, prin interșanjabilitatea de identități⁵⁵. Mai suntem specialiști numai în dreptul public sau numai în dreptul privat, pe de o parte, numai în drept intern sau numai în drept internațional, pe de altă parte? Ne pare că am devenit, cu voia sau fără voia noastră, doctrinari aflați empiric și normativ la intersecția dintre dreptul public și dreptul privat, respectiv la intersecția dintre dreptul intern și dreptul internațional. Aceste intersecții constituie miezul dreptului transnațional, grație sau din cauza căruia suntem, cu toții, mai degrabă fără voia noastră, transnaționali. Mai suntem, cu toții, de asemenea poate fără voia noastră, doctrinari și practicieni⁵⁶ în domeniul dreptului transnațional însuși, pe de altă parte.

Digresivne succintă: cel puțin prin natura profund centralizată⁵⁷ a reglementării instituției conflictului de legi, Uniunea Europeană „provoacă” una din condițiile de existență conceptuală a respectivei instituții. Aceste condiții sunt (i) pluralitatea normelor de drept substanțial și (ii) descentralizarea reglementărilor privind conflictului de legi. Observăm că condiția subminată de Uniunea Europeană este cea care implică descentralizarea regimurilor normative referitoare la conflicte de legi⁵⁸. Se pare că centralizarea cvasi-federală, fie și

litigiul *Amministrazione delle Finanze v. Simmenthal* soluționat în data de 9 martie 1978, astfel menționate și de J. Basedow, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 7, pp. 175-176. În orice caz, reținem ideea potrivit căreia, pentru unii autori, „globalizarea sugerează ideea universalității și a reglementării centralizate de sus în jos”. A se vedea M. Shapiro, *The Globalization of Law*, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, nr. 1/1994, p. 37-64, astfel menționat și de R. Michaels, *State Law as a Transnational Legal Order*, în *UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law*, vol. 1/2016, pp. 141-160.

⁵⁵ În așa-numită „epocă a dreptului global”, dreptul privat a devenit politic, iar dreptul public a devenit a-politic, pe de o parte, dreptul intern a devenit idealist, iar dreptul internațional a devenit pragmatic, pe de altă parte? Iată niște întrebări care merită să fie explorate doctrinar în viitorul apropiat. În orice caz, ne putem întreba, fie și retoric: se va manifesta această eventuală interșanjabilitate de identități și în epoca dreptului post-global?

⁵⁶ Cunoaștem cu toții faptul că principiul teritorialității caracterizează legislațiile naționale de drept penal. Însă și domeniul dreptului penal este „curtat”, prin situații litigioase transnaționale, de metodologia denumită „drept transnațional”. Cu privire la dreptul penal transnațional, a se vedea G. Lhuilier, *Le droit transnational*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 183-241. Autorul menționat analizează ivirea ideii de răspundere penală transnațională în lumina bine-cunoscutului litigiu „*Doe c/Unocal și Total*”.

⁵⁷ În Uniunea Europeană, natura profund centralizată a reglementării privind conflictul de legi se menține chiar dacă statele membre mai au competență de reglementare a acestei instituții. Această natură nu este știrbită de faptul că anumite sub-domenii ale domeniului conflictului de legi (*exempli gratia*, sub-domeniul dreptului societar) nu constituie obiectul normelor terțiare instituite de dreptul cvasi-federal al Uniunii Europene. Pentru analiza normelor de conflict bilaterale, expresie a abordării privind certitudinea juridică, a se vedea J. Basedow, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 7, p. 695-722. Este de urmărit dacă, în domeniile conflictului de legi și al conflictului de jurisdicții, arealul juridic nord-american va fi influențat, în timp, de așa-numitul „model european” caracterizat, în dauna flexibilității, de certitudine. Pentru raportul dintre certitudine și flexibilitate în domeniile conflictului de legi și al conflictului de jurisdicții, a se vedea K. Roovevelt III, *Certainty versus flexibility in the conflict of laws* și L. J. Silberman, *Judicial jurisdiction and forum access: the search for predictable rules*, în F. Ferrari, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 18, pp. 6-26 și pp. 332-358.

⁵⁸ Pentru evaluarea pluralismului juridic, a se vedea P. S. Berman, *Understanding Global Legal*

parțială, a reglementărilor privind conflictul de legi priede din plin ideii de pluralism constituțional propagat de Uniunea Europeană însăși⁵⁹. În orice caz, pentru un alt autor⁶⁰, este important un alt aspect: indiferent de valorile care „populează” contemporana instituție a conflictului de legi, expresie a unui trans-naționalism reglementat, punerea în mișcare a instituției în discuție nu trebuie să conducă la rezultate incorecte⁶¹.

Toate cele menționate consolidează teza care a inspirat scrierea acestui articol: prin formularea actuală a articolului 16 alin. (1), Directiva Bolkestein a pus în practică, sub cupola principiului recunoașterii reciproce, noțiunea de „curtoazie” între statele membre ale Uniunii Europene. În cadrul acestei structuri cvasi-federale⁶², alinierea legislațiilor statelor membre se efectuează „pe verticală” și centralizat (prin regulamente, n.n.), respectiv „pe orizontală” și (aparent) des-centralizat (prin directive, n.n.). Alinierea în discuție se poate realiza pe aceeași piață internă și *dincolo de* regulamente, respectiv *dincolo de* directive. Vehiculul acestei alinieri este noțiunea de „curtoazie” care a fost „cuibărită” în art. 16 alin. (1) din Directiva Bolkestein; s-a considerat că, prin această noțiune, principiul recunoașterii reciproce constituie un adversar, paradoxal, prietenos cu mentalul tradițional în lumina căruia s-a manifestat instituția conflictului de legi.

3.2. Alinierea ordinilor juridice naționale prin curtoazie

În orice caz, noțiunea de „curtoazie” ca atare este evaluabilă ea însăși ca principiu al *alinierii* ordinilor juridice naționale⁶³. Noțiunea în discuție constituie,

Pluralism: From Local to Global, from Descriptive to Normative, în P. S. Berman (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, 2020, pp. 1-39.

⁵⁹ Pentru analiza triplei ipostaze (ipostază de drept comparat, internațional și transnațional, n.n.) a pluralismului juridic, a se vedea B. Z. Tamanaha, *A Reconstruction of Transnational Legal Pluralism and Law's Foundations*, în N. Krisch (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 14, pp. 449-477.

⁶⁰ A se vedea M. Reimann, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 18, p. 178-194. Acest autor consideră că, deși etapa post-savigny nu îl mai implică pe Savigny, aceeași etapă implică, paradoxal, măcar o idee propagată doctrinara de reputat autor german. A se vedea *infra.*, nota de subsol nr. 60.

⁶¹ Chiar dacă savigniana (clasică, n.n.) instituție a conflictului de legi a fost metamorfozată într-o instituție care pune în funcțiune ideea de trans-naționalitate (ultra, n.n.) reglementată, premisa instituției în discuție este aceeași: evitarea rezultatelor incorecte la care s-ar putea ajunge prin punerea în funcțiune a instituției deja menționate. Ideea de evitare a rezultatelor incorecte constituie premisa însăși a instituției conflictului de legi, astfel propagată chiar de Savigny. Așadar, etapa post-Savigny semnifică, cel puțin din perspectiva premisei de soluționare a oricărui conflict de legi, tot Savigny. A se vedea M. Reimann, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 18, pp. 178-194.

⁶² S-a sugerat deja faptul că Uniunea Europeană a inversat modelul confederal tradițional. În lumina acestui din urmă model, confederația clasică se concentrează asupra obiectivelor și competențelor din domeniul apărării și politicii externe. Uniunea Europeană se concentrează asupra obiectivelor și competențelor din domeniul pieței economice interne; îi lipsește, de exemplu, o armată comună. S-a mai sugerat, fie și indirect, faptul că se exersează ordinea politică neo-Westphaliană, iar nu post-Westphaliană. A se vedea A. Cuyvers, *The Confederal Coma-Back: Rediscovering The Confederal Form for a Transnational World*, în F. Snyder, Y. Lu (eds.), *The Future of Transnational Law/L'avenir du droit transnational. UE, USA, Chine et les BRICS/EU, USA, China and the BRICS*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 85-126.

⁶³ Într-un context identificabil *dincolo de* ordinea juridică cvasi-federală a Uniunii Europene, este sugerată această valență a noțiunii de „curtoazie” de către autorii Th. Schultz, Ni. Ridi, *How Comity*

chiar în accepțiunea avută în vedere de acest articol, și un concept de drept transnațional, pe de o parte, dobândește, și prin Directiva Bolkestein, identitatea unui concept de drept transnațional, pe de altă parte. Susținem acest lucru, întrucât alinierea ordinilor juridice din statele membre ale Uniunii Europene, astfel efectuată prin noțiunea de „curtoazie”⁶⁴, este familiară conceptului de „transnațional”. Am menționat deja⁶⁵ faptul că, în domeniile conflictului de legi și al arbitrajului internațional (procedură de arbitraj care implică autohtoni și străini în egală măsură, n.n.), noțiunea de „transnațional” implică (i) ideea de similitudine între ipotezele de conflicte de legi, și (ii) ideea de convergență între legislațiile statelor-națiune care sunt favorabile soluționării litigiilor prin procedura arbitrală.

Dacă suntem curioși și mergem la „rădăcina” lucrurilor, putem susține că Directiva Bolkestein reduce în memoria noastră una din manifestările destinului originar al așa-numitei „doctrină a curtoaziei” (*The Comity Doctrine*)⁶⁶. Avem în vedere manifestarea în lumina căreia doctrina evocată⁶⁷ constituie fundamentul instituției conflictului de legi, fundament care facilitează împlinirea menirii originare a instituției conflictului de legi. Menirea originară în discuție, a fost, cel puțin din perspectiva olandezilor secolului al XVII-lea emancipați de sub ocupația spaniolă, „să medieze între exigențele suveranității teritoriale și nevoile comerțului internațional” (comerțul care implica activități de afaceri derulate între olandezi și străini, n.n.). Concret: ideea de suveranitate teritorială l-a inspirat pe Grotius să formuleze în 1625 așa-numita „doctrină a suveranității”; aceasta din urmă este premisa fundamentatoare a sistemului modern de drept internațional⁶⁸.

Makes Transnationalism Work, în P. Zumbansen (ed.), *The Many Lives of Transnational Law. Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*, Cambridge University Press, 2020, p. 88-101. Aceiași autori analizează și manifestările acestui concept transnațional în spațiul normativ nord-american. A se vedea Th. Schultz, N. Ridî, *Comity: The American Development of a Transnational Concept*, în *Yearbook of Private International Law*, vol. 18/2017, pp. 211-244. Pentru evidențierea celebrei spețe *Hilton v. Guyot* (1895), „care a codificat doctrina curtoaziei internaționale ca pe o chestiune de drept federal în litigiile referitoare la recunoașterea și executarea silită a hotărârilor străine”, a se vedea D. E. Childress III, *Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws*, în *UC Davis Law Review*, vol. 44/2010, pp. 11-79.

⁶⁴ Reamintim faptul că, potrivit concepției lui Joseph Story, principiul recunoașterii reciproce se grefează pe noțiunea de „curtoazie”. A se vedea *supra.*, nota de subsol nr. 41.

⁶⁵ A se vedea *supra.*, nota de subsol nr. 44.

⁶⁶ Pentru o judicioasă analiză, a se vedea H.I.E. Yntema, *The Comity Doctrine*, în *Michigan Law Review*, vol. 65, nr. 1/1966, pp. 9-32.

⁶⁷ În secolul al XVII-lea, profesorul „olandez” (descendent dintr-o familie elvețiană, a se vedea *infra.*, nota de subsol nr. 69) de drept public Ulrich Huber considera că doctrina curtoaziei (*the comity doctrine*) constituie fundamentul instituției conflictului de legi; instituția în discuție constituia, pentru profesorul Huber, o componentă a dreptului public. Pentru evidențierea concepțiilor acestui profesor, a se vedea și J. R. Paul, *Comity in International Law*, în *Harvard International Law Journal*, vol. 32, nr. 1, 1991, p. 1-79, respectiv *The Transformation of International Comity*, în *Law and Contemporary Problems*, vol. 71/2008, pp. 19-38.

⁶⁸ Doctrina suveranității teritoriale este una din doctrinele care au fundamentat, de-a lungul secolelor, instituția conflictului de legi. De exemplu, anterior doctrinei suveranității teritoriale instituite în secolul al XVII-lea, a funcționat, timp de cinci secole, doctrina interpretării statutelor (legilor locale speciale, n.n.) emise de municipalitățile autonome din cadrul structurilor de

Reamintesc faptul că, după acest moment, așa-numita „lege a națiunilor” nu a mai fost considerată o componentă a dreptului natural. În lumina preludiului ideologic al pozitivismului care s-a imersat în porii dreptului internațional, legea națiunilor a devenit o componentă a dreptului internațional pozitivist întemeiat pe voința statelor-națiune⁶⁹.

Aceeași idee de suveranitate teritorială l-a animat pe profesorul „olandez”⁷⁰ de drept public Ulrich Huber să formuleze cele trei maxime devenite celebre. Care sunt aceste trei maxime? În prealabil, reținem: (i) Ulrich Huber rezona cu ideile lui Grotius, în sensul că legea națiunilor nu era o chestiune subsumabilă dreptului natural, ci constituia o chestiune de voință și practică a statelor (a viitoarelor state-națiune, n.n.)⁷¹; (ii) primul care a enunțat doctrina curtoaziei (*comity doctrine*), însă fără a proceda la dezvoltarea ideilor care o învăluie, a fost Paul Voet⁷²; și (iii) în lumea întreagă, cursul introductiv de *Conflicte de legi* ar trebui să înceapă, atât timp cât există state-națiune independente, fie și ancorate în structura cvasi-federală a Uniunii Europene, cu enunțarea maximelor profesorului de drept public Ulrich Huber⁷³.

organizare feudală. Pentru evidențierea acestor doctrine, dar și a doctrinelor fie a autonomiei de voință, fie a pozitivismului eclectic, care au inspirat fundamentator instituția conflictului de legi, a se vedea H. E. Yntema, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 4, p. 297-317.

⁶⁹ Pentru analiza istoriei „private” a dreptului internațional, a se vedea A. Mills, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 3, pp. 1-50. Același autor ne reamintește, *via* efectuării analizei concepțiilor lui Grotius, faptul că distincția dintre afacerile interne și afacerile externe ale statelor-națiune se regăsește în conținutul articolului 2 alin. (7) din Carta Națiunilor Unite. De asemenea, același autor ne reamintește și faptul că pozitivistul J. Bentham este genitorul noțiunii „drept internațional”; această din urmă noțiune a înlocuit, până în zilele noastre, noțiunea „legea națiunilor”. A se vedea *infra.*, nota de subsol nr. 21. Se pare că, între timp, dreptul internațional ca atare a fost înlocuit de dreptul transnațional, iar acesta din urmă a fost înlocuit de ordinile juridice transnaționale. A se vedea, de exemplu, G. Shaffer, C. Coye, *From International Law to Jessup's Transnational Law, from Transnational Law to Transnational Legal Orders*, în P. Zumbansen (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 62, pp. 126-152.

⁷⁰ Ulrich Huber este cunoscut ca fiind un jurist al Olandei secolului al XVII-lea. Reținem însă că reputatul profesor descindea dintr-o familie elvețiană. Cu privire la descendența elvețiană a profesorului Ulrich Huber, a se vedea E. G. Lorenzen, *Huber's De Conflictu Legum*, inclusiv *Appendix*, în *Illinois Law Review*, volumul 13/1918-1919, pp. 374-401 și pp. 401-418.

⁷¹ A se vedea A. Mills, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 3, p. 1-50.

⁷² În lumina școlii olandeze privind conflictul de legi, „efectele extrateritoriale ale legilor au ca fundament numai curtoazia”. A se vedea E. G. Lorenzen, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 69, pp. 374-401. Acest din urmă autor mai susține: „atât timp cât există state independente, nu va exista nicio dată un sistem uniform privind conflictul de legi”. Iată de ce, remarcă același autor, axiomele lui Huber sunt valabile „până în momentul în care suveranitatea completă a statelor va dispărea (...)”.

⁷³ În propria lucrare, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 15, p. 47, am sugerat, în sensul că orice curs de drept internațional ar trebui să înceapă cu formulările: „Sistemul de drept internațional este unul singur” și „Mai multe sisteme de drept internațional nu există”. Rostirea acestor formulări ar trebui să fie acompaniată de enunțarea ideii de „fărămițare” a dreptului internațional, respectiv de așa-numită „decolonizare” a dreptului internațional (efectul Mestizo). Cu privire la dreptul internațional „Mestizo”, a se vedea, de exemplu, F. Antunes, M. da Silva, *Whose oil is it, anyway? Petrobras, Mestizo trajectories and the politics of international adjudication* și F. C. Morosini, M. S. Badin, *Petrobras in Bolivia: Is there a rule of law in the 'primitive' world?*, în H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK) - Northampton, MA (USA), 2019, pp.

Cele trei maxime⁷⁴ sunt următoarele: (a) legile unui stat se aplică pe teritoriul acestuia și sunt obligatorii pentru toți cei aflați pe respectivul teritoriu, (b) legile unui stat se aplică și străinilor aflați temporar pe teritoriul respectivului stat⁷⁵, și (c) suveranii (statele-națiune, n.n.) vor recurge la curtoazie⁷⁶ pentru a conferi, pe propriile teritorii sau pe propriul sol eficacitate (recunoaștere, n.n.) prerogativelor legislative ale altor suverani, atât timp cât propriile prerogative, propriile reglementări și proprii cetățeni nu sunt prejudiciate/prejudiciați prin mecanismul recunoașterii însăși.

4. Concluzii

Așadar, „principiul curtoaziei (*the principle of comity*) semnifică faptul că statele-națiune suverane recunosc drepturile străine (drepturile conferite de legislații străine, n.n.) în litigiile soluționate de propriile instanțe de judecată ca urmare a respectului reciproc datorat suveranității străine⁷⁷. Iată de ce instituția conflictului de legi nu derivă din dreptul privat. Așa cum a remarcat și Hessel E. Yntema, instituția conflictului de legi derivă din nevoile și consimțământul tacit al națiunilor⁷⁸. Poate și sub impulsul acestei idei, am propus ca teoria conflictului de legi, fie și civile, să intre în aria de competență profesională a unui specialist în drept public. Specialiștilor în dreptul privat le revine misiunea de a trata aspectele operative ale conflictului de legi (*exempli gratia*, aspectele operative referitoare la conflictul de legi din domeniul contractelor, sau din domeniul delictelor, sau din domeniul persoanelor fizice, respectiv juridice, sau din domeniul bunurilor etc.)⁷⁹.

În orice caz, Directiva Bolkestein ne atenționează, discret, dar cert, că instituția conflictului de legi își regăsește – oare l-a pierdut vreodată? – fundamentul: curtoazia. Îl regăsește fie și surâzând în energia normativă a principiului recunoașterii reciproce. Emană această energie chiar articolul 16(1) din respectivul instrument de drept cvasi-federal.

371-380 și pp. 381-391. Între timp, a fost demarat și demersul care pune în mișcare „decolonizarea” instituției conflictului de legi. Însă acest din urmă demers poate constitui obiectul și subiectul unor analize doctrinare viitoare.

⁷⁴ Orice scriere privind conflictul de legi este „condamnată” să facă referire la maximele lui Huber. Au ispășit „condamnarea” o serie de redevabili autori din domeniul conflictului de legi. A se vedea, *exempli gratia*, E. G. Lorenzen, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 69, pp. 374-401, H. E. Yntema, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 4, pp. 297-317, A. Mills, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 3, pp. 1-50.

⁷⁵ Pentru un autor, primele două maxime aduc aminte de statutele teritoriale. A se vedea A. Mills, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 3, p. 1-50. Pentru alt autor, primele două maxime prefăteză sau anunță doctrina potrivit căreia toate legile sunt teritoriale. A se vedea E. G. Lorenzen, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 69, pp. 374-401.

⁷⁶ Curtoazia (*comity*) nu constituie o valoare universală a instituției conflictului de legi. Huber a utilizat curtoazia (*comity*) ca tehnică. Susține acest lucru R. Michaels, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 18, pp. 148-177.

⁷⁷ Formularea îi aparține lui J. R. Paul, *The Isolation of Private International Law*, în *Wisconsin International Law Journal*, vol. 7, nr. 1/1988, pp. 149-178.

⁷⁸ A se vedea H. E. Yntema, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 4, p. 297-317.

⁷⁹ A se vedea propriul articol *Conștientizarea dreptului transnațional în acțiune*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Jurisprudența* nr. 3/2021, p. 98-132.

Referințe

- Abou-Nigm V.R., Taquela M.B.N. (eds.), *Diversity and Intergration in Private International Law*, Edinburgh University Press, 2019.
- Basedow J., *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, Cambridge – Antwerp-Chicago, 2021.
- Beale H., *Bartolus on the Conflict of Laws* (traducere), Harvard University Press, London: Humphrey Milford, Oxford University Press, 1914.
- Berman P.S. (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, 2020.
- Berman H.J., *World Law*, în *Fordham International Law Journal*, vol. 18, nr. 5/1994, pp. 1617-1622.
- Bobei R. B., *Spații transnaționale trecute și prezente*, în *Dreptul*, nr. 3/2022, pp. 27-48.
- Bobei R.B., *No More Social Distance between International Law and Conflict of Laws*, în *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020/2021, pp. 35-63.
- Bobei R.B., *Dreptul transnațional și comerțul: posibilă introducere*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 1/2021, p. 71-99.
- Bobei R.B., *Conștientizarea dreptului transnațional în acțiune*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Jurisprudenția*, nr. 3/2021, pp. 98-132. DOI: 10.24193/subbiur.66(2021).3.4.
- Bobei R.B., *Teoria conflictului de legi civile*, Editura Universul Juridic, 2020, București.
- Bobei R.B., *Abordare preliminară asupra înțelesuri ale noțiunii de „drept transnațional”*, în *Revista Română de Drept Internațional*, nr. 23/2020, pp. 7-45.
- Bobei R.B., *Curs de drept internațional cu privire numai asupra comerțului*, Editura C.H. Beck, București, 2019.
- Bogdan M., Sender M.P., *Concise Introduction to EU Private International Law*, ed. a IV-a, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2019.
- Childress III, D.E., Ramsey M.D., Whytock C.A., *Transnational Law and Practice*, ed. a II-a, Wolters Kluwer, New York, 2021.
- Childress III, D.E., *Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws*, în *UC Davis Law Review*, vol. 44/2010, pp. 11-79.
- Cuniberti G., *Conflict of Laws. A Comparative Approach. Text and Cases*, Edward Elgar, Cheltenham (UK)-Northampton, MA (USA), 2022.
- Currie B., *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, în *Duke Law Journal*, nr. 2/1959, pp. 171-181.
- Ferrari F., Arroyo D.P.F. (eds.), *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, Elgar Monographs in Private International Law, Cheltenham (UK)- Northampton (MA, USA), 2019.
- Gaillard E., *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2010.
- Gannagé L., *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, Martinus Nijhoff, Haga, 2013.
- Goode R., *The Development of Transnational Commercial Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Gottschalk E., Michaels R., Rühl G., von Hein J. (eds.), *Conflicts of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press, 2007.
- Hojnik J., *Country-of-Origin and Mutual Recognition Principles – Vehicles for Regulating Market in a Multi-Level-Governance System*, 2013, DOI:10.2139/ssrn.2237875
- Jessup Ph. C., *Drept transnațional* (traducere efectuată de Bobei R.B.), Editura Universul Juridic, București, 2020.

- Juvara A., *Curs de drept internațional privat (Conflictele de legi)*, Tipografia și Legătoria Penitenciarului „Văcărești”, București, 1934.
- Koh H.H., *Why Do Nations Obey International Law?*, în *The Yale Law Journal*, vol. 106, nr. 8/1997, pp. 2599-2659.
- Koskenniemi M., *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, documentul nr. A/CN.4/L.682.
- Krisch N. (ed.), *Entangled Legalities beyond the State*, Cambridge University Press, Global Law Series, Cambridge, 2022.
- Lorenzen E.G., *Huber's De Conflictu Legum*, inclusiv *Appendix*, în *Illinois Law Review*, volumul 13/1919, pp. 374-418.
- Lhuilier G., *Le droit transnational*, Dalloz, Paris, 2016.
- Michaels R., *EU Law as Private International Law? Reconceptualizing the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory*, în *Journal of Private International Law*, vol. 2, nr. 2/2006, pp. 195-242, DOI: 10.1080/17536235.2006.11424307.
- Michaels R., *Public and Private International Law: German Views on Global Issues*, în *Journal of Private International Law*, nr. 4/2008, pp. 121-138, DOI: 10.1080/17536235.2008.11424336.
- Michaels R., Jansen N., *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization and Privatization*, în *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, nr. 4/2006.
- Michaels R., *State Law as a Transnational Legal Order*, în *UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law*, vol. 1/2016, pp. 141-160.
- Michaels R., *Towards a Private International Law for Regulatory Conflicts?*, în *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 59/2017, pp. 175-201.
- Mills A., *The Private History of International Law*, în *Journal of International and Comparative Law*, vol. 55/2006, pp. 1-50, DOI: 10.1093/iclq/lei066.
- Nafziger J.A.R., Symeonides S. (eds.), *Law and Justice in a Multistate World. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*, Ardsley New York, Transnational Publishers, 2002.
- Paul J.R., *The Transformation of International Comity*, în *Law and Contemporary Problems*, vol. 71/2008, pp. 19-38.
- Paul J.R., *Comity in International Law*, în *Harvard International Law Journal*, vol. 32, nr. 1/1998, pp. 1-79.
- Paul J.R., *The Isolation of Private International Law*, în *Wisconsin International Law Journal*, vol. 7, nr. 1/1988, pp. 149-178.
- Rabel E., *The Conflict of Laws: A Comparative Study. Volume One. Introduction: Family Law*, Chicago, Callaghan & Company, 1945.
- Radu I., „*Dreptul internațional privat transitoriu. Principiul actualității normelor de conflict*”, Editura Universității „Regele Ferdinand I” din Cluj-Sibiu, 1943.
- Rasmussen-Bonne H.-E., Freer R., Luke W., Weitnauer W. (eds.), *Balancing of Interests: Liber Amicorum Peter Hay zum 70.Geburtstag*, Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main, 2005.
- Reimann M., *From the Law of Nations to Transnational Law: Why We Need a New Basic Course for the International Curriculum*, în *Pennsylvania State International Law Review*, vol. 22, nr. 3/2004, pp. 397-415.
- Rühl G., *Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective*, în *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, nr. 3/2004, pp. 801-831, DOI: 10.15779/Z38J35R.
- Schultz Th., Ridi, N., *Comity: The American Development of a Transnational Concept*, în *Yearbook of Private International Law*, vol. 18/2016/2017, pp. 211-244.

- Shapiro M., *The Globalization of Law*, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, nr. 1/1994, pp. 37-64.
- Snyder F., Lu Y.(eds.), *The Future of Transnational Law/L'avenir du droit transnational. UE, USA, Chine et les BRICS/EU, USA, China and the BRICS*, Bruylant, Bruxelles, 2015.
- Stolleis M., Streeck W. (eds.), *Aktuelle Fragen zu politischer und rechtlicher Steuerung im Kontext der Globalisierung*, Nomos, 2007.
- Teubner G., *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism in Globalization*(traducere efectuată de Norbury G.), Oxford University Press, 2012.
- Yntema H.E., *The Historic Bases of Private International Law*, în *The American Journal of Comparative Law*, vol. 2, nr. 3/1953, pp. 297-317.
- Yntema H.E., *The Objectives of Private International Law*, în *The Canadian Bar Review*, vol. 35, nr. 6/1957, pp. 721-742.
- Yntema H.E., *The Comity Doctrine*, în *Michigan Law Review*, vol. 65, nr. 1/1966, pp. 9-32.
- Vagts D.F., Dodge W.S., Buxbaum H.L., Koh H.H, *Transnational Business Problems*, ed. a VI-a, West Academic, 2019.
- Walzer M., *Liberalism and the Art of Separation*, în *Political Theory*, vol. 2, nr. 3/1984.
- Watt H.M., *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité). Cours général de drpot international privé*, Brill – Nijhoff, Haga, 2019.
- Watt H.M., Arroyo D.P.F. (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014.
- Whytock C.A., *Conflict of laws, Global Governance and Transnational Legal Order*, în UC Irvine Journal of International, în *Transnational and Comparative Law*, vol. 1/2016, pp. 117-140.
- Zumbansen P. (ed.), *The Many Lives of Transnational Law. Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- Zumbansen P. (ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

Desenele și modelele într-un cadru ulisean

Designs in a Ulisean setting

Nicoleta Rodica Dominte¹

Rezumat: În sfera dreptului proprietății intelectuale, plurivalența protecției juridice a desenelor și modelelor developează un parcurs unic, care adună într-un buchet creativ variate valențe juridice: desen sau model, operă de artă aplicată, marcă tridimensională și, excepțional, brevet de invenție. Odiseea desenelor și modelelor s-a conturat preponderent dinspre țărnul originalității înspre cel al noutății și caracterului individual, fără a abandona dubla natură juridică. Intriga legală și jurisprudențială a fațetelor estetice și industriale ale acestui obiect, îl conduc pe autor, dar și pe viitorul titular, înspre un convergent cumul de protecție ori înspre un divergent creativ. Cadruul juridic al călătoriei se decupează în limitele derulării unei proceduri de înregistrare sau în absența ei.

Cuvinte cheie: desen și model, operă de artă aplicată, originalitate, cumul, estetic.

Abstract: In the sphere of intellectual property law, the plurivalence of the legal protection of designs develops a unique path, which gathers in a creative bouquet various legal values: design, work of applied art, three-dimensional trademark and, exceptionally, patent. The odyssey of designs took shape predominantly from the shore of originality towards that of novelty and individual character, without abandoning the dual legal nature. The intrigue of legal and jurisprudential elements of the aesthetic and industrial facets of this object, lead the author, but also the future holder, either towards a convergent cumulus of protection or towards a divergent creative one. The legal framework of the trip is defined within the limits of a registration procedure or in its absence.

Key words: design, work of applied art, originality, cumulative, esthetic.

1. Introducere

În cele de urmează încercăm să descifrăm partitura mozaică a desenelor și modelelor prin prisma cadrului ulisean în tiparul căruia decupăm două episoade: calul troian și rătăcirile sau căile reprezentative ale desenelor și modelelor în spațiul dreptului proprietății industriale. Dubla natură juridică a desenelor și modelelor conturează cadrul ulisean în care au navigat, ajungând în

¹ Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” Iași, e-mail: nicoleta.dominte@uaic.ro.

final să fie încadrate atât în sfera operelor de artă aplicată, cât și a creațiilor industriale. Spre deosebire de arta pură care este unică și irepetabilă, elementele estetice ale desenelor și modelelor pot să fie reproduse pe cale industrială sau artizanală.

2. Episodul Calului Troian de origine britanică

Povestea antică relatează faptul că eroul Ulyse este autorul ideii arhitecturale a unui uriaș cal de lemn ce simbolizează metafora deghizării utilizată în scopul pătrunderii pe un teritoriu interzis, deoarece cu ajutorul calului troian grecii au reușit să răzbată în interiorul cetății Troia.

În siajul metaforic al poveștii, cu ocazia organizării în Regatul Unit, a primei expoziții internaționale oficiale, denumită „The Great Exhibition of the Works of Industry of all Nations”² în anul 1851, sir Henry Cole configurează expresiile „art of applied to industry”³ și „Art Manufactures”⁴. Mai ales, prima expresie schițează calul troian cu ajutorul căruia arta a pătruns pe tărâmul industriei. În prezent, această expresie se regăsește transpusă în textul art. 2 alin. 1 din Convenția de la Berna pentru protecția operelor literare și artistice, dar și în textul legislațiilor din domeniul dreptului de autor, de exemplu în Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, în art. 7 lit. g) se enumeră printre obiectele ce pot beneficia de protecția dreptului de autor și operele de artă aplicată produsele destinate unei utilizări practice.

În contextul desenelor și modelelor, vom axa analiza pe rădăcinile britanice începând cu expresia „industrial design” (tradusă „design industrial”), ce cuprinde în străfundurile sale lexicale și juridice simbolul calului troian. În Enciclopedia Britannica⁵, sensul expresiei este conturat prin prisma autorului, denumit în limba engleză „industrial designer”, care este întruchipat fie de un arhitect, fie de un profesionist în arte vizuale sau altfel spus de un creator a cărui principală responsabilitate este de a realiza produse manufacturate folositoare, ce au o dimensiune estetică vizuală.

Această nouă dimensiune estetică a produselor utilitare – marcată prin substantivul „design” – a început să se dezvolte în a doua jumătate a secolului al XIX-lea în Regatul Unit prin intermediul mișcării *Art and Crafts movement*⁶. Începând cu secolul al XVIII-lea, revoluția industrială a banalizat produsele folositoare prin fabricarea lor în serie, într-un volum mare de producție. În contrapondere, în anul 1849 sir Henry Cole împreună cu pictorul Richard Redgrave au înființat revista *The Journal of Design and Manufacture* cu scopul de a promova un stil unic și insular de creație⁷. În anul 1861, poetul britanic, William Morris, a înființat o companie de design interior încercând să personalizeze în

² <https://www.bie-paris.org/site/en/1851-london>

³ <https://www.britannica.com/biography/Henry-Cole>

⁴ C. Pettitt, *Patent Inventions. Intellectual Property and the Victorian Novel*, Editura Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 86.

⁵ <https://www.britannica.com/topic/industrial-design>

⁶ <https://www.britannica.com/art/Arts-and-Crafts-movement>

⁷ <https://www.britannica.com/biography/Henry-Cole>

spiritul artizanilor medievali produse fabricate pe cale industrială, precum piese de mobilier, textile, tapet, obiecte fabricate din sticlă, etc. Reiese astfel că estetica, în format vizual, este aplicată produselor manufacturate.

Conotațiile substantivul „design”⁸ indică aspectul exterior estetic plăcut al unui lucru, iar atributul adjectival „industrial” expune clar și obiectiv încadrarea designului în domeniul produselor fabricate pe cale industrială. Expresia devoalează și redă fidel faptul că arta a pătruns pe tărâmul industriei. Astfel, desenul artistic s-a transformat într-un desen industrial sau artizanal aplicat produselor manufacturate. Aculturarea fenomenului pe tărâm francez a avut ca efect conturarea teoriei unității artei, ce a sintetizat - în cheie juridică- sistemul cumulului total și imposibilitatea trasării unei linii de demarcație între artă și industrie, între desen industrial și desen artistic⁹. Rezultă că designul industrial, în varianta desenelor și modelelor, poate cumula două forme de protecție juridică prin prisma dreptului de autor și a dreptului proprietății industriale. Punctul lexical, dar și juridic, de convergență al celor două domenii atât de diferite este designul – substantivul care denominează desenele și modelele.

Și totuși, Oscar Wilde ne surprinde prin cuvintele sale care devoalează distincția dintre desen artistic și desen artizanal: „*A work of art is the unique result of a unique temperament...the moment that an artist takes notice of what other people want, and tries to supply the demand, he ceases to be an artist, and becomes a dull or an amusing craftsman, an honest or a dishonest tradesman*”¹⁰. În sens juridic, Oscar Wilde distinge între desenul artistic – unic prin libertatea expresiei creative a autorului și desenul industrial – a cărui esență artistică este încătușată în ecuația comercială a cererii și ofertei. Fără să conștientizeze, scriitorul a decupat scopul celor două forme de protecție, evocat jurisprudențial peste ani în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), în cauza *Confemel*¹¹: 1. dreptul de autor protejează opere unice create de un artist și 2. desenele și modelele (designul industrial) protejează obiecte folositoare cu o dimensiune vizual-estetică fabricate în serie de un artizan. Noțiunea de artist nu este sinonimă cu cea de artizan.

⁸ <https://dexonline.ro/definitie/design>

⁹ F. Greffe, P.-B. Greffe, *Traité des dessins et des modèles*, 8^e éd., Litec, Paris, 2008, p. 51.

¹⁰ O. Wilde, *Only Dull People Are Brilliant at Breakfast*, Editura Penguin Books, United Kingdom, 2016, p. 18.

¹¹ CJUE, Cauza C-683/17, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA v. G-Star Raw CV*, Hotărârea Curții (Camera a treia) din 12 septembrie 2019, paragraful 50: „În această privință, trebuie să se precizeze de la bun început că protecția desenelor și modelelor industriale, pe de o parte, și protecția oferită de dreptul de autor, pe de altă parte, urmăresc obiective fundamentale diferite și sunt supuse unor regimuri distincte. Astfel, așa cum a arătat în esență domnul avocat general la punctele 51 și 55 din concluzii, protecția desenelor și modelelor industriale urmărește să protejeze obiecte care, deși sunt noi și individualizate, prezintă un caracter utilitar și au vocație să fie produse în masă. În plus, această protecție este menită să se aplice pe o durată limitată, dar suficientă pentru a permite rentabilizarea investițiilor necesare pentru crearea și producerea acestor obiecte, fără a îngreuna însă în mod excesiv concurența. La rândul său, protecția oferită de dreptul de autor, a cărei durată este semnificativ mai mare, este rezervată obiectelor care merită să fie calificate drept opere.”

Dintr-o altă perspectivă, subliniem faptul că desenul industrial nu există în absența unei dimensiuni artistice, chiar dacă aceasta nu este egală cu cea din sfera dreptului de autor. Disjuncția este conturată în cauza *Confemel*, în care s-a statuat: „articolul 2 litera (a) din Directiva 2001/29 trebuie interpretat în sensul că se opune ca o reglementare națională să confere o protecție, în temeiul dreptului de autor, unor modele industriale precum modelele de articole de îmbrăcăminte în discuție în litigiul principal, pentru motivul că, dincolo de scopul utilitar pe care îl urmăresc, acestea generează un efect vizual propriu și distinctiv din punct de vedere estetic.”¹² *Per a contrario*, nu este negat cumulul de protecție cu domeniul dreptului de autor, atunci când gradul de originalitate al designului industrial întrunește conotațiile dreptului de autor: libertatea de alegere și amprenta personalității autorului.

În consecință, arta vizuală a îmbrăcat haina atributului „industrial” și a pătruns, asemeni calului troian, pe un teritoriu prohibit ignorând cartografierea juridică a dreptului proprietății intelectuale în cele două mari domenii: dreptul de autor și dreptul proprietății industriale.

3. Episodul Rătăcirilor

Eroul Ulyse a plecat din Ithaca în războiul de cucerire a cetății Troia și a revenit după o lungă călătorie plină de aventuri în patria sa Ithaca (o altă Ithaca). În această paradigmă, arta aplicată obiectelor fabricate pe cale industrială are ca punct de plecare Ithaca dreptului de autor (de care nu s-a desprins complet după cum relevă art. 2 alin. 1 din Convenția de la Berna privind operele literare și artistice) și ca punct de sosire o nouă Ithaca, pe tărâmul proprietății industriale, a desenelor și modelelor. Odiseea desenelor și modelelor s-a conturat preponderent dinspre țărâmul originalității înspre cel al noutății și caracterului individual, fără a abandona dubla natură juridică. Deși proprietatea industrială nu conlucrează cu noțiunea originalității, jurisprudența franceză¹³ – de exemplu, Curtea de Apel din Paris, în a doua jumătate a secolului al XX-lea, a statuat că desenul și modelul reprezintă un act de creație, astfel încât noutatea trebuie să fie originală prin aceea că autorul conferă elemente personalizate modelului sau desenului industrial. Condiția noutății presupune îndeplinirea a două elemente: noutatea obiectivă și actul de creație.

Și de aici încep peripețiile, deoarece perimetrul certitudinii juridice cartografiat prin originalitate este reconfigurat; mai mult, originalitatea se traduce jurisprudențial în combinația originală a unor elemente cunoscute. Constatăm astfel că originalitatea se reflectă asupra îmbinării inedite a elementelor designului industrial în tiparul noutății obiective, astfel încât să nu existe pe piață un produs omolog. Deși poate părea un nonsens asocierea noutății obiective cu originalitatea se dovedește relevantă în sfera desenelor și modelelor, în contextul în care noutatea nu este absolută. La nivel european, sub umbrela

¹² CJUE, Cauza C-683/17, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA v. G-Star Raw CV*, Hotărârea Curții (Camera a treia) din 12 septembrie 2019, paragraful 56.

¹³ F. Greffe, P.-B. Greffe, *op. cit.*, pp. 103-107.

conceptului de „legal certainty“ se configurează faptul că fragmentarea caracteristicilor estetice vizuale și protejarea lor parțială nu este de dorit, deoarece ar fi greu de determinat ce component are sau nu protecție juridică¹⁴.

Pe de altă parte, desenele și modelele se pot rătăci frecvent, în arealul semnelor distinctive, în două ramificații: 1. desenul și marca sub formă de pattern și 2. modelul și marca tridimensională.

Prima variantă, ilustrează faptul că se poate încerca înregistrarea ca marcă a unui desen industrial cu mențiunea că uneori marca nu se încadrează în categoria semnelor distinctive tradiționale. De exemplu, cazul T-105/19 care suprinde solicitarea de înregistrare ca marca din partea companiei Louis Vuitton a unui model compus din pătrățele dispuse sub formă de tablă de șah de culoare bej și albastru pentru produse din clasa nr. 18 (genți, poșete) din Clasificarea de la Nisa (versiunea 2022). Un semn de acest gen dobândește caracter distinctiv prin utilizare, dar compania Louis Vuitton nu a reușit să demonstreze distinctivitatea prin utilizare în întreg spațiul Uniunii Europene.¹⁵ Oare scopul înregistrării ca marcă este acela de a monopoliza pentru o perioadă nedeterminată de timp respectiva combinație de culori? Bineînțeles că nu. Culorile din componența mărcii pot face parte din componența unei alte mărci într-o dispunere diferită.

Cea de a doua variantă, ilustrează faptul că se poate înregistra ca marcă tridimensională forma unui produs, ce reprezintă un model. Relevant din această perspectivă este îndeplinirea condiției distinctivității, care evocă următoarele: 1.abilitatea de a indica originea produsului, 2. identificarea valorică a calității produselor (și buna-credință a producătorului) și 3.protejarea intereselor comerciale ale producătorului.¹⁶ Această condiție este specifică semnelor distinctive, fără a avea aplicabilitate asupra unui model industrial. Punctul de plecare al creării unei mărci tridimensionale este modelul industrial, deoarece nu se acceptă înregistrarea formelor banale și uzuale. Mai mult, pentru a reflecta caracterul distinctiv este necesar ca marca tridimensională să cuprindă aspecte estetice vizuale inedite și să nu se confunde cu natura ori esența produsului. Un exemplu sugestiv de marcă tridimensională conferit de Oficiul Uniunii Europene pentru Proprietate Intelectuală este sticla Granini, la care tandemul distinctiv este compus din forma sticlei împreună cu capacul de culoare roșie.¹⁷

Dintr-o altă perspectivă, legea română a desenelor și modelelor îngăduie cumulul de protecție între desen model și brevetul de invenție. Pentru ca un desen sau model să beneficieze de protecție prin brevet de invenție, trebuie să fie îndeplinite condițiile de brevetabilitate. Forma va prezenta importanță doar în

¹⁴ Pentru detalii, H. Hartwig, *Ferrari and the level of intellectual abstraction in design law*, în *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 17, nr. 10/2022, pp. 792-793, <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpac081>

¹⁵ CJUE, cazul T-105/19, Louis Vuitton Malletier împotriva EUIPO, Hotărârea Curții Generale (Camera a zecea) din 10 iunie 2020.

¹⁶ Pentru detalii, D. Friedmann, *The bottle is the message: only the distinctive survive as 3D Community trademark*, în *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 10, nr. 1/2015, p. 35, <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpu210>.

¹⁷ Ibidem, pp. 38-39.

măsura în care determină aplicarea unor noi cunoștințe tehnice. Același produs poate constitui atât un desen model, cât și o invenție, dar dacă legătura dintre forma și efectul tehnic al produsului este indisolubilă atunci se va aplica regimul brevetelor de invenție.¹⁸

4. Concluzii

În consecință, realitatea desenelor și modelelor se compune și recompile „la răscrucea dintre artă și industrie”¹⁹, concentrând o dublă natură juridică în virtutea căreia au fost creionate și reglementate sistemele cumulului de protecție. Astfel, cadrul juridic al călătoriei se decupează într-un regim juridic unic, care îmbină avantajele dobândirii protecției juridice atât în domeniul dreptului proprietății industriale, cât și în domeniul dreptului de autor.

Referințe

- Friedmann D., *The bottle is the message: only the distinctive survive as 3D Community trademark*, în *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 10, nr. 1/2015, <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpu210>.
- Greffé F., Greffé P.-B., *Traité des dessins et des modèles*, 8^e éd., Litec, Paris, 2008.
- Hartwig H., *Ferrari and the level of intellectual abstraction in design law*, în *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 17, nr. 10/2022, DOI: 10.1093/jiplp/jpac081.
- Macovei I., *Tratat de drept al proprietății intelectuale*, Editura C.H.Beck, București, 2010.
- Pettitt C., *Patent Inventions. Intellectual Property and the Victorian Novel*, Editura Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Wilde O., *Only Dull People Are Brilliant at Breakfast*, Editura Penguin Books, United Kingdom, 2016.

¹⁸ I. Macovei, *Tratat de drept al proprietății intelectuale*, ed. C.H.Beck, București, 2010, p. 243.

¹⁹ *Ibidem*, p. 238.

Masa credală în procedura insolvenței – formă a participării concursuale a creditorilor îndreptățiți să participe la procedura de insolvență deschisă împotriva debitorului

The creditor tables in the insolvency procedure – form of bankruptcy participation of creditors entitled to participate in the insolvency procedure opened against the debtor

Claudia Antoanela Susanu¹

Rezumat: Scopul procedurii insolvenței este cel al îndeplinirii creditorilor care dețin creanțe asupra averii debitorului, iar pentru a putea fi creditor îndreptățit să participe la procedura de insolvență deschisă împotriva debitorului, este necesară îndeplinirea a două condiții cumulative, prima referitoare la formularea și depunerea unei cereri de înscriere a creanței, și cea de a doua, a înscrierii efective a creditorului în tabelele de creanțe asupra averii debitorului, ca o consecință a admiterii cererii sale de creanță. Masa credală are un rol complex în derularea procedurii insolvenței. Atribuțiile principale ale adunării creditorilor transpar din cuprinsul reglementării și se circumscriu acestui rol stabilit prin actul normativ.

Cuvinte-cheie: procedura de insolvență, creditor îndreptățit să participe la procedură, masă credală

Abstract: The purpose of insolvency procedure is to satisfy the creditors holding receivables on the debtor's estate, and in order to be a creditor entitled to participate in insolvency procedure against the debtor, it is necessary to meet two cumulative conditions, the first concerning the drafting and filing an application for registration of the receivable, and the second, the effective registration of the creditor in the lists of receivables on the debtor's estate, after the receivable was admitted. The creditor tables has a complex role in the insolvency procedure. The main attributions of the creditor's table result from the content of the regulation and are limited to this role established by the regulation.

Keywords: insolvency procedure, creditor entitled to attend the procedure, creditor tables

¹ Cadru didactic asociat, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași; fost judecător, Curtea de Apel Iași, e-mail: claudiasusanu@yahoo.com.

1. Aspecte generale

Procedura insolvenței reglementată de Legea nr. 85/2014 este o procedură concursuală și colectivă al cărei principal scop² vizează îndeplinirea creditorilor care dețin creanțe anterioare deschiderii procedurii asupra averii debitorului, ceea ce aduce în prim plan examinarea formalităților ce trebuie îndeplinite în vederea obținerii înscrierii la masa credală și a dobândirii calității de creditor participant la procedură.

Definiția noțiunii de creditor îndreptățit să participe la procedură o regăsim în art. 5 pct. (19) din Legea nr. 85/2014: “acel titular al unui drept de creanță asupra averii debitorului, care a înregistrat o cerere de înscriere a creanței, în urma admiterii căreia acesta dobândește drepturile și obligațiile reglementate de prezenta lege pentru fiecare stadiu al procedurii. Calitatea de creditor încetează ca urmare a neînscrierii sau a înlăturării din tabelele creditorilor întocmite succesiv în procedură, precum și prin închiderea procedurii; au calitatea de creditor, fără a depune personal declarațiile de creanță, salariații debitorului.”

Definiția dată de legiuitor noțiunii de „creditor îndreptățit să participe la procedură” relevă necesitatea îndeplinirii a două condiții cumulative, prima referitoare la formularea și depunerea unei cereri de înscriere a creanței, în termenul prevăzut de judecătorul sindic prin hotărârea de deschidere a procedurii, și cea de a doua, a înscrierii efective a creditorului în tabelele de creanțe asupra averii debitorului, fie ca o consecință a admiterii cererii sale de creanță în urma verificării primare realizate de administratorul/lichidatorul judiciar, fie de către judecătorul sindic, ca urmare a admiterii contestației formulate de creditor la tabelul preliminar de creanțe.

Se impune precizarea că prima condiție evidențiată constituie expresia principiului disponibilității părții, astfel cum este acesta consacrat de art. 9 alin. (1) C. proc. Civ, care se aplică și în materia insolvenței, prin raportare la art. 342 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, titularul dreptului subiectiv material având prerogativa exclusivă de exercitare a dreptului său, în sensul de a solicita sau nu înscrierea la masa credală, suportând toate consecințele manifestării voinței sale.

Ca urmare a admiterii cererii de declarare a creanței și a înscrierii în tabelul preliminar de creanțe, creditorii dobândesc dreptul de a participa la adunările creditorilor și sunt beneficiarii direcți ai tuturor drepturilor pe care procedura le recunoaște oricărui creditor îndreptățit să participe la procedura de insolvență.

Deschiderea procedurii insolvenței intervine în momentul pronunțării hotărârii de către judecătorul sindic și marchează o nouă etapă, cea în care are loc stabilirea masei credale a debitorului insolvent, respectiv cea de determinare a acelor creditori care vor participa la procedura concursuală.

² Pentru mai multe detalii asupra scopului procedurii, astfel cum este acesta definit de art. 2 din Legea nr. 85/2014 a se vedea S.M. Miloș, A. Deli-Diaconescu, în R. Bufan, A. Deli-Diaconescu, M. Sărăcuț (coordonatori), *Tratat practic de insolvență, Vol. I*, ed. a II-a, rev., Editura Hamangiu, București, 2022, p. 84-86; N. Țăndăreanu, *Codul insolvenței comentat, Vol. I – art. 1-182*, Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 16.

Din moment ce s-a dispus deschiderea procedurii insolvenței, “acoperirea pasivului debitorului este posibil a se realiza numai prin identificarea tuturor creanțelor deținute de terțe persoane împotriva patrimoniului debitorului, prin acordarea posibilității de a participa la procedură și de a se îndestula potrivit ordinii de priorități stabilite de lege”, astfel cum s-a menționat în literatura de specialitate³.

În cuprinsul dispozițiilor art. 5 pct. 5 ale Legii nr. 85/2014 se definește noțiunea de avere a debitorului ca reprezentând totalitatea bunurilor și drepturilor sale patrimoniale, inclusiv cele dobândite în cursul procedurii insolvenței, care pot face obiectul executării silite, în condițiile reglementate de Codul de procedură civilă.

În consecință, sfera noțiunii de avere a debitorului include totalitatea bunurilor și drepturilor ce există în patrimoniul⁴ acestuia la data deschiderii procedurii.

2. Notificarea creditorilor

Hotărârea de primă instanță, pronunțată de judecătorul sindic, prin care s-a dispus deschiderea procedurii insolvenței trebuie adusă la cunoștința tuturor celor implicați în procedură și celor care ar putea avea un interes legal, deoarece acest moment procesual marchează o schimbare fundamentală a raporturilor pe care le are debitorului atât cu proprii săi creditorii cât și cu terțele persoane.

Din acest considerent, prima măsură dispusă după deschiderea procedurii este notificarea tuturor creditorilor menționați în lista depusă de către debitor, obligație care îi incumbă acestuia în baza art. 67 alin. (1) lit. c) ori, după caz, în temeiul art. 74 din Legea nr. 85/2014.

Prin dispozițiile art. 67 alin. (1) lit. c) și art. 67 alin. (2) din lege, se menționează în sarcina debitorul obligația ca, odată cu formularea cererii de deschidere a procedurii, să depună lista cu numele și adresele creditorilor cunoscuți, indiferent de felul creanțelor acestora, certe sau sub condiție, lichide ori nelichide, scadente sau nescadente, necontestate ori contestate, și să indice suma reprezentând creanța, cauza acesteia și drepturile de preferință care însoțesc creanța, dacă este cazul.

Această listă cu numele și adresele creditorilor cunoscuți, prevăzută de art. 67 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 85/2014, trebuie depusă odată cu cererea de deschidere a procedurii formulată de debitor sau cel mai târziu la termenul de judecată stabilit de judecătorul-sindic în acest sens, sub sancțiunea respingerii cererii, conform art. 67 alin. (2) din Legea nr. 85/2014.

³ D.D. Moțiu, F. Moțiu, C.A. Susanu și F.I. Moțu, în R. Bufan, A. Deli-Diaconescu și M. Sărăcuț (coordonatori), *op. cit.*, p. 492.

⁴ Pentru mai multe detalii legate de noțiunile de “Patrimoniu /mase de bunuri” a se vedea O.A. Urda, *Răspunderea persoanei fizice autorizate și a întreprinderii individuale în cadrul procedurii simplificate a insolvenței*, publicat pe site-ul <https://www.universuljuridic.ro/raspunderea-persoanei-fizice-autorizate-si-a-intreprinderii-individuale/>, accesat la 14.10.2022.

Pentru ipoteza în care deschiderea procedurii insolvenței a fost pronunțată ca urmare a admiterii cererii/cererilor creditorului/creditorilor, această listă a creditorilor cunoscuți și a creanțelor pe care ei le dețin este obligatorie, art. 74 prevăzând obligația debitorului ca, în termen de 10 zile de la deschiderea procedurii ca urmare a cererii creditorului, să depună la dosarul cauzei actele și informațiile prevăzute de art. 67 alin. (1) din Legea nr. 85/2014.

Debitorul are obligația de a menționa, în această listă, toți creditorii cu indicarea numelui, a adresei, a datelor de identificare, cu indicarea creanței fiecăruia, respectiv a cuantumului, temeiului și/sau a existenței unei cauze de preferință, indiferent de felul creanței certe sau sub condiție, lichide ori nelichide, scadente sau nescadente, necontestate ori contestate.

Sarcina notificării deschiderii procedurii revine administratorului judiciar desemnat în cauză care, pe baza acestei liste, procedează la expedierea respectivelor notificări tuturor creditorilor, în respectarea exigențelor impuse de dispozițiile art. 99 din Legea nr. 85/2014.

Referitor la chestiunea creditorilor care nu pot fi identificați în listă, într-o decizie de speță, curtea de apel⁵, a notat că, “ (...)Această prevedere nou introdusă de Codul insolvenței, este de natură să înlăture tratamentul inechitabil la care era supuși creditorii care nu erau cunoscuți și care nu puteau fi notificați de către practicianul în insolvență, în privința lor vechea reglementare a Legii nr. 85/2006 arătând că procedura notificării era socotită a fi îndeplinită dacă a fost efectuată prin BPI. Față de această reglementare, s-a arătat în literatura de specialitate, că în ceea ce îi privește pe creditorii neidentificați, nu își găseau aplicare dispozițiile art. 95 din Cod procedură civilă de la 1865, relative la citarea prin publicitate și că notificarea creditorilor necunoscuți este valabilă dacă s-a îndeplinit prin publicare în BPI.”

Administratorul judiciar va trimite o notificare debitorului, precum și oficiului registrului comerțului, sau după caz, registrului societăților agricole ori altor registre în care acesta este înregistrat/înmatriculat, pentru a se efectua mențiunile corespunzătoare privind deschiderea procedurii.

În situația în care debitorul are bunuri supuse transcripției, inscripției sau înregistrării în registrele de publicitate, practicianul în insolvență va trimite instanțelor, autorităților ori instituțiilor care țin aceste registre o copie de pe hotărârea de deschidere a procedurii, spre a se face mențiune, conform art. 101 alin. (2) din Legea nr. 85/2014.

Creditorii cu sediul sau domiciliul în străinătate vor fi notificați prin reprezentanții din țară⁶.

Regula în materie de citare a părților precum și de comunicare a oricăror acte de procedură prin intermediul unei publicații numită Buletinul Procedurilor

⁵ C.A. Cluj, Secția a II-a Civilă, decizia nr. 169/A din 21.03.2017, publicată pe portal <http://www.rolii.ro/hotarari/58daa5a8e49009b86600003d>.

⁶ L.C. Gavrilesco, *Relevanța determinării domiciliului participanților la procedura insolvenței în vederea îndeplinirii formalităților de citare și de comunicare*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Seria Științe Juridice*, Tomul LXVII, nr. 2/2021, p. 98.

de Insolvență este instituită prin dispozițiile art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 85/2014. Comunicarea citațiilor, a convocărilor și notificărilor către participanții la proces, al căror sediu, domiciliu sau reședință se află în străinătate, este supusă dispozițiilor Codului de procedură civilă coroborate cu prevederile Regulamentului (CE) nr. 1.346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență, cu modificările și completările ulterioare⁷, și ale Regulamentului (CE) nr. 1.393/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 noiembrie 2007 privind notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare și extra-judiciare în materie civilă sau comercială („notificarea sau comunicarea actelor”) și abrogarea Regulamentului (CE) nr. 1.348/2000 al Consiliului⁸, după caz. Prin excepție de la aceste dispoziții legale, comunicarea actelor de procedură anterioare deschiderii procedurii și notificarea deschiderii procedurii se vor realiza potrivit prevederilor Codului de procedură civilă.

Potrivit art. 99 alin. (3) din Legea nr. 85/2014, notificarea deschiderii procedurii, se face în toate cazurile, după regulile Codului de procedură civilă, și totodată, se va publica într-un ziar de largă circulație și în BPI, pe cheltuiala averii debitorului.

Analiza conținutului prevederilor art. 99 alin. (3) din Legea nr. 85/2014 relevă că hotărârea de deschidere a procedurii este adusă la cunoștința celor interesați printr-un sistem de publicitate generală, iar în ceea ce privește pe creditorii, se instituie o publicitate specială, în scopul înștiințării fiecărui creditor, de către practician, în legătură cu termenele de depunere a declarațiilor de creanță, de efectuare a verificării acestora, de definitivare a tabelului de creanțe, astfel cum au fost stabilite acestea prin hotărârea de deschidere a procedurii.

Potrivit dispozițiilor legale, art. 42 alin. (7) din Legea nr. 85/2014, trimiterea notificării constituie o atribuție a practicianului în insolvență desemnat în cauză prin hotărârea de deschidere a procedurii iar nu a judecătorului sindic, care, după ce pronunță hotărârea de deschidere a procedurii, dispune comunicarea acesteia către practicianul în insolvență desemnat în cauză și către părțile ce au stat în judecată în fața primei instanțe în acțiunea având ca obiect deschiderea procedurii insolvenței.

În literatura de specialitate⁹ s-a evidențiat că notificarea deschiderii procedurii apare ca “un veritabil plan de acțiune cu etape și termene clar stabilite de legiuitor și pe care creditorii trebuie să-l urmeze întocmai, să se conformeze cu strictețe celor impuse în conținutul lui, pentru că numai în acest mod se realizează cerința legii, respectiv satisfacerea intereselor creditorilor”.

⁷ Regulamentului (CE) nr. 1.346/2000 a fost reformat prin Regulamentul UE nr. 848/2015 al Parlamentului European și al Consiliului privind procedurile de insolvență (J.O. serie L nr. 141 din 05 iunie 2015).

⁸ Regulamentul (CE) nr. 1.393/2007 privind notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială a fost publicat în J.O. serie L 324 din 10 decembrie 2007 și a intrat în vigoare începând cu data de 13 noiembrie 2008. A fost abrogat de art. 36 alin. (1) din Regulamentul (UE) 2020/1784, care se va aplica de la 1 iulie 2022.

⁹ I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Editura C. H. Beck, București, 2006, p. 422.

3. Declarația de creanță

3.1. Formularea și înregistrarea declarației de creanță

În mod asemănător procesului civil din dreptul comun, procedura insolvenței este guvernată de principiile specifice dreptului procesual civil clasic între care amintim principiul contradictorialității, principiul nemijlocirii, principiul disponibilității și a dreptului la apărare¹⁰, astfel încât creanța a cărei valorificare se urmărește în procedura insolvenței va fi solicitată în baza unei cereri motivate și înregistrate pe rolul tribunalului.

Astfel cum am menționat deja, în vederea dobândirii calității de creditor îndreptățit să participe la procedură, în sensul art. 5 pct. 19 din Legea nr. 85/2014, și, subsecvent, pentru a avea legitimarea valorificării creanțelor în cadrul procedurii, creditorii debitorului insolvent trebuie să formuleze și să depună la tribunal declarația de creanță însoțită de actele justificative ale acesteia.

Declarațiile de creanță sunt supuse procedurii de verificare, realizată de practicianul în insolvență desemnat în cauză prin hotărârea de deschidere a procedurii de insolvență, iar în urma acestei verificări ele vor putea fi admise, total sau parțial, și înscrise în tabelul preliminar al creanțelor sau vor fi respinse.

În scopul de a putea obține realizarea creanțelor în cadrul procedurii de insolvență, alin. (1) al art. 102 din Legea nr. 85/2014 prevede că toți creditorii debitorului ale căror creanțe sunt anterioare datei de deschidere a procedurii, cu excepția salariaților¹¹, vor trebui să depună cerere de admitere a creanțelor, prin registratura tribunalului, însoțite de actele doveditoare.

Observăm că legiuitorul instituie obligația depunerii cererii de admitere a creanțelor de către toți creditorii care dețin creanțe anterioare deschiderii procedurii.

De la această regulă legiuitorul a prevăzut și o excepție, care vizează pe creditorii ce sunt titularii creanțelor salariale, care nu trebuie să formuleze cerere de admitere a creanțelor, iar înregistrarea acestora în tabelul de creanțe asupra averii debitorului urmează a se face de către administratorul judiciar, din oficiu, în baza evidențelor contabile ale debitoarei.

În situația în care aceste evidențe nu se găsesc ori nu au fost ținute în mod corespunzător, în doctrină¹² s-a exprimat ideea că respectivele creanțe ale salariaților vor fi evaluate în baza oricăror mijloace de probă.

În cuprinsul art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, legiuitorul menționează expres ca fiind creanțe anterioare și creanțele bugetare stabilite printr-o

¹⁰ Pentru o prezentare detaliată a principiul contradictorialității cât și celui vizând dreptul la apărare, a se vedea, V. M. Ciobanu și M. Nicolae coordonatori, *Noul Cod de procedură civilă - Vol. I - art. 1-526*, Editura Universul Juridic, București, 2016, pp. 37-69; I. Leș, *Tratat de drept procesual civil, Vol. I, Principii și instituții generale. Judecata în fața primei instanțe*, Editura Universul Juridic, București, 2014, pp. 65-69.

¹¹ Pentru detalii privind creanțele salariale în cadrul procedurii, a se vedea, M. Comșa, *Creanțele salariale în procedura insolvenței angajatorului - Studiu de caz*, în *Revista Phoenix* nr. 69/2020, pp.16 și urm.

¹² St. D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, *Codul insolvenței comentat*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 284.

decizie de impunere întocmită ulterior deschiderii procedurii, dar care are ca obiect activitatea anterioară a debitorului.

Conform textului antecitat, creditorul bugetar are dreptul ca, în termen de 60 zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, să efectueze inspecția fiscală pe baza analizei de risc, potrivit prevederilor Legii nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală, cu modificările și completările ulterioare.

Creditorii bugetari vor înregistra cererea de admitere a creanței, în baza datelor relevate de propriile evidențe, în termenul indicat la art. 100 alin. (1) lit. b), urmând ca, în termen de 60 zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, să înregistreze un supliment al cererii de admitere a creanței inițiale, dacă este cazul.

Pentru a beneficia de acest termen suplimentar de 60 zile, creditorul bugetar îi revine obligația de a demara o inspecție fiscală¹³ după data deschiderii procedurii, al cărei rezultat să constea în identificarea existenței unor creanțe noi, anterioare deschiderii procedurii.

Menționăm că, potrivit legii, creditorul bugetar are obligația de a formula declarația de creanță înăuntrul termenul stabilit de judecătorul sindic prin sentința de deschidere a procedurii insolvenței, urmând ca declarația suplimentară de creanță să o depună în termenul de 60 zile, care curge de la momentul publicării în BPI a hotărârii având ca obiect deschiderea procedurii.

Referitor la termenul de depunere a declarației de creanță, respectiv a declarației suplimentare de creanță, în practica judiciară¹⁴ s-a reținut că: "(...) nu a fost depusă cererea de admitere a creanței în termenul legal prevăzut de art. 100 alin. (1) lit. b) din lege, ci, cu depășirea și a termenului de 60 de zile, acordat cu titlu suplimentar creditorilor bugetari, prin art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, pentru înregistrarea unui supliment la cererea inițială, deci nu pentru depunerea cererii propriu-zise de admitere a creanței.

Cât privește natura acestui termen de 60 de zile, fiind vorba despre o excepție de la regula generală a înregistrării declarațiilor de creanță de către creditori, aceasta este de strictă interpretare, astfel că vorbim de un termen imperativ și nu de recomandare.

În consecință, față de cele expuse, cu temei a reținut judecătorul sindic că cererea creditoarei de admitere a creanței bugetare, a fost tardiv formulată, fiind aplicabile dispozițiile art. 114 alin. (1) teza I din Legea nr. 85/2014, conform cărora titularul de creanțe anterioare deschiderii procedurii, care nu depune cererea de admitere a creanțelor până la expirarea termenului prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. b), la care se face trimitere și în art. 102 alin. (1) din lege, va fi decăzut, cât privește creanțele respective, din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor și nu va dobândi calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură."

¹³ Pentru mai multe detalii legate de procedura inspecției fiscale a se vedea I.M. Costea, *Controlul fiscal. Comentarii practice*, Editura Hamangiu, București, 2017, pp. 79-225.

¹⁴ C.A. Alba Iulia, Secția a II-a Civilă, decizia nr. 472 din 21.09.2016, publicată pe portalul <http://www.rolii.ro/hotarari/58950b9be490096c1a000dfa>.

În concluzie, cererea inițială depusă de creditorul bugetar prin care se solicită înscrierea la masa credală a creanței trebuie să cuprindă doar valoarea creanțelor deja născute, pentru care există decizii de impunere emise, urmând ca în suplimentul cererii să fie indicate acele creanțe bugetare care, potrivit raportului de inspecție fiscală, rezultă din activitatea anterioară deschiderii procedurii, dar pentru care nu au fost emise decizii de impunere.

În ceea ce privește locul unde trebuie depuse cererile de admitere a creanțelor, dispozițiile din legea insolvenței sunt neclare, motiv pentru care, în practica judiciară, au apărut divergențe de interpretare întrucât legea nu indică, în mod expres, locul unde trebuie depuse cererile de admitere a creanțelor de către creditorii cu creanțe anterioare datei de deschidere a procedurii, alții decât salariații, și nici atribuția administratorului judiciar/lichidatorului de a prelua și înregistra aceste cereri.

Singurele aspecte menționate în lege vizează doar limita de timp în care se depun declarațiile, precum și locul înregistrării acestora. Astfel, dispozițiile cuprinse în art. 102 alin. (1) teza I din Legea nr. 85/2014 stabilesc expres că administratorul judiciar este cel care înregistrează creanțele salariale, înregistrare pe care o face din oficiu în baza evidențelor contabile ale debitoarei. Aici vorbim de o situație de excepție reglementată expres de lege, care vizează exclusiv creanțele salariale.

Cu referire însă la ceilalți creditori, se poate observa că, în timp ce prima teză a art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 face trimitere la „depunerea” cererii de admitere a creanțelor în termenul fixat în hotărârea de deschidere a procedurii, teza a II-a a aceluiași text legal face referire/mențiune despre „înregistrarea” acestor cereri într-un registru păstrat la grefa tribunalului.

Această chestiune a fost tranșată de Înalta Curte¹⁵ care, în temeiul art. 521 cu referire la art. 519 din Codul de procedură civilă, a stabilit că, în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 102 alin. (1) teza I și a II-a din Legea nr. 85/2014, cererile de admitere a creanțelor, formulate de creditorii cu creanțe anterioare datei de deschidere a procedurii, alții decât salariații, trebuie să fie depuse la tribunal, în termenul fixat prin hotărârea de deschidere a procedurii și înregistrate într-un registru care se va păstra la grefa tribunalului.

Înalta Curte a evidențiat în considerentele sale că, administratorul judiciar nu acționează ca un mandatar al creditorilor, ci este, alături de instanțele judecătorești, judecătorul-sindic și lichidatorul judiciar, un organ care aplică

¹⁵ ICCJ, decizia nr. 72 din 15 octombrie 2018, M. Of., nr. 85 din 4.02.2019. În considerentele deciziei s-a reținut că una dintre condițiile necesare pentru dobândirea calității de creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței, cu toate drepturile și obligațiile aferente, este înregistrarea unei cereri de admitere a creanțelor la grefa tribunalului. În mod similar, art. 102 alin. (9) din Legea nr. 85/2014 prevede că toate creanțele prezentate a fi admise și înregistrate la grefa tribunalului vor fi prezumate valabile și corecte dacă nu sunt contestate de către debitor, administratorul judiciar sau creditor. De la data înregistrării în registrul de creanțe, cererea dobândește dată certă, putându-se stabili dacă a fost depusă în termenul stabilit prin hotărârea de deschidere a procedurii, fără administrarea altor probe și fără concursul altor participanți la procedură.

procedura și care trebuie să asigure efectuarea cu celeritate a actelor și operațiunilor prevăzute de Legea nr. 85/2014.

Pe de altă parte, în cuprinsul art. 58 din Legea nr. 85/2014, care este sediul reglementării atunci când vorbim de principalele atribuții ale administratorului judiciar, nu se face nicio trimitere la primirea declarațiilor de creanță și înregistrarea acestora la tribunal, ca atribuție stabilită de legiuitor în sarcina practicianului în insolvență.

Pentru ipoteza depunerii cererii de admitere a creanțelor numai la administratorul judiciar, deși legea nu prevede în sarcina acestuia o obligație sub acest aspect, este posibil ca administratorul judiciar să înainteze cererea către tribunal pentru înregistrare în registrul de creanțe. În această situație particulară, pentru a fi considerată în termen, cererea de admitere a creanței trebuie înregistrată la tribunal în termenul fixat de judecătorul sindic prin hotărârea de deschidere a procedurii.

Concluzia care se desprinde este că, doar cererea de creanță depusă în termenul fixat prin hotărârea de deschidere a procedurii și înregistrată la grefa tribunalului, fie de către creditor, personal sau prin reprezentant, fie de către administratorul judiciar, prin registratură, prin poștă sau prin alt mijloc prevăzut de lege, are drept efect dobândirea calității de creditor îndreptățit să participe la procedură, desigur dacă sunt îndeplinite, subsecvent, și celelalte cerințe legale pentru înscriere pe tabelul preliminar.

În literatura de specialitate¹⁶, s-a exprimat ideea că, natura acestei cereri diferă în funcție de cele două faze distincte ale procedurii de verificare: o primă fază având caracter administrativ, derulată în cadrul procedurii, dar nu în instanță, în care declarațiile de creanță sunt verificate de practicianul în insolvență și admise, dacă nu sunt contestate de cineva sau în măsura în care apreciază astfel practicianul și o a doua fază, în fața tribunalului, prin judecătorul sindic, care începe îndată ce o creanță este contestată printr-o sesizare adresată acestuia.

În jurisprudență¹⁷ s-a reținut că dispozițiile Legii nr. 85/2014 referitoare la cererile introductive, deschiderea procedurii, depunerea opoziției împotriva deschiderii procedurii și înregistrarea declarațiilor de creanță, nu statornicesc o ordine imperativă în privința concomitenței sau succesiunii depunerii opoziției, și, respectiv, a declarației de creanță.

Se poate observa că, din punct de vedere legal, nu este reprezentată ipoteza creanței creditorului opozant, în situația depunerii opoziției împotriva cererii de deschidere a procedurii și a respingerii acesteia, de către judecătorul sindic.

În considerentele deciziei pronunțate, de instanța de control judiciar a reținut următoarele: "(...) creditorului opozant la deschiderea procedurii, nu-i poate fi răpit dreptul de a înregistra creanța sa în procedură, numai pentru

¹⁶ A. Avram, *Procedura insolvenței. Efectele deschiderii procedurii. Primele măsuri*, Editura Hamangiu, București, 2010, p. 197

¹⁷ Curtea de Apel Timișoara, Secția a II-a Civilă, decizia nr. 208/A din 29.03.2018, publicată pe portalul <http://www.rolii.ro/hotarari/5adfe726e490094c1f000047>.

simplul fapt că nu a îndeplinit, mai întâi, formalitatea cererii de înregistrare a creanței la administratorul judiciar și, în funcție de opțiune, exercitarea dreptului la opoziție.

Scopul legii insolvenței nu este acela de a îndepărta, în mod artificial, creditorii de la procedura insolvenței, cu atât mai puțin pe creditorii titulari ai opoziției. Dimpotrivă, creditorul opozant își afirmă dreptul său de creanță în cadrul opoziției, însă, spre deosebire de creditorii care nu au recurs la această cale de atac, se opune deschiderii procedurii insolvenței asupra debitorului pentru a valorifica recuperarea creanței în cadrul procedurii de drept comun, în condițiile afirmării caracterului solvent al debitorului. Judecătorul sindic stabilind că acest debitor este în insolvență potrivit legii speciale, în cadrul opoziției, nu restrânge dreptul creditorului opozant de a se înscrie în tabelul de creanțe al debitorului.

Din depunerea opoziției împotriva deschiderii procedurii și afirmarea creanței certe, lichide și exigibile împotriva debitorului, rezultă manifestarea de voință neîndoielnică, că oponentul își apropie calitatea de creditor al debitorului și că intenționează să-și recupereze creanța, chiar și în ipoteza respingerii opoziției sale”.

Redăm, sintetic, în cele ce urmează, circumstanțele particulare ale cauzei aflate în analiză, sens în care menționăm că opoziția a fost formulată de creditor la data de 21.07.2017 și a vizat încheierea civilă nr. 144/07.06.2017, pronunțată de tribunalul, prin care s-a dispus deschiderea procedurii insolvenței asupra debitorului.

Această opoziție a fost introdusă înainte de expirarea termenului stabilit de către judecătorul sindic în vederea depunerii declarațiilor de creanță, care era fixat pentru data de 24.07.2017.

Opoziția creditorului a fost respinsă, astfel că procedura insolvenței împotriva debitorului a rămas deschisă.

În cadrul opoziției, creditorul opozant a indicat că are față de debitor o creanță certă, lichidă și exigibilă, în sumă de 241.016,01 euro, rezultând din titlul executoriu reprezentat de sentința civilă nr. 342/25.04.2016, definitivă prin decizia civilă nr. 807/27.10.2016 pronunțată de curtea de apel.

În cadrul aceleiași opoziții, creditorul opozant a formulat și o notă subsidiară, prin care a cerut judecătorului sindic să ia în considerare, pentru eventualul caz al respingerii opoziției, solicitarea sa de înscriere la masa credală cu creanța mai sus arătată.

După pronunțarea hotărârii de respingere a opoziției, creditorul a constatat că - declarația sa de înscriere la masa credală cu această creanță - nu a făcut obiectul înregistrării la administratorul judiciar, motiv pentru care, în prezenta cauză, a solicitat repunerea în termenul de înregistrare a creanței și, subsecvent, admiterea acesteia.

Pornind de la această situație factuală, instanța de apel a subliniat următoarele: “problema de drept la care a recurs apelantul administrator judiciar, în sensul că cererea de opoziție nu este echivalentă unei cereri de înregistrare a creanței, nu este o problemă cu caracter juridic ci una de fapt, deoarece nu se

poate pune semnul echivalenței între două cereri care au o natură juridică diferită: cererea de înregistrare a creanței semnificând valorificarea dreptului de participare la procedură în condiții colective și concursuale în vederea recuperării creanței; iar cererea de opoziție semnificând împotrivirea creditorului la deschiderea procedurii insolvenței pentru valorificarea dreptului de recuperare a creanței într-un alt cadru procedural decât cel al insolvenței”.

A mai notat curtea de apel că: “ în ceea ce privește semnul echipolenței, de data aceasta, este manifestarea fără echivoc a creditorului de a se afirma ca și titular al unui drept de creanță pe care dorește să și-l valorifice, însă, prin evitarea deschiderii procedurii insolvenței, dar tot prin indicarea unei creanțe certe, lichide și exigibile împotriva debitorului.

În condițiile respingerii opoziției la deschiderea procedurii insolvenței, dreptul de creanță și obiectul acesteia, rămâne câștigat procedurii insolvenței, urmând ca administratorul judiciar să supună, potrivit legii, propriilor verificări, creanța astfel declarată”.

3.2. Termenul pentru formularea declarației de creanță

Data până la care creditorii pot depune declarațiile de creanță constituie termenul legal limită pentru înregistrarea acestor cereri, el apărând indicat de judecătorul sindic în dispozitivul hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței.

În funcție de circumstanțele cauzei și pentru motive temeinice, legea conferă judecătorul-sindic posibilitatea de a prelungi termenele de înregistrare a cererilor de admitere a creanțelor, a termenului de verificare a creanțelor, de întocmire, afișare și comunicare a tabelului preliminar de creanțe și a termenului de definitivare a tabelului de creanțe, cu maxim 30 de zile.

În doctrină¹⁸ s-au oferit câteva exemple de motive temeinice în care s-ar putea dispune majorarea termenelor: complexitatea procedurii în ansamblu, datorată obiectului de activitate al debitorului, numărul mare de creditori cu sedii răspândite teritorial pe o arie întinsă, durata evaluării bunurilor care se finalizează cu întocmirea raportului de evaluare, înscris ce trebuie depus împreună cu tabelul definitiv de creanțe.

Menționăm că, termenul limită până la care se pot depune declarațiile de creanță a fost menționat expres și în cuprinsul notificării expediate de administratorul judiciar, sens în care facem trimitere la dispozițiile art. 100 din Legea nr. 85/2014 care prevăd comunicarea notificării către fiecare creditor, individual, cu cel puțin 10 zile înaintea împlinirii termenului-limită pentru înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor cât și conținutul notificării, care cuprinde: “ (...) termenul limită pentru înregistrarea declarației de creanță de maximum 45 de zile de la deschiderea procedurii și cerințele pentru ca creanța înregistrată să fie considerată valabilă.”

¹⁸ D.D. Moțiu, F. Moțiu, C.A. Susanu și F.I. Moțu, în R. Bufan, A. Deli-Diaconescu și M. Sărăcuț (coordonatori), *op. cit.*, p. 482.

Natura termenului de înregistrare a creanței, prelungit sau nu în condițiile art. 100 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, este aceea de termen de decădere și, ca urmare, nu se pune problema întreruperii sau suspendării acestui termen.

Sanctiunea decăderii este expres prevăzută în art. 114 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, care stabilește că, titularii de creanțe anterioare deschiderii procedurii care nu depun cererea de admitere a creanței în termenul prevăzut de art. 100 alin. (1) lit. b), sunt decăzuți din dreptul de a fi înscrși în tabelul creditorilor și nu dobândesc calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței deschisă împotriva debitorului lor.

Decăderea prevăzută de art. 114 din lege are natura unei decăderi de drept procesual civil. Chiar dacă legea dă dreptul judecătorului-sindic să îl prelungească, termenul prevăzut de art. 100 alin. (1) lit. b) reprezintă un termen procedural legal imperativ, ce se consideră ca fiind prezumat sub sanctiunea decăderii survenită în cazul nerespectării lui, excepțiile trebuind să fie prevăzute expres.

Decăderea din drepturile prevăzute de art. 114 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 va putea fi invocată oricând, pe parcursul procedurii, de orice persoană interesată, pe cale de acțiune sau pe cale de excepție.

În literatura de specialitate¹⁹ s-a menționat că decăderea poate fi invocată de către debitor și orice creditor interesat numai în cadrul unei contestații la tabelul preliminar atunci când practicianul în insolvență a înscris creanța respectivă.

Pentru ipoteza în care procedura de notificare s-a efectuat cu încălcarea art. 42 din lege, adică nu s-a realizat conform Codului de procedură civilă, nu intervine sanctiunea decăderii din drepturile respective.

În consecință, acel creditor care nu a avut cunoștință despre faptul deschiderii procedurii, întrucât nu a fost notificat potrivit legii, poate solicita înscrierea creanței sale în tabelul creanțelor, demersul acestuia putând fi admis doar dacă procedura insolvenței se află încă în derulare.

Art. 42 alin. (3) teza a - II - a din Legea nr. 85/2014 prevede că, în cazul în care creditorii nu au fost notificați potrivit prevederilor art. 99 alin. (3), pot depune declarație de creanță și, dacă creanța va fi considerată valabilă, acești creditorii vor prelua procedura din stadiul în care se află la momentul înscrierii lor la masa credală, cu toate efectele ce decurg din aceasta.

În legătură cu acest aspect facem trimitere la o decizie de speță, unde curtea de apel²⁰, investită fiind cu examinarea apelului declarat de creditoare împotriva hotărârii prin care acesteia i s-a respins cererea de înscriere la masa credală a reținut, referitor la modalitatea în care s-a efectuat notificarea apelantei creditoare, că aceasta nu respectă exigențele în materie, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 99 din Legea nr. 85/2014.

¹⁹ R. N. Țândăreanu, *Codul insolvenței comentat Vol. I – art. 1-182*, Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 416.

²⁰ Curtea de Apel Iași – Secția civilă, decizia nr. 241 din 15 mai 2019, în C.A. Susanu, *Declarația de creanță. Creditor îndreptățit să participe la procedură. Delimitări teoretice și aspecte practice*, în R.R.D.J. nr. 03/2020, p. 479.

În considerentele deciziei s-a evidențiat că: “În dezacord cu cele reținute de judecătorul sindic - care din împrejurarea că petenta A.J.F.P. Vaslui nu a fost notificată în mod individual despre deschiderea procedurii, însă a fost notificată D.G.R.F.P Iași, în subordinea căreia se află petenta, a tras concluzia corectei notificări a apelantei - instanța de apel notează că art. 99 din Legea nr. 85/2014 este redactat în termeni imperativi, care presupun notificarea fiecăruia dintre creditorii, neputându-se considera că în ceea ce privește creditoarea A.J.F.P. Vaslui ar opera echipolența.

În context, este anodină prezența în tabelul creditorilor a DGRFP Iași, reținută de tribunal.

În consecință, în cauza dedusă judecării, Curtea constată că apelanta creditoare nu a fost notificată, în accepțiunea art. 42 din legea insolvenței, despre deschiderea procedurii insolvenței debitoarei, astfel că nu a avut cunoștință de procedura derulată în legătură cu debitoarea sa din motive ce nu îi sunt imputabile.

Pentru toate aceste considerente, Curtea apreciază că în mod neîntemeiat a procedat judecătorul sindic, dispunând respingerea cererii formulată de A.J.F.P. Vaslui în contradictoriu cu debitoarea, prin administrator judiciar, în condițiile în care acest creditor al debitorului nu a fost notificat corespunzător exigențelor legale.

Curtea constată că, în ceea ce privește creanța creditoarei A.J.F.P. Vaslui, se aplică dispozițiile art. 42 al. (3) din Legea nr. 85/2014 „ (...) Creditorii care nu au fostificați potrivit prevederilor art. 99 alin. (3), sunt considerați de drept în termenul de depunere a cererilor de admitere a creanțelor (...)”

Cum apelanta din cauză este considerată de drept în termenul de depunere a cererii de admitere a creanței, s-a constatat că nu sunt aplicabile nici dispozițiile referitoare la termenul limită de înregistrare a declarațiilor de creanță, din moment ce nu sunt îndeplinite condițiile premisă pentru incidența instituției repunerii în termen, respectiv existența unui termen procedural imperativ și nerespectarea acestui termen, astfel cum în mod eronat a reținut judecătorul sindic în considerentele hotărârii apelate.

S-a reținut că nu este necesar ca instanța de judecată să fi fost investită cu o solicitare expresă a apelantei creditoare referitoare la repunerea sa în termenul de declarare a creanței, din moment ce, în ipoteza vizată de dispozițiile legale anterioare, repunerea se realizează în virtutea legii.”

Tot în practica judiciară²¹ s-a notat că, “din interpretarea art. 42 alin. (3) teza a II-a din Legea nr. 85/2014 rezultă extrem de clar faptul că orice creditor care nu a fost notificat potrivit prevederilor art. 99 alin. (3) este considerat de drept în termenul de depunere a cererii de admitere a creanței, prin depunerea unei cereri de admitere la masa credală.

În aceste condiții, dacă un creditor nu a fost notificat conform art. 99 alin. (3) din Legea nr. 85/2014, este repus de drept în termenul de depunere a cererii de

²¹ Curtea de Apel București, Secția a V-a civilă, decizia civilă nr. 1538 din 28.06.2018, publicată pe portalul <http://www.rolii.ro/hotarari/5b731ef9e4900928020000d7>.

admitere a creanței prin simpla formulare a acesteia, neavând nicio relevanță dacă acest creditor a cunoscut efectiv sau ar fi putut afla, din alte surse, că a fost deschisă procedura insolvenței împotriva societății debitoare și care este termenul limită pentru depunerea cererii de admitere a creanței.

Ca atare, invocarea de către un creditor a unui drept prevăzut de art. 42 alin. (3) teza a II- a din Legea nr. 85/2014, cu respectarea condițiilor stabilite de lege, nu poate fi calificată ca un abuz de drept.”

Considerăm că soluția la care s-a oprit legiuitorului în actuala reglementare a Legii nr. 85/2014, este net superioară celei oferite de art. 7 alin. (3) teza finală din Legea nr. 85/2006, care asimila publicarea notificării colective în BPI cu notificarea tuturor creditorilor neidentificați în listă, textul stabilind că notificarea individuală va fi considerată îndeplinită dacă s-a efectuat publicarea notificării colective în BPI.

În jurisprudența²² conturată în interpretarea art. 7 alin. (3) teza finală din Legea nr. 85/2006, se argumenta că dispozițiile art. 61 din legea în materie, obligă administratorul sau lichidatorul judiciar ca, în urma deschiderii procedurii, să trimită o notificare *tuturor creditorilor menționați* în lista depusă de debitor în conformitate cu art. 28 alin. (1) litera c) ori după caz în condițiile art. 32 alin. (2).

S-a notat în decizia enunțată că: “(...) textul legal impune practicianului obligația de a trimite notificări numai către creditorii menționați în lista depusă de către debitor, fiind irelevant dacă din contabilitatea debitoarei ar fi rezultat sau nu presupusa calitate de creditor sau că debitoarea ar fi omis în mod deliberat să menționeze anumiți creditori.

În concret, debitoarea, prin reprezentanții săi legali, a avut o conduită activă și a predat documentația contabilă așa încât nu se poate imputa practicianului o îndeplinire defectuoasă a mandatului legal, atât timp cât contestatoarele nu figura pe respectiva listă și calitatea sa nu rezulta nici din balanța contabilă.

Lucrările cauzei confirmă că notificarea deschiderii procedurii a fost realizată individual, cu confirmare de primire, doar către instituțiile bugetare, notificare dublată prin intermediul ziarului „x.” din data de 06.05.2011 și prin Buletinul procedurilor de Insolvență nr. xxxx din data de 10.05.2011, cele din urmă fiind opozabile creditorilor neidentificați.”

În actuala reglementare, creditorul notificat cu nerespectarea dispozițiilor art. 99 alin. (3) are posibilitatea de a formula cererea de creanță după împlinirea termenului stabilit de judecătorul-sindic pentru înregistrarea acestei cereri.

Menționăm că, legiuitorul instituie, în cuprinsul art. 99 din Legea nr. 85/2014, obligația practicianului în insolvență desemnat să gestioneze procedura insolvenței debitorului de a trimite, în urma deschiderii procedurii, o notificare individuală tuturor creditorilor menționați în lista depusă de debitor în conformitate cu art. 67 alin. (1) lit. c) ori, după caz, în condițiile art. 74, debitorului și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societăților agricole ori

²² Curtea de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 10 din 06.01.2014, publicată pe portalul <http://www.rolii.ro/hotarari/589a2272e49009103c00102b>.

altor registre unde debitorul este înmatriculat/înregistrat, pentru efectuarea mențiunii.

Legiferând obligația notificării creditorilor cunoscuți conform regulilor menționate în Codul de procedură civilă, legiuitorul a urmărit să asigure o informare reală și efectivă a acestora în legătură cu situația deschiderii procedurii debitorului.

În practica judiciară²³ au fost sancționate consecințele nerespectării acestor prevederi legale, care impun realizarea unei informări reale și efective, de către instanța de apel investită să soluționeze calea de atac promovată de creditorul ce era succesori în drepturi al unui alt creditor inițial (instituție publică care nu se mai afla în ființă la data deschiderii procedurii întrucât fusese supusă unor proceduri de reorganizare succesivă) împotriva sentinței prin care judecătorul sindic a dispus închiderea procedurii, reținând incidența dispozițiilor art. 177 din Legea nr. 85/2014 care prevăd că: „în cazul procedurii deschise în urma formulării cererii introductive de către debitor în condițiile art. 71, dacă judecătorul sindic constată că la expirarea termenului pentru înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor, nu s-a depus nicio cerere va pronunța o sentință de închidere a procedurii.”

Facem trimitere la considerentele relevante ale deciziei enunțate unde curtea a constatat că: „notificarea trimisă prin scrisoare recomandată la data de 12.09.2017 a fost expediată către M.E.C.R.M.A, persoană juridică ce nu mai exista încă din data de 4 ianuarie 2017, astfel cum rezultă din înscrisurile depuse de apelantă vizând reorganizarea sa”. Este de observat că această notificare a fost primită de M.E., conform ștampilei aplicate de acest minister pe avizul de recepție depus la dosarul cauzei.

Din cele expuse anterior rezultă cu evidență că, notificarea nu a fost adresată apelantului M.M.A.C.A. care este succesori în drepturi al M.E.C.R.M.A și care, la rândul său, este succesori în drepturi al M.E.C.T. și nici nu a fost primită de acesta.

Simpla împrejurare că notificarea a fost trimisă la adresa din București unde are sediul indicat și apelanta, astfel cum rezultă din cererea de apel, nu este de natură a complini neajunsurile procedurii de notificare. (...) instanța de control judiciar observă că, referitor la apelantul M.M.A.C.A. nu a existat propriu-zis o procedură de notificare privind deschiderea procedurii insolvenței prevăzute de art. 99 din Legea nr. 85/2014, care să fi fost realizată de către lichidatorul judiciar.”

Constatând că apelantul nu a avut cunoștință de procedura derulată în legătură cu debitorul său din motive ce nu îi sunt imputabile, instanța de apel a apreciat că în mod neîntemeiat a procedat judecătorul sindic, dispunând închiderea procedurii, în condițiile în care unicul creditor al debitoarei nu a fost notificat cu respectarea exigențelor legale în materie.

²³ Curtea de Apel Iași – Secția civilă, decizia nr. 758/2018 din 17 octombrie 2018, publicată în extenso, cu un comentariu realizat de C.A. Susanu în articolul, *Notificarea privind deschiderea procedurii insolvenței. Declarația de creanță. Aspecte teoretice și practice*, în *Revista Phoenix* nr. 70/2019, pp.10-17.

4. Verificarea și înregistrarea creanțelor – atribuție a practicianului în insolvență

Legiuitorul prevede expres că, toate creanțele născute anterior deschiderii procedurii insolvenței, cu excepția creanțelor constatate prin hotărâri judecătorești executorii, precum și prin hotărâri arbitrale executorii, vor fi supuse procedurii de verificare prevăzute de lege în competența administratorului/lichidatorului judiciar.

O primă excepție de la regula verificării obligatorii a creanțelor este cea menționată în cuprinsul art. 105 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 și vizează creanțele constatate prin hotărâri judecătorești executorii, precum și prin hotărâri arbitrale executorii.

În acord cu opinia exprimată în doctrină²⁴, susținem că, deși art. 105 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, face trimitere exclusiv la creanțele constatate prin hotărâri judecătorești executorii, precum și prin hotărâri arbitrale executorii, același text se aplică și în cazul creanțelor constatate prin alte titluri executorii cum sunt actele autentice încheiate de notarul public, cambia, biletul la ordin, cecul, actele izvorâte din contractele de asistență juridică ale avocaților.

Menționăm că, verificarea nu este posibilă, atunci când vorbim de creanțe constatate prin hotărâri judecătorești, deoarece se opune principiului autorității lucrului judecat. Cu toate acestea, administratorul judiciar poate opune stingerea creanței prin plată, compensare sau prescripție.

Tot în cuprinsul art. 105 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 se menționează că, în cazul în care aceste hotărâri judecătorești sau arbitrale sunt anulate, casate sau modificate în căile de atac, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va reface tabelul de creanțe în mod corespunzător. În cazul în care instanța de judecată, anulând sau casând hotărârea, nu dezleagă și fondul dedus judecății, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar va proceda la verificarea acelei creanțe, notificând creditorii în cazul neînscrierii totale sau parțiale a creanței, potrivit prevederilor art. 110 alin. (4). În acest din urmă caz, împotriva măsurii înscrierii parțiale sau neînscrierii în tabel a respectivei creanțe, creditorii pot formula contestație în condițiile art. 59 alin. (5).

Cea de-a doua excepție de la regula verificării obligatorii a creanțelor apare menționată în cuprinsul art. 105 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 și vizează creanțele bugetare rezultând dintr-un titlu executoriu necontestat în termenele prevăzute de legi speciale.

În practica judiciară s-a pus problema limitelor în care intervine această exceptare de la verificare, respectiv dacă ea presupune lipsa oricărei verificări/analize din partea administratorului judiciar sau dacă excepția vizează doar analizarea fondului dreptului de creanță.

Din perspectiva modalității de exercitare a atribuției administratorului/lichidatorului judiciar de verificare a creanțelor bugetare solicitate a fi

²⁴ D.D. Moțiu, F. Moțiu, C.A. Susanu și F.I. Moțu, în R. Bufan, A. Deli-Diaconescu și M. Sărăcuț (coordonatori), *op. cit.*, p. 491.

înscrise la masa credală și a limitelor în care această verificare poate opera, facem trimitere la două decizii pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în cadrul mecanismului de unificare a practicii judiciare instituit prin dispozițiile art. 519 din Codul de procedură civilă.

*Printr-o primă decizie pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție*²⁵ s-a decis, în interpretarea dispozițiilor art. 105 alin. (1) și (2) și art. 106 din Legea nr. 85/2014, că administratorul/lichidatorul judiciar nu are atribuția de a verifica pe fond creanțele bugetare constatate prin titluri executorii, contestate în termenul legal în fața instanței specializate.

Apreciem drept relevante următoarele considerentele reținute de Înalta Curte: „ (...) Administratorul/Lichidatorul judiciar nu poate, pe fond, să analizeze creanța nici în situația în care aceasta a fost contestată, întrucât legiuitorul a prevăzut o cale specială de contestare, respectiv Legea contenciosului administrativ, iar o interpretare contrară ar contraveni principiului constituțional privind unicitatea căilor de atac.

Dispozițiile art. 105 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, ca, de altfel, și dispozițiile art. 66 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, stabilesc regula verificării tuturor creanțelor ce fac obiectul unei cereri de înscriere în tabelul de creanță, de către practicianul în insolvență, iar dispozițiile art. 105 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, la fel ca și art. 66 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, stabilesc excepția de la procedura verificării pentru creanțele izvorâte din titlurile executorii necontestate în termenele prevăzute de legi speciale, în speță fiind vorba despre deciziile de impunere ale Agenției Naționale de Administrare Fiscală.

În ipoteza în care creanța bugetară rezultând dintr-un titlu executoriu a fost contestată în termenele speciale în fața instanței de contencios administrativ, așadar, debitoarea a ales calea contestației administrative prevăzute de art. 205-218 din Codul de procedură fiscală, cum este cazul în speță, administratorul judiciar/lichidatorul nu este competent să analizeze pe fond creanța bugetară, întrucât actele administrative ce o stabilesc – decizia de impunere și raportul de inspecție fiscală – au fost contestate în termen în fața instanței judecătorești competente. În caz contrar, ar fi încălcată competența unei instanțe judecătorești specializate de către administratorul/lichidatorul judiciar, ceea ce ar afecta garanția constituțională prevăzută de art. 126 alin. (6) din Constituția României.

Rațiunea excluderii creanțelor bugetare de la procedura de verificare de către administratorul/lichidatorul judiciar rezultă din reglementarea expresă și obligatorie a acțiunii în contencios administrativ fiscal, prin art. 126 alin. (6) din Constituția României, potrivit căruia controlul judecătoresc al actelor administrative ale autorităților publice, pe calea contenciosului administrativ, este garantat, cu excepția celor care privesc raporturile cu Parlamentul, precum și a actelor de comandament cu caracter militar și, respectiv, a procedurii reglementate de art. 208 din Codul de procedură fiscală.

²⁵ ICCJ, HP - decizia nr. 11 din 18 aprilie 2016, M. Of. nr. 436 din 10.06.2016.

Administratorul/lichidatorul judiciar nu poate infirma acte emise în regim de putere publică, ci doar poate analiza creanța formal, respectiv dacă este plătită parțial sau total, dacă este prescrisă și dacă este contestată, cu menționarea acestui aspect, potrivit art. 58 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 85/2014.

O creanță bugetară rezultând dintr-un titlu executoriu contestat în condițiile legii speciale va fi supusă procedurii de verificare prevăzute de art. 111 alin. (6) din Legea nr. 85/2014, dar această verificare este limitată, deoarece existența dreptului de creanță va fi stabilită în procedura contenciosului fiscal.

Verificarea legalității unei creanțe fiscale cuprinse într-un titlu executoriu nu poate fi efectuată decât în condițiile reglementate de legislația specială, respectiv Codul de procedură fiscală, iar nu în cadrul procedurii insolvenței, supusă unei alte reglementări legale speciale.

Prin urmare, controlul de legalitate/de temeinicie a titlurilor executorii din care izvorăsc creanțe bugetare, pentru care se solicită înscrierea în tabelul de creanță, în ipoteza în care aceste titluri au fost contestate în fața instanței judecătorești în termenele speciale prevăzute de legea specială, revine exclusiv instanței specializate de control administrativ și fiscal, o atare verificare pe fond neputând fi făcută de practicianul în insolvență. În schimb, administratorul/lichidatorul judiciar este obligat, conform atribuțiilor sale legale, să verifice sub aspect formal creanța bugetară ce se solicită a se înscrie în tabelul de creanțe.

Astfel, administratorul/lichidatorul judiciar este obligat să analizeze aspecte ce țin de stingerea parțială sau totală a creanței ori intervenirea prescripției extinctive, precum și caracterul contestat al creanței și să menționeze acest aspect în ce privește creanța respectivă, conform art. 111 alin. (6) din Legea nr. 85/2014.”

În aplicarea soluției pronunțată de Înalta Curte în recurs în interesul legii nr. 11/2016 în practica judiciară²⁶ s-a notat că: “(...) nu pot fi primite susținerile apelantului care indică de ce respectivele creanțe fiscale, constatate prin titluri executorii nu ar, în fapt, datorate de către debitoare și nici criticile acestuia referitoare la modul de efectuare a inspecției fiscale, din moment ce intimata creditoare AJFP s-a înscris provizoriu la masa credală a debitoarei și, ulterior, în temeiul dispozițiilor art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 și-a suplimentat declarația de creanță prin cererile nr. xxxx/12.03.2018, nr. zzzz/14.03.2018 și yyyy/15.03.2018.

Sumele cu care această creditoare și-a suplimentat declarația de creanță sunt cuprinse în decizia de impunere nr. aa/28.02.2019 și în raportul de inspecție fiscală nr. bb/28.02.2016, decizia de impunere nr. cc/09.03.2018 și raportul de inspecție fiscală nr. dd/09.03.2018.

Aceste acte fiscale au fost contestate de apelantul din prezenta cauză în dosarul nr. xxxxx, dar prin sentința civilă nr. 1491/28.11.2018, împotriva căreia s-a promovat acest apel, judecătorul sindic a respins ca prematură cererea, sens în care a reținut incidența art. 105 alin. (2) din legea nr. 85/2016, nu sunt supuse

²⁶ Curtea de Apel Brașov - Secția civilă, decizia civilă nr. 631 din 15.05.2019, publicată pe portal rolîi: <http://www.rolîi.ro/hotarari/5cdf6521e49009a814000038>.

procedurii de verificare a creanțelor prevăzute de art. 105 alin. (1) din lege, creanțele bugetare rezultând dintr-un titlu executoriu necontestat în termenele prevăzute de legile speciale. Aceste dispoziții exclud posibilitatea verificării creanțelor bugetare, inclusiv fiscale, de către practicianul în insolvență sau de către judecătorul sindic.”

*Printr-o a doua hotărâre pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție*²⁷ s-a decis că, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, după caz, poate analiza întinderea creanței constatate printr-un titlu de creanță contestat în condițiile și procedura prevăzută de lege, verificând dacă respectiva creanță include creanțe bugetare născute anterior momentului deschiderii procedurii de insolvență sau ulterior, această activitate nefiind suprapusă controlului de legalitate al instanței de contencios administrativ și fiscal, chiar dacă, în final, este posibil ca întinderea creanței bugetare, înscrisă într-un titlu de creanță contestat, să fie modificată.

Facem trimitere la considerentele relevante reținute de Înalta Curte: “(...) aspecte care țin de stingerea parțială sau totală a creanței ori de intervenirea prescripției extinctive, caracterul contestat al creanței ori tardivitatea depunerii acesteia se înscriu în sfera atribuțiilor de verificare pe care le realizează practicianul în insolvență. Acesta are obligația de a efectua o cercetare amănunțită a fiecărei cereri de admitere, în vederea stabilirii legitimității, valorii exacte și priorității fiecărei creanțe în parte, potrivit dispozițiilor art. 106 alin. (1) din Legea nr. 85/2014. De precizat că, în îndeplinirea atribuției vizând stabilirea legitimității creanței, administratorul/lichidatorul judiciar nu se pronunță asupra valabilității documentelor în baza cărora creditorul solicită înscrierea acesteia, întrucât, așa cum s-a precizat anterior, aceasta ar reprezenta o examinare pe fond și o substituie în atribuțiile puterii judecătorești. Sub acest aspect, administratorul judiciar sau lichidatorul, după caz, verifică doar existența și îndeplinirea cerințelor minimale pentru ca actul exhibit să constituie fundament al cererii de creanță.

Prin urmare, în lipsa unei enumerări exhaustive a competențelor ce intră în sfera verificărilor pe care le realizează administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, după caz, în privința creanțelor bugetare constatate prin titluri executorii, contestate sau necontestate în termenele prevăzute de legi speciale, acesta poate și este obligat să examineze creanțele sub toate aspectele care nu vizează legalitatea măsurii²⁸ de impunere fiscală, care intră în competența exclusivă a instanțelor de contencios administrativ și fiscal.

De aceea, sub aspectul întinderii creanței bugetare, pentru a se stabili dacă este anterioară sau ulterioară deschiderii procedurii de insolvență a debitoarei, o astfel de verificare poate fi efectuată de practicianul în insolvență.”

Menționăm că, prin înserarea alin. (9) al art. 102 din Legea nr. 85/2014, legiuitorul instituie prezumția de valabilitate și corectitudine a tuturor creanțele

²⁷ ICCJ, HP - decizia nr. 53 din 18 iunie 2018, M. Of. nr. 930 din 5.11.2018.

²⁸ Pentru mai multe detalii legate de contenciosul raporturilor de drept fiscal a se vedea I.M. Costea, *Contenciosul financiar și fiscal. Note de curs*, Editura Hamangiu, București, 2022, pp. 157-253.

prezentate a fi admise și înregistrate la greșa tribunalului dacă nu sunt contestate de către debitor, administratorul judiciar sau creditorii, reluând prezumția consacrată și în reglementarea Legea nr. 85/2006 prin dispozițiile art. 66 alin. (3).

5. Întocmirea și înregistrarea tabelului preliminar

Administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va întocmi și înregistra la tribunal tabelul preliminar al creanțelor²⁹ după ce acesta finalizează operațiunea de verificare a tuturor creanțelor depuse la dosar până la momentul expirării termenului limită pentru înregistrarea cererilor.

Potrivit doctrinei³⁰, termenul de "verificare" inserat în dispozițiile art. 110 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 nu are semnificația verificării la care face referire art. 105 din același act normativ, ci are un conținut mai larg, în sensul de analiză a tuturor creanțelor care sunt înregistrate asupra averii debitorului.

Odată cu publicarea tabelului în BPI, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va trimite de îndată notificări creditorilor, ale căror creanțe sau drepturi de preferință au fost trecute parțial în tabelul preliminar de creanțe sau înlăturate, precizând totodată și motivele pentru care a procedat astfel.

În cazul creanțelor care au fost admise potrivit solicitărilor, comunicarea va fi făcută prin afișare la tribunal, iar în cazul creditorilor ale căror creanțe au fost admise numai în parte sau chiar înlăturate, notificarea se face la adresa creditorului și va cuprinde obligatoriu motivele ce au determinat admiterea parțială sau îndepărtarea creanței respective.

Notificarea creditorilor trebuie făcută pentru ca aceștia să cunoască motivele care au determinat fie admiterea numai în parte a creanței lor, fie înlăturarea acestora de la masa credală, pentru a putea contesta tabelul preliminar și a-și formula apărările necesare.

Chestiunea notificării creditorilor ale căror creanțe au fost admise numai în parte sau au fost înlăturate de la masa credală, este una controversată, unii doctrinari³¹ apreciind că notificarea creditorilor trebuie să fie una colectivă, realizată prin publicare în BPI, în timp ce alți autori³² susțin că aceasta trebuie făcută potrivit Codului de procedură civilă, scopul fiind ca aceștia să cunoască motivele care au determinat fie admiterea numai în parte a creanței lor, fie înlăturarea

²⁹ Tabelul preliminar de creanțe cuprinde toate creanțele scadente sau nescadente, sub condiție sau în litigiu, născute înainte de data deschiderii procedurii, acceptate de către administratorul judiciar în urma verificării acestora. În tabel vor fi menționate atât suma solicitată de către creditor, cât și suma acceptată și rangul de prioritate, iar în situația creditorului aflat în procedura insolvenței se va arăta și administratorul judiciar/lichidatorul judiciar desemnat. În cazul procedurii simplificate, în acest tabel se vor înregistra și creanțele născute după deschiderea procedurii și până la momentul intrării în faliment. (conform definiției din art. 5 pct. 69 din Legea nr. 85/2014).

³⁰ N. Țândăreanu, *op. cit.*, p. 402.

³¹ D.D. Moțiu, F. Moțiu, C.A. Susanu și F.I. Moțu, în R. Bufan, A. Deli-Diaconescu și M. Sărăcuț (coordonatori), *op. cit.*, p. 497; N. Țândăreanu, *op. cit.*, p. 404.

³² A.Ș. Rățoi în colectivul Ghe. Piperea Coordonator, autori A.Ș. Rățoi, I. Sorescu, A.P. Dimitriu, C. Antonache, R. Dan, L. Hagiu, *Codul insolvenței, Art. 1-203. Note. Corelații. Explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2017, pp. 597-598.

acesteia de la masa credală, pentru a putea contesta tabelul preliminar și a-și formula apărările necesare.

Tabelul preliminar de creanțe va fi, totodată, publicat în BPI. După publicare, creditorii înscriși în tabelul preliminar de creanțe pot participa la adunările creditorilor.

Referitor la tabele de creanță care pot fi întocmite în procedura insolvenței, Legea nr. 85/2014 menționează, prin reguli stricte, succesiunea în care se întocmesc tabele de creanțe, stabilind că acestea pot fi tabele preliminare de creanțe ori tabele preliminare suplimentare și tabele definitive, respectiv tabele definitive consolidate.

De asemenea, legiuitorul a prevăzut expres și posibilitățile de contestare ale acestor tabele, dar și motivele cât și termenele de contestare.

6. Concluzii

Legea nr. 85/2014 instituie o procedură concursuală și colectivă al cărei principal scop este cel al realizării îndestulării creditorilor care dețin creanțe anterioare deschiderii procedurii asupra averii debitorului.

Ulterior pronunțării hotărârii prin care judecătorul sindic a dispus deschiderea procedurii insolvenței sunt notificați toți creditorii debitorului care vor decide dacă aleg sau nu să îndeplinească formalitățile necesare în vederea înscrierii la masa credală și a dobândirii calității de creditor participant la procedură.

Este necesar ca cererea de declarare a creanței să fie depusă în termenul fixat prin hotărârea de deschidere a procedurii și înregistrată la greua tribunalului, fie de către creditor, personal sau prin reprezentant, fie de către administratorul judiciar, prin registratură, prin poștă sau prin alt mijloc prevăzut de lege.

Dacă cererea este depusă în termen și sunt îndeplinite și celelalte cerințe legale referitoare la probatoriile ce trebuie să însoțească o astfel de cerere, această urmează a fi admisă și creditorul va fi înscris pe tabelul preliminar, acesta dobândind calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură.

Creditorii înscriși în tabelul preliminar de creanțe formează masa credală pasivă a debitorului și beneficiază de toate drepturile recunoscute în procedura insolvenței, respectiv participă la adunările creditorilor, participă la distribuire de fonduri.

Referitor la noțiunea de avere a debitorului, menționăm că aceasta include totalitatea bunurilor și drepturilor ce există în patrimoniul³³ acestuia la data deschiderii procedurii, inclusiv cele dobândite în cursul procedurii insolvenței, care pot face obiectul executării silite, în condițiile reglementate de Codul de procedură civilă, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 5 pct. 5 ale Legii nr. 85/2014.

³³ Pentru mai multe detalii vizând noțiunea de patrimoniu a se vedea O.A. Urda, *Drept comercial român*, ed. a III-a, rev. și ad., Editura Universul Juridic, București, 2019, p. 40.

Referințe

- Adam I., Savu C.N., *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Editura C. H. Beck, București, 2006.
- Avram A., *Procedura insolvenței. Efectele deschiderii procedurii. Primele măsuri*, Editura Hamangiu, București, 2010.
- Bufan R., Deli-Diaconescu A., Sărăcuț M. (coordonatori), coautori Moțiu D.D., Moțiu F., Susanu C.A., Moțu F.I., ș.a. *Tratat practic de insolvență, Vol. I*, ed. a II-a, rev., Editura Hamangiu, București, 2022.
- Cârpenaru St. D., Hotca M.A., Nemeș V., *Codul insolvenței comentat*, Editura Universul Juridic, București, 2014.
- Ciobanu V. M., Nicolae M. (coord.), *Noul Cod de procedură civilă - Vol. I - art. 1-526*, Editura Universul Juridic, București, 2016.
- Comșa M., *Creanțele salariale în procedura insolvenței angajatorului - Studiu de caz*, în *Revista Phoenix*, pp. 16-19, nr. 69/2020.
- Costea I.M., *Contenciosul financiar și fiscal. Note de curs*, Editura Hamangiu, București, 2022.
- Costea I.M., *Controlul fiscal. Comentarii practice*, Editura Hamangiu, București, 2017.
- Gavrilescu L.C., *Relevanța determinării domiciliului participanților la procedura insolvenței în vederea îndeplinirii formalităților de citare și de comunicare*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Seria Științe Juridice*, Tomul LXVII, nr. 2/2021.
- Leș I., *Tratat de drept procesual civil, Vol. I, Principii și instituții generale. Judecata în fața primei instanțe*, Editura Universul Juridic, București, 2014.
- Piperea Ghe. (coord.), *Codul insolvenței, Art. 1-203. Note. Corelații. Explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2017.
- Susanu C.A., *Notificarea privind deschiderea procedurii insolvenței. Declarația de creanță. Aspecte teoretice și practice*, în *Revista Phoenix* nr. 70/2019.
- Susanu C.A., *Declarația de creanță. Creditor îndreptățit să participe la procedură. Delimitări teoretice și aspecte practice*, în *R.R.D.J.* nr. 03/2020, Editura Universul Juridic, București, 2020.
- Țândăreanu N., *Codul insolvenței comentat. Vol. I –art. 1-182*, Editura Universul Juridic, București, 2017.
- Urda O.A., *Drept comercial român*, ed. a III-a, rev. și ad., Editura Universul Juridic, București, 2019.
- Urda O.A., *Răspunderea persoanei fizice autorizate și a întreprinderii individuale în cadrul procedurii simplificate a insolvenței*, [on-line].

Efectele hotărârilor judecătorești.
Limita dintre opozabilitate și obligativitate

The effects of judicial decisions.
The boundaries between third party effect and enforceability

Maria-Eliza Galan¹

Rezumat: Având ca punct de plecare dispozițiile generale din Codul de procedură civilă cu privire la efectele hotărârilor judecătorești, dar și pe cele speciale regăsite în Codul civil în materia coproprietății referitoare la acțiunile în justiție, prezentul studiu își propune să identifice și să analizeze argumentele exprimate în doctrină și în jurisprudență în privința raportului dintre aceste norme. Totodată, studiul aduce în prim-plan Decizia nr. 18 din 17 februarie 2020 a Înaltei Curți de Casație și Justiție incidentă în materia supusă analizei, fiind de interes interpretarea considerentelor acesteia. Lucrarea de față are în vedere granița dintre obligativitatea hotărârilor judecătorești și opozabilitatea acestora, prin raportare la părți, respectiv terțe persoane. Mai mult decât atât, studiul propune și identificarea situației particulare a coproprietarului terț în raport cu o hotărâre judecătorească nefavorabilă pronunțată într-o acțiune în revendicare imobiliară a unui bun aflat în coproprietate. Având în vedere aceste ipoteze de lucru, lucrarea are drept scop formularea unor concluzii privind problema de drept supusă analizei.

Cuvinte-cheie: hotărâri judecătorești, opozabilitate, obligativitate, efecte

Abstract: Starting with the general provisions of the Civil Procedure Code regarding the effects of the court decisions, as well as the special provisions of the Civil Code regarding the role of co-ownership in taking the legal actions, the aim of this study is to identify and analyse the arguments that both the doctrine and the jurisprudence are using in order to describe the connection between these norms. The study is also bringing into discussion the Decision no. 18/17th of February 2020 of the High Court of Cassation and Justice as it has significant implications on the matter. By highlighting the line between the third party effect and enforceability of the court decisions, the study is also analysing the involvement of the parties and third parties. Moreover, the study is looking to identify the particular situation of the third party co-owner when facing an unfavourable court decision regarding immovable property claimed in a real estate matter. Considering all these work hypotheses, the study's final purpose is to lead to the conclusions regarding the legal matter chosen to be analysed and debated.

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: maria.eliza.galan@gmail.com.

Keywords: judicial decisions, third party effect, enforceability, effects

1. Considerații introductive

Hotărârea judecătorească reprezintă rezultatul activității judiciare, fiind considerat cel mai important act jurisdicțional². Astfel, hotărârea judecătorească generează efecte juridice, acestea fiind în concordanță cu principiile efectelor juridice din dreptul civil, așa cum vom arăta în cele ce urmează.

Efectele hotărârilor judecătorești sunt prevăzute expres de către legiuitor în cadrul capitolului al IV-lea din Codul de procedură civilă. În ceea ce privește prezentul studiu, în prima parte ne vom îndrepta atenția asupra dispozițiilor art. 435 C. pr. civ. care reglementează obligativitatea și opozabilitatea hotărârilor judecătorești³.

Prin intermediul abordării acestei teme, ne propunem să delimităm între noțiunea de obligativitate, respectiv de opozabilitate, prin raportare la normele incidente în vigoare. Ca atare, pentru început, vom defini termenii, vom contextualiza utilizarea acestora și vom trasa concluzii cu privire la diferențele de nuanță ce se impun a fi menționate. Apreciem acest demers a fi util, întrucât nu de puține ori au apărut confuzii cu privire la sensul acestor termeni, existând situații în care doctrina sau practica au pus semnul de egalitate între opozabilitate și obligativitate.

Ulterior analizării acestor aspecte, menționăm că se impune să tratăm aceste două efecte ale hotărârilor judecătorești și prin trimitere la situații particulare expres consacrate la nivel legislativ. De asemenea, intenționăm să stabilim distincția dintre principiile specifice dreptului material și efectele specifice dreptului procesual civil.

Prezentul studiu aduce în prim-plan și o analiză a normelor de drept procesual civil în raport de cele de drept civil în privința situației referitoare la coproprietarul terț în raport cu o hotărâre judecătorească care nu îi este favorabilă pronunțată într-o acțiune în revendicare imobiliară a unui bun aflat în coproprietate. Mai exact, demersul inițial de definire și de conceptualizare a unor noțiuni conduce la posibilitatea de identificare a raportului dintre normele de drept procesual civil aplicabile (atât cele din Codul de procedură civilă, cât și cele regăsite în Codul civil).

Astfel, analiza cazului particular anterior enunțat este posibilă doar în urma delimitării între obligativitatea și opozabilitatea hotărârilor judecătorești. Cu această ocazie, arătăm că este esențială examinarea Deciziei nr. 18 din 17 februarie 2020 a Înaltei Curți de Casație și Justiție incidentă în materia supusă analizei, atât în ceea ce privește considerentele acesteia, cât și dispozitivul.

Delimitările conceptuale și terminologice sunt de interes pentru studiul de față și conduc la înțelegerea efectelor pe care le generează hotărârile judecătorești, mai ales că aceste efecte asupra cărora ne îndreptăm atenția necesită o cercetare minuțioasă în ceea ce privește deosebirile dintre acestea.

² I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, 2013, p. 550.

³ A se vedea art. 435 C. pr. civ.

În cele din urmă, cercetarea are în vedere indicarea unor concluzii privind limita dintre opozabilitate și obligativitate, ca efecte ale hotărârilor judecătorești, dar și stabilirea raportului dintre normele de drept procesual civil și cele de drept civil prin interpretarea deciziei menționate.

2. Efectele hotărârilor judecătorești. Obligativitate și opozabilitate

În ceea ce privește tema cercetării, în contextul realizării unor diferențieri, atât la nivel conceptual, cât și terminologic, arătăm următoarele considerații.

Prin intermediul art. 435 C. pr. civ. (cu denumirea marginală „Obligativitatea și opozabilitatea hotărârii”)⁴, legiuitorul stabilește că hotărârea judecătorească este obligatorie față de părți și succesorii acestora și opozabilă terților. Așadar, prin reglementarea actuală s-a făcut această distincție clară între cele două noțiuni.

Cu toate acestea, pentru a contextualiza situația supusă analizei, arătăm că nu întotdeauna a existat această delimitare clară⁵. Mai exact, în reglementarea anterioară, legiuitorul nu a determinat efectele hotărârilor judecătorești în mod expres, cu atât mai puțin obligativitatea și opozabilitatea, la acel moment discuția făcându-se în raport de autoritatea de lucru judecat⁶. Ca urmare a acestei abordări a legiuitorului, tratarea efectelor hotărârilor a fost destul de diferită, revenind jurisprudenței și doctrinei sarcina de a le clarifica.

Așadar, relativitatea efectelor obligatorii ale hotărârii judecătorești, dar și opozabilitatea nu erau reglementate în mod expres în Codul de procedură civilă anterior. În doctrină, s-a conturat ideea relativității efectelor, respectiv a opozabilității, prin prisma celorlalte efecte, așa încât și dezvoltarea acestor principii a fost realizată în maniere diferite⁷.

Odată cu consacrarea expresă a obligativității hotărârii judecătorești, dar și a opozabilității acesteia, nu se mai impune deducerea acestor două efecte prin analiza raportată la alte efecte ale hotărârilor consacrate în același titlu (și care nu fac obiectul prezentei cercetări), ci este suficient, la acest moment, să parcurgem analiza reglementării în sine. Astfel, obligativitatea intervine *inter partes*, în timp ce opozabilitatea intervine *erga omnes*, urmând să dezvoltăm în secțiunile subsecvente aceste afirmații⁸.

⁴ A se vedea art. 435 C. pr. civ.: (1)Hotărârea judecătorească este obligatorie și produce efecte numai între părți și succesorii acestora. (2)Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară.

⁵ A se vedea art. 255-269 Cod de procedură civilă 1865.

⁶ I. Leș, *Tratat de drept procesual civil*, ed. a IV-a, Editura C.H. Beck, București, 2008, pp. 610-617.

⁷ G. F. Ivănescu, *Hotărârea judecătorească civilă. Analiză comparativă NCP-CPC 1865*, Editura Hamangiu, București, 2014, pp. 271-273; I. Deleanu, V. Deleanu, *Hotărârea judecătorească*, Editura Servo-Sat, Arad, 1998, pp. 51-53.

⁸ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 57.

Totodată, chiar dacă în doctrină⁹, cel mai adesea, cele două efecte sunt tratate împreună (chiar și în reglementare sunt regăsite în cuprinsul aceluiași articol, însă în alineate diferite), subliniem că acestea trebuie cercetate separat, mai ales că să ne raportăm fie la părți și succesorii acestora, fie la terți, după caz.

Secțiunile următoare sunt dedicate, pe rând, celor două efecte ale hotărârilor judecătorești supuse analizei, urmând să stabilim care sunt granițele între acestea și cum se raportează doctrina, dar și jurisprudența în ceea ce le privește.

2.1. *Obligativitatea efectelor hotărârilor judecătorești. Noțiune și fundament*

Noțiunea de obligativitate a hotărârii judecătorești este în strânsă legătură cu noțiunea de relativitate a efectelor hotărârii judecătorești, principiu importat din dreptul civil. Relativitatea presupune o îngrădire, încadrarea între niște limite, acest sens fiind transpus și în materie de drept procesual civil¹⁰. Cu alte cuvinte, dacă discutăm despre relativitatea efectelor hotărârii judecătorești, ne referim la stabilirea unor limite în care respectiva hotărâre judecătorească este obligatorie. Obligativitatea hotărârii beneficiază de consacrare expresă și presupune că hotărârea produce efecte numai între părți și succesorii acestora¹¹.

Cu toate acestea, în doctrină s-a afirmat că relativitatea efectelor juridice ale actelor jurisdicționale nu poate fi privită în aceeași manieră cu relativitatea efectelor juridice ale actelor convenționale, existând nuanțe cu privire la limitele impuse de acest principiu¹².

Ceea ce este important de subliniat privind relativitatea efectelor contractului și relativitatea efectelor actului jurisdicțional este că, în cazul ambelor tipuri de acte juridice, efectele se răsfrâng asupra părților: fie părțile contractuale, fie cele participante la proces, după caz. Prin urmare, referitor la izvorul relativității efectelor, distingem următoarele cazuri. Dacă ne raportăm la contract, izvorul este în voința părților contractante, în timp ce, dacă ne raportăm la hotărârea judecătorească, apare necesară intervenția judecătorului¹³.

În prezentul studiu facem referire la relativitatea efectelor obligatorii ale hotărârii, existând și noțiunea de relativitate a lucrului judecat, această din urmă noțiune semnificând imposibilitatea de a readuce în discuție în litigii viitoare a chestiunilor tranșate¹⁴. Situația privind relativitatea lucrului judecat nu face obiectul prezentei cercetări, așa încât vom face distincțiile necesare dintre relativitate și opozabilitate doar cu referire la obligativitatea hotărârii judecătorești, nu și cu referire la autoritatea de lucru judecat.

⁹ M. Tăbărcă, *Drept procesual civil*, vol. II, Editura Solomon, București, 2017, pp. 720-721; C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura C. H. Beck, București, 2016, pp. 323-324; M. Dinu, *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, 2020, pp. 389-391.

¹⁰ G. F. Ivănescu, *op. cit.*, p. 271.

¹¹ A se vedea dispozițiile art. 435 alin. (1) Cod procedură civilă.

¹² Pentru detalii referitoare la principiul relativității efectelor actelor jurisdicționale, respectiv convenționale, a se vedea I. Deleanu, *op. cit.*, p. 57.

¹³ A. Nicolae, *Relativitatea și opozabilitatea efectelor hotărârii judecătorești*, Editura Universul Juridic, București, 2008, p. 135.

¹⁴ *Idem*.

În mod firesc, hotărârea judecătorească produce efecte numai față de persoanele la care se referă și care au participat la judecată, indiferent dacă au stat în judecată personal sau prin reprezentant. Un argument este reprezentat de faptul că efectele obligatorii ale actului jurisdicțional nu se pot răsfrânge asupra terților, în sensul de a crea obligații pentru aceștia, cât timp nu au beneficiat de drepturile reglementate, printre care nici de posibilitatea de a formula pretenții sau apărări, după caz.

În vederea interpretării normei incidente, facem o precizare cu privire la părțile față de care hotărârea produce efecte. Așadar, arătăm că sunt părți acele persoane care stau în proces, indiferent dacă participă în mod efectiv prin efectuarea unor acte de procedură sau dacă doar au aptitudinea de a-și apăra interesele, însă nu realizează acte de procedură în cauză.

De asemenea, referitor la părți, considerăm esențială mențiunea privind posibilitatea de a sta în judecată personal sau prin reprezentant, cu specificarea că reprezentanții nu intră în categoria părților, deoarece doar exerceți drepturile procedurale în numele părților, nesubstituindu-se în persoana acestora¹⁵. Totodată, din interpretarea art. 55 C. pr. civ. reiese că nu sunt părți nici persoanele care participă la proces în calitate de experți, martori sau interpreți¹⁶. Mai mult decât atât, în situația în care procurorul participă la judecată, subliniem că acesta nu poate fi considerat parte, fiind străin de raportul juridic dedus judecării¹⁷.

Însă, norma nu se rezumă la a menționa obligativitatea față de părți, ci face trimitere expresă și la succesorii părților¹⁸. Această manieră de reglementare comportă câteva discuții, întrucât este necesar să stabilim cine face parte din categoria acestor succesori, hotărârea judecătorească fiind obligatorie și pentru aceștia din urmă. Astfel, succesorii ar putea beneficia de efectele hotărârilor judecătorești sau, din contră, li s-ar putea opune acestea.

Categoria succesorilor (avânzii-cauză, cum mai sunt ei numiți) cuprinde succesorii universali și cu titlu universal, succesorii cu titlu particular și creditorii chirografari¹⁹. În ceea ce privește situația succesorilor universali sau cu titlu universal, remarcăm că sunt incidente normele privind devoluțiunea succesorală, inclusiv posibilitatea acestor succesori de a dobândi drepturile și obligațiile defunctului. Astfel, pot beneficia de hotărârile favorabile autorului lor sau li se pot opune hotărârile judecătorești pronunțate în contradictoriu cu autorul lor.

Referitor la succesorii cu titlu particular, în mod asemănător cu categoria anterior menționată, aceștia pot invoca și cere executarea hotărârilor judecătorești favorabile autorilor lor, însă le pot fi și opuse acele hotărâri pronunțate

¹⁵ A se vedea dispozițiile art. 80 C. pr. civ.: *Părțile pot să exercite drepturile procedurale personal sau prin reprezentant. Reprezentarea poate fi legală, convențională sau judiciară.*

¹⁶ A se vedea dispozițiile art. 55 C. pr. civ.: *Sunt părți reclamantul și pârâțul, precum și, în condițiile legii, terțele persoane care intervin voluntar sau forțat în proces.*

¹⁷ Această opinie este exprimată și de D.N. Theohari în G. Boroi (coord.), *Noul cod de procedură civilă*, vol. I, ed. a II-a, Editura Hamangiu, 2016, pp. 300-305. A se vedea și dispozițiile art. 92 și urm. C. pr. civ. privind participarea procurorului în procesul civil.

¹⁸ A se vedea dispozițiile art. 435 alin. 2 Cod procedură civilă.

¹⁹ G. F. Ivănescu, *op. cit.*, pp. 278-283.

contra autorilor acestora. Cu privire la această categorie, există anumite particularități dacă transferul dreptului litigios operează în cursul litigiului, întrucât devin aplicabile dispozițiile art. 39 C. pr. civ.²⁰. Astfel, subliniem că în ipotezele tratate de legiuitor prin intermediul articolului anterior menționat, hotărârea judecătorească produce de drept efecte și contra succesorului cu titlu particular, cu excepția cazurilor în care acesta a dobândit dreptul cu bună-credință și nu mai poate fi evins²¹.

Textul de lege nu se oprește la a menționa că hotărârea produce de drept efecte, ci reglementează și faptul că hotărârea îi va fi opozabilă succesorului cu titlu particular. Considerăm criticabilă utilizarea noțiunii de opozabilitate²² în această situație, fiind cel puțin interpretabil sensul folosit de legiuitor în art. 39 alin. 3 C. pr. civ. Analizând această dispoziție, ar părea că în această ipoteză se face referire la noțiunea de obligativitate, hotărârea producând efecte contra succesorului cu titlu particular, nefiind doar opozabilă acestuia din urmă.

În ceea ce privește creditorii chirografari, în doctrină există opinii diverse privind încadrarea acestora în categoria succesorilor sau a terților²³. În mod cert, referitor la creditorii chirografari nu putem afirma că operează vreo transmisiune a unor drepturi, fiind doar beneficiarii unui drept de gaj general, așa cum este reglementat acest drept prin intermediul dispozițiilor art. 2324 C. civ.²⁴. În ipoteza în care îi considerăm terți, așa cum apreciem și noi, deducem că efectele hotărârii se manifestă în temeiul opozabilității și nu în temeiul obligativității. În doctrină s-a exprimat și ideea conform căreia nu ar fi terți desăvârșiți și că hotărârea judecătorească produce efecte obligatorii față de creditorii chirografari, aceștia suportând variațiile patrimoniului debitorului lor²⁵.

De asemenea, arătăm că regula generală trasată de legiuitor prin intermediul art. 435 C. pr. civ. comportă și unele situații de excepție, fiind vorba despre anumite cazuri în care legea prevede altfel. Studiul de față are în vedere tratarea pe larg a unui astfel de caz particular (privind coproprietatea), însă, pentru o privire de ansamblu, ne propunem să indicăm și alte situații.

Cu titlu de exemplu, în materia controlului de legalitate realizat de instanța de contencios administrativ, legea²⁶ prevede că hotărârea judecătorească prin care se dispune anularea unui act administrativ cu caracter normativ produce efecte *erga omnes*. Se remarcă, astfel, o nuanțare a efectelor hotărârilor judecătorești, fiind incidentă o extindere a acestora.

²⁰ Pentru detalii privind art. 39 C. pr. civ. a se vedea G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil*, ed. a V-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2020, p. 53.

²¹ A se vedea dispozițiile art. 39 C. pr. civ.

²² A se vedea sensul noțiunii de opozabilitate în secțiunea 2.2 a prezentului studiu.

²³ G. I. Ivănescu, *op. cit.*, p. 282; A. Nicolae, *op. cit.*, p. 192; I. Deleanu, *op. cit.*, p. 66.

²⁴ A se vedea dispozițiile art. 2324 C. civ. cu denumirea marginală „Garanția comună a creditorilor”.

²⁵ G. I. Ivănescu, *op. cit.*, p. 282.

²⁶ A se vedea art. 23 din Legea nr. 554/2004; Decizia nr. 10/2015 a ICCJ-Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, publicată în M. Of. nr. 458 din 25.06.2015.

Pe de altă parte, putem menționa și situația hotărârilor constitutive de drepturi, întrucât în unele cazuri se poate afirma că și acestea produc efecte *erga omnes*. În acest sens, în mod clar efectele se produc față de titular, dar, văzând specificul acestei categorii de hotărâri, putem afirma că și toate celelalte persoane (mai precis, terții) trebuie să le respecte. Având ca punct de plecare ideea expusă, în doctrină s-a afirmat chiar apariția unei confuzii între opozabilitate și obligativitate în acest caz²⁷. Pentru o clarificare a ipotezei, luând drept exemplu hotărârea de anulare a unui act de stare civilă, aceasta este opozabilă oricărei persoane, dar mai mult decât atât, terții trebuie să o respecte ca atare. În ceea ce ne privește, în situația aceasta particulară, apreciem că se pune în discuție opozabilitatea hotărârii judecătorești față de terți, nu obligativitatea acesteia, fiind totuși posibilă trasarea unei limite între cele două efecte.

Așadar, obligativitatea hotărârii judecătorești are în vedere părțile din proces și succesorii acestora, cea din urmă categorie fiind tratată în doctrină, legiuitorul indicând doar că hotărârea judecătorească produce efecte și față de succesori. În continuare, ne propunem să delimităm noțiunea de obligativitate de cea de opozabilitate, prin identificarea unor concluzii privind și sensul de opozabilitate. Având stabilite aceste două repere, studiul își propune să abordeze cazul particular al acțiunii în revendicare, caz în care sunt incidente tocmai noțiunile în discuție.

2.2. Opozabilitatea hotărârilor judecătorești. Noțiune și fundament

În mod firesc, ne îndreptăm atenția și asupra noțiunii de opozabilitate, așa cum este ea stabilită de către dreptul procesual civil. Totodată, menționăm că inclusiv în legislație acest termen e utilizat cu sensuri diferite (a se vedea discuția anterioară privind art. 39 alin. 3 C. pr. civ.), demersul propus fiind unul util pentru a putea trata, mai apoi, și situații particulare care nu se circumscriu regulii.

Pentru început, aducem în discuție dispozițiile art. 435 alin. 2 C. pr. civ., articol care redă ideea de opozabilitate a hotărârii judecătorești astfel: „*Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară*”.

În mod cert, este necesar să stabilim care sunt aceste terțe persoane față de care operează opozabilitatea, dar și cum se face dovada contrară pentru a înlătura efectele opozabilității, în special care sunt mijloacele procedurale care pot fi utilizate.

În primul rând, hotărârea judecătorească nu produce efecte în mod direct față de terți, aspect ce reiese cu claritate din textul de lege. Concluzia este una firească, cât timp terțul nu a fost parte în proces, nu a susținut vreo pretenție, nu a formulat apărări și nici nu a beneficiat de garanții procedurale. Ca atare, dat fiind faptul că hotărârea conturează un fapt juridic nou în ordinea juridică, terții nu-l pot ignora, astfel încât hotărârea produce efecte în mod indirect și față de aceștia, dar pe tărâmul opozabilității.

²⁷ Pentru această opinie, a se vedea G. I. Ivănescu, *op. cit.*, p. 304.

Însă, legea prevede și cazuri în care terțul devine parte în proces, situație în care efectele hotărârilor judecătorești operează pe tărâmul obligativității. Amintim situațiile privind intervenția voluntară și forțată în proces²⁸, respectiv introducerea din oficiu de către instanță a unor terți, în ipotezele stabilite de norme²⁹. În anumite cazuri, precum cel prevăzut de art. 70 C. pr. civ., legiuitorul prevede expres că hotărârea produce efecte și față de cel chemat în judecată care dobândește poziția procesuală de reclamant. De această dată, se recurge la folosirea sintagmei „produce efecte” pentru a se sublinia cât mai clar care este efectul intervenției forțate raportat chiar la hotărârea judecătorească ce urmează a fi pronunțată în cauză.

În al doilea rând, prezintă interes explicarea modalității de invocare a dovezii contrare pentru a se înlătura opozabilitatea unor alte hotărâri judecătorești³⁰. Mai mult decât atât, în doctrină s-a precizat că ar fi vorba despre o prezumție atipică,³¹ întrucât, într-un litigiu în curs de desfășurare, se poate invoca opozabilitatea efectelor unei alte hotărâri judecătorești, fără a fi necesar ca cele statuate în respectiva hotărâre să fie probate. Cu toate acestea, terțul poate face dovada contrară, cu mențiunea că aceasta trebuie realizată în condițiile legii. Pentru înlăturarea opozabilității avem în vedere invocarea de către terț a unor elemente noi, indiferent de modalitate: pe calea unei apărări pe fondul cauzei sau pe cale de acțiune³².

În cele din urmă, se remarcă distincția dintre sensul pe care legea îl conferă opozabilității, respectiv obligativității hotărârii, cu implicații practice.

În această ordine de idei, așa cum am arătat anterior, în unele cazuri există o limită fină între relativitate și opozabilitate, dar concluzia este că nu se poate pune semnul de egalitate între noțiuni, iar termenii trebuie utilizați cu sensul propriu în funcție de context.

3. Cazul particular al acțiunii în revendicare imobiliară a unui bun aflat în coproprietate

Lucrarea de față aduce în prim-plan ipoteza în care se formulează o acțiune în revendicare imobiliară a unui bun aflat în coproprietate. În special, ne propunem să analizăm cazul coproprietarului terț în raport cu o hotărâre nefavorabilă pronunțată în această materie. Cercetarea are ca punct de plecare lămuririle aduse noțiunilor de opozabilitate și obligativitate, dar și decizia Înaltei

²⁸ G. Durac, *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2020, pp. 184-189.

²⁹ Pentru detalii, a se vedea N.H. Țit, *Situații particulare referitoare la exercitarea rolului activ al judecătorului în procesul civil*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași. Seria Științe Juridice*, Tomul LXV, nr. 2/2019, pp. 29-43.

³⁰ A. Buligai-Vrâncănu, *Câteva aspecte despre opozabilitatea hotărârilor judecătorești*, în *Revista Themis*, nr. 2/2020, accesat online la adresa <http://inm-lex.ro/wp-content/uploads/2020/12/4.Opozabilitatea-hot-jud-Buligai-alexandru-1.pdf> în data de 15.12.2022.

³¹ *Idem*.

³² În doctrină se prezintă ideea conform căreia se poate formula acțiune în constatare. A se vedea A. Nicolae, *op. cit.*, p. 387.

Curți de Casație și Justiție nr. 18 din 17 februarie 2020 pentru dezlegarea unor chestiuni de drept.

Ipoteza de lucru vizează situația terțului coproprietar în contextul acțiunilor în justiție pe care le pot introduce coproprietarii, spre deosebire de reglementarea anterioară³³. Astfel, norma prevede că fiecare coproprietar poate sta singur în justiție, fără a se face distincție în funcție de calitatea sa procesuală, în orice acțiune privind coproprietatea, menționându-se expres cazul acțiunii în revendicare.

În cel de-al doilea alineat al articolului 643 C.civ. se reglementează efectele hotărârilor judecătorești pronunțate în această materie. Mai exact, se disting două cazuri, după cum acestea profită sau nu coproprietarilor. Coproprietarii pot sta singuri în justiție, astfel se naște premisa existenței unor coproprietari care sunt terți față de respectivul litigiu. Așadar, prima situație prevăzută de lege se referă la hotărârile care sunt în folosul coproprietății, caz în care acestea profită tuturor coproprietarilor. În această ipoteză specială, putem interpreta că hotărârile favorabile produc efecte și față de coproprietarii care nu au avut calitatea de părți.

În cea de-a doua ipoteză, hotărârile judecătorești potrivnice unui coproprietar nu sunt opozabile celorlalți coproprietari. În doctrină, această situație a fost încadrată în categoria inopozabilităților legale a hotărârilor³⁴.

Consacrarea legislativă expresă a inopozabilității hotărârii față de coproprietarii terți a condus la confuzii de interpretare în practică. Drept consecință, într-un litigiu în care s-a pus în discuție situația specială reglementată în Codul civil privind acțiunea în revendicare în cazul coproprietății, Curtea de Apel Suceava a sesizat Înalta Curte de Casație și Justiție pentru a se pronunța o hotărâre prealabilă cu privire la următoarea ipoteză: dacă dispozițiile art. 643 alin. 2 C. civ. instituie o excepție de la opozabilitatea hotărârii judecătorești, reglementată de art. 435 alin. 2 C. pr. civ. Mai exact, văzând cele două norme, s-a pus problema raportului dintre acestea și cum ar trebui să se facă aplicarea în practică.

Curtea a analizat această chestiune, fiind avute în vedere două interpretări conturate și argumentate, însă diametral opuse.

În prima interpretare, s-a subliniat că art. 435 alin. 2 C. pr. civ. nu distinge cu privire la opozabilitate, fiind vorba despre oricare terțe persoane, concluzia fiind că și în cazul particular enunțat ar fi trebuit ca hotărârea judecătorească să fie opozabilă terților coproprietari³⁵. S-a subliniat că această hotărâre s-ar opune terților cu valoarea unui fapt juridic și a unui mijloc de probă, mai exact de prezumție relativă. Cu alte cuvinte, s-a considerat că trebuie să se dea eficiență normei generale consacrate în Codul de procedură civilă.

³³ Anterior modificării legislative, în materia coproprietății era consacrată regula unanimității. Pentru detalii a se vedea A. Nicolae, *op. cit.*, pp. 206-209.

³⁴ G. I. Ivănescu, *op. cit.*, 295.

³⁵ A se vedea paragraful nr. 41 din Decizia nr. 18/2020.

Referitor la ipoteza expusă, unele instanțe au exprimat și ideea conform căreia prin sintagma „nu sunt opozabile” legiuitorul a dorit să se refere de fapt la noțiunea de obligativitate. Mai exact, potrivit art. 643 alin. 2 C. pr. civ., hotărârea potrivnică nu ar fi putut să producă efecte obligatorii față de terț, însă i-ar fi putut fi opozabilă³⁶.

În mod firesc, nu putem fi de acord cu această interpretare, având în vedere sensul termenilor în discuție exprimat în secțiunile anterioare. În privința acestui text de lege, subliniem că nu poate fi vorba despre obligativitate, așa cum reiese cu claritate din interpretarea normei în ansamblul său. Așa cum am arătat în preambulul prezentului studiu, ne aflăm chiar într-o situație de confuzie între opozabilitate și obligativitate. Simpla interpretare conform căreia hotărârile judecătorești nu ar fi obligatorii față de terți, însă opozabile acestora conduce la o concluzie greșită și diferită de reglementare în sine.

În cea de-a doua interpretare, s-a arătat că hotărârea potrivnică nu ar fi opozabilă în niciun mod coproprietarului terț, dispozițiile art. 643 alin. 2 C. civ. instituind o excepție de la opozabilitatea hotărârii. În argumentare s-a menționat că o altă interpretare ar conduce la imposibilitatea aplicării dispozițiilor din Codul civil în vreo situație și, de asemenea, că acestea au fost reglementate tocmai ca o modalitate de protejare a terțului coproprietar.

În atare ipoteză, s-a afirmat și că opozabilitatea hotărârii nu poate reprezenta o extindere a autorității lucrului judecat față de terți³⁷. Referitor la argumentul expus, considerăm că nu s-ar putea confunda ideea de opozabilitate cu cea de autoritate de lucru judecat, cu atât mai puțin în privința terților. În acest sens, legiuitorul a prevăzut distinct efectele hotărârilor judecătorești, indicând expres când acestea se produc față de părți, respectiv față de terți. O altă concluzie ar conduce la schimbarea sensului dat de către legiuitor și la o imposibilitate de delimitare între obligativitate și opozabilitate.

Pentru a stabili care este raportul dintre aceste norme și cum se face aplicarea lor, Curtea a recurs la interpretarea gramaticală. Prin urmare, în primul rând a stabilit dacă sensul termenului „opozabilitate” este același în ambele texte, întrucât, așa cum am prezentat anterior, mai există situații în care sensul poate fi nuanțat. Cu toate acestea, Curtea a statuat că sensul este același, și anume, se referă la opozabilitatea *stricto sensu* a unor hotărâri judecătorești.

În continuare, Curtea a recurs la interpretarea teleologică a normelor juridice incidente, astfel încât a statuat că dispozițiile din Codul civil au un caracter special în raport de cele din Codul de procedură civilă ce au un caracter general. Mai mult, rezolvarea conflictului dintre norme s-a realizat prin aplicarea principiului *lex specialis derogant generali*, traducându-se astfel: dispoziția din Codul civil derogă de la norma generală prevăzută în Codul de procedură civilă și se aplică cu prioritate. Așadar, norma generală reprezintă regula, iar cea specială, excepția³⁸.

³⁶ A se vedea paragraful nr. 54 din Decizia nr. 18/2020.

³⁷ A se vedea paragraful nr. 50 din Decizia nr. 18/2020.

³⁸ A se vedea paragraful nr. 112 din Decizia nr. 18/2020.

Cu alte cuvinte, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că norma cu caracter special (art. 643 alin. 2 teza a doua C. civ.) instituie o excepție de la norma cu caracter general (art. 435 alin. 2 C. pr. civ.). Mai exact, hotărârea judecătorească potrivnică poate fi ignorată de către coproprietarul terț, atât ca realitate juridică, cât și ca fapt juridic în sens restrâns³⁹.

Odată soluționată această problemă de interpretare prin intermediul deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție, ne îndreptăm atenția și asupra art. 643 alin. 3 C. civ. Având în vedere că și un singur coproprietar poate sta în justiție având calitate procesuală activă, în mod evident, restul coproprietarilor nu au calitatea de părți în proces, situație în care o hotărâre judecătorească nefavorabilă acestora din urmă, nu le-ar fi opozabilă. În acest context, pârâtul are interes ca toți coproprietarii să fie introduși în cauză, având drept motivare tocmai dorința ca hotărârea judecătorească să producă efecte față de toți, chiar și în situația în care nu le-ar profita. Astfel, potrivit dispoziției legale în vigoare, dacă terții coproprietari nu ar fi atrași în proces și nu ar dobândi calitatea de parte, ar putea să invoce inopozabilitatea hotărârii cu succes. În acest caz, pârâtul ar trebui să se apere ori de câte ori s-ar formula o cerere de chemare în judecată împotriva sa, fără să poată să opună autoritatea de lucru judecat.

Așadar, legiuitorul a venit în sprijinul pârâtului arătând că, atunci când acțiunea nu este introdusă de toți coproprietarii, acesta ar putea cere introducerea în cauză a terților coproprietari în calitate de reclamanți, făcându-se trimitere la instituția chemării în judecată a altor persoane reglementată în Codul de procedură civilă⁴⁰. Această trimitere la dispozițiile din Codul de procedură civilă se referă doar la procedura reglementată în cazul respectivei instituții, aplicându-se în mod corespunzător. Totodată, se remarcă că, în cazul despre care discutăm, doar pârâtul ar putea formula cerere de chemare în judecată a altor persoane în termenul și condițiile prevăzute în dreptul procesual civil.

Cu alte cuvinte, cazul particular adus în discuție are o relevanță practică deosebită, iar stabilirea modalității de aplicare a normelor incidente de către Înalta Curte de Casație și Justiție a reprezentat un demers oportun care a pus capăt oricăror discuții doctrinare, respectiv practicii neunitare în privința acestei materii.

De asemenea, pe lângă soluționarea aspectelor privind conflictul de norme, decizia adusă în discuție, prin intermediul considerentelor, lămurește și aspectele teoretice privind opozabilitatea și obligativitatea hotărârii, fiind un reper în analiza și interpretarea dispozițiilor legale incidente.

4. Concluzii

În ceea ce privește obiectul studiului de față, ne-am propus să delimităm între noțiunile de opozabilitate și obligativitate, demers pe care l-am realizat cu prioritate. Totodată, această abordare a fost necesară pentru a analiza un caz

³⁹ A se vedea paragrafele nr. 113-116 din Decizia nr. 18/2020.

⁴⁰ A se vedea dispozițiile art. 68-71 C. pr. civ.

aparte, având ca punct de plecare Decizia nr. 18/2020, dar și noțiunile analizate în prima parte a cercetării.

Referitor la interogația lansată de către Curtea de Apel Suceava, nu ar fi fost suficient să analizăm concluzia exprimată prin intermediul Deciziei nr. 18/2020 a Înaltei Curți de Casație și Justiție- Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, întrucât, în paragrafele acesteia, se fac trimiteri către aspecte teoretice și practice privind chestiunea pusă în discuție, fiind necesar să arătăm delimitările la nivel conceptual și terminologic.

Așadar, scopul acestui studiu a fost de a parcurge etapele privind definirea, contextualizarea și interpretarea noțiunilor, dintr-o perspectivă critică, culminând cu analiza concluziei exprimate prin intermediul deciziei anterior menționate.

Pentru a conchide, arătăm că au existat și încă există confuzii între opozabilitatea, respectiv obligativitatea hotărârii judecătorești, chiar dacă, în prezent, există text de lege care face distincția între acestea. Această confuzie apare chiar din maniera de reglementare, atunci când se folosesc acești termeni cu alt sens decât cel exprimat prin intermediul normei generale analizate.

Referitor la această problemă ivită în practică, revine și instanțelor sarcina de a interpreta normele juridice în ansamblul lor, având ca punct de plecare chiar scopul normei. Astfel, atunci când în textul de lege apar termeni precum „opozabil”, „obligatoriu”, „produce efecte”, „profită”, „se opun”, este necesar să se acorde o atenție sporită acestora, interpretarea să fie conformă cu sensul exprimat de către legiuitor în fiecare caz în parte.

În concluzie, diferența clară dintre cele două noțiuni constă în delimitarea dintre părți, succesorii părților și terți. În urma încadrării în una dintre cele trei categorii putem analiza dacă este vorba despre opozabilitatea hotărârii sau despre obligativitatea acesteia. Astfel, în situația acțiunii în revendicare reiese că este vorba despre opozabilitate față de terți, efect suprimat prin intermediul normei speciale reglementate în Codul civil.

Referințe

- Boroi G., Stancu M., *Drept procesual civil*, ed. a V-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2020.
- Buligai-Vrânceanu A., *Câteva aspecte despre opozabilitatea hotărârilor judecătorești*, în *Revista Themis*, nr. 2/2020.
- Deleanu I., Deleanu V., *Hotărârea judecătorească*, Editura Servo-Sat, Arad, 1998.
- Deleanu I., *Tratat de procedură civilă*, vol. II, Editura Universul Juridic, București, 2014.
- Dinu M., *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, București, 2020.
- Durac G., *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2020.
- Ivănescu G. F., *Hotărârea judecătorească civilă. Analiză comparativă NCPC-CPC 1865*, Editura Hamangiu, București, 2014.
- Leș I., *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, 2013.
- Leș I., *Tratat de drept procesual civil*, ed. a IV-a, Editura C.H. Beck, București, 2008.
- Nicolae A., *Relativitatea și opozabilitatea efectelor hotărârii judecătorești*, Editura Universul Juridic, București, 2008.
- Roșu C., *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura C. H. Beck, București, 2016.

Tăbărcă M., *Drept procesual civil*, vol. II, Editura Solomon, București, 2017.

Theohari D.N. în G. Boroș (coord.), *Noul cod de procedură civilă*, vol. I, ed. a II-a, Editura Hamangiu, 2016.

Țit N.H., *Situații particulare referitoare la exercitarea rolului activ al judecătorului în procesul civil*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași. Seria Științe Juridice*, Tomul LXV, nr. 2/2019, pp. 29-43.

(So)arta pledoariei. *Verba volant?*

The (fate) art of pleading

Oana Munteanu¹, Sorin-Claude Modreanu²

Rezumat: Încă din antichitate, arta oratorică (*ars bene dicendi*) se afirmă ca o componentă esențială a societății. Fiind un instrument pentru politicieni, juriști și nu numai, o bună stăpânire a comunicării a devenit o aptitudine indispensabilă. Desigur, intelectualii au început treptat să se preocupe de această artă din perspectivă metodologică, creând școli de retorică și teoretizând cunoștințele în materie. Astfel, evocând cele mai importante figuri ale oratoriei și explorând teoria acestei arte, am analizat dezvoltarea acesteia până la forma pe care o are în prezent, cu o atenție deosebită pentru componenta judiciară a oratoriei, pledoaria avocatului.

Cuvinte cheie: oratorie, comunicare, retorică, pledoarie, cuvânt.

Abstract: From ancient times, the oratorical art (*ars bene dicendi*) affirms itself as an essential component of society. Being an instrument for politicians, jurists and more, the ability to communicate became an indispensable aptitude. Naturally, intellectuals gradually started to show interest for this art from a methodological perspective, starting schools of rhetoric and theorizing the knowledge on the subject. Therefore, by evoking the most important figures of oratory and exploring the theory behind this art, we analyzed its development until it reached the form it has in present times, with a particular interest for the judicial component of oratory, the lawyer`s plead.

Keywords: oratory, communication, rhetoric, plead, word.

1. *Breviar istoric*

În engleză, *plead* (în franceză *plaider*), din latinescul *placitum*³, semnifică, literalmente, “acel lucru care face plăcere, un lucru asupra căruia există consens”⁴. Așadar, conținutul acestei noțiuni sugerează finalitatea unei pledoarii, de a face

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea “Alexandru Ioan Cuza” Iași, e-mail: oana.munteanu93@yahoo.com.

² Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea “Alexandru Ioan Cuza” Iași, e-mail: modreanu.sorin@yahoo.com.

³ https://www.etymonline.com/word/plead?ref=etymonline_crossreference#etymonline_v_16473, consultat la 20.04.2022, traducerea ne aparține.

⁴ Idem, consultat la 20.04.2022.

plăcere și de a genera consens. Dimensiunea persuasivă, specifică pledoariei, tocmai către asta tinde, să întărească, argumentat, o anumită părere astfel încât aceasta să fie primită întocmai și de către cei care anterior aveau o altă optică asupra aceluiași subiect. Așa fiind, este doar natural modul în care cei mai abili oratori au transformat această activitate în artă. Rațiunile dezvoltării artei oratoriei nu sunt doar utilitare, și anume convingerea publicului sau a unei persoane, ci și estetice, deoarece, așa cum s-a demonstrat de-a lungul istoriei, publicul se aduna cu plăcere atunci când marii oratori luau cuvântul.

În această lucrare vom explora înțelesul noțiunii de pledoarie și evoluția acesteia, încercând să conturăm o imagine despre modul în care aceasta era înțeleasă în trecut față de forma ei actuală.

Pledoaria este în primul rând un discurs persuasiv. Așadar, putem presupune fără să exagerăm că aceasta, în formele ei inițiale, precede forma pe care a dobândit-o în procedurile judiciare. În această scurtă introducere la tema studiată, vom cerceta geneza acestei cuvântări menite să convingă, mai cu seamă în ipostazele sale studiate, când cel care pledează urmează anumite criterii și reguli pentru a obține un efect cât mai puternic.

Retorica se învață, elocvența e un talent.⁵ Elocvența este “însușirea de a fi elocvent; arta de a vorbi frumos, emoționant, convingător.”⁶ Acest atribut stă, așa cum vom observa în cursul acestei lucrări, în centrul artei oratorice. Astfel, în funcție de experiența și talentul oratorului, rezultatul poate fi poate fi îmbunătățit. Într-o epocă în care informația se difuzează preponderent oral⁷, “în agora din Atena sau în forumul roman”⁸, oratorii iau cuvântul din ce în ce mai des⁹ pentru a transmite și pentru a convinge. Locul pe care aveau mai târziu să îl aibă avocații era, în Grecia antică, ocupat de logografi. Aceștia din urmă puteau fi angajați pentru a redacta cele ce urmau a fi susținute de părți într-un cadru judiciar. În mod logic, importanți logografi au fost, de asemenea, importanți oratori.¹⁰ În acest fel, retorica, arta de a convinge, își croiește locul pe care nu avea să-l mai părăsească din litigii.

Se cuvine să evocăm doi dintre cei mai importanți exponenți ai artei oratorice (*ars bene dicendi*¹¹) ai lumii antice, Cicero și Demostene¹². Este, așadar, important să observăm impactul pe care aceștia l-au avut asupra civilizațiilor romane și greci, căutând astfel să explicăm importanța și atenția pe care o primea această abilitate de a construi și de a susține public un discurs. O trăsătură

⁵ A. Billard, *La rhétorique antique (1): Histoire de l'art oratoire*, 2021, disponibilă la adresa web: <https://eduscol.education.fr/odysseyum/la-rhetorique-antique-1-histoire-de-lart-oratoire>, consultat la 14.04.2022.

⁶ <https://dexonline.ro/definitie/elocventa>, consultat la 26.05.2022.

⁷ A. Billard, *op. cit.*

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ M. F. Quintilian, *Arta oratorică*, Editura Minerva, colecția Biblioteca pentru toți, 1974, p. 207.

¹² C. Packham, *Cicero's Ears, or Eloquence in the Age of Politeness: Oratory, Moderation, and the Sublime in Enlightenment Scotland, Eighteenth-Century Studies*, vol. 46, nr. 4/2013, p. 499.

comună, putem să o numim esențială, a celor doi mari oratori este, conform doctrinei, elocvența¹³. De asemenea, conform aceluiași autor, există diferențe fundamentale între arta oratorică din prezent și cea din antichitate, aceasta din urmă fiind orientată către sublim, aflată perpetuu în căutarea perfecționării, spre deosebire de cea modernă, mai temperată și mai simplă¹⁴.

Demostene, unul dintre marii oratori greci, și ai întregii istorii, care a trăit cu aproximativ 3 secole înaintea lui Cicero, în secolul al IV-lea î. Hr.¹⁵, a fost chiar modelul acestuia.¹⁶ Au fost conservate aproximativ 61 de discursuri¹⁷, între care numeroase discursuri politice, care, în timp, i-au adus importante atribuții în Atena.¹⁸ Acesta a fost delegat să meargă în Macedonia pentru a trata cu regele Filip al II-lea al Macedoniei, a reușit să reunească Atena și să o facă să adopte o poziție mai agresivă față de Macedonia, a fost delegat să meargă la Argos și Messene în Pelopones pentru a împiedica formarea unei alianțe dăunătoare cu regele Filip al II-lea al Macedoniei și în 342 î. Hr. i s-a încredințat misiunea de a constitui o ligă elenă pentru a rezista militar Macedoniei.¹⁹

Carierea sa politică și cea, să-i spunem, deși nu este o denumire precisă, judiciară, sunt susținute de talentul său pentru oratorie. Discursurile de impact, persuasive și care să fie capabile să capteze atenția publicului sunt în mod egal necesare în ambele sale cariere. Mai aproape de tema noastră ar fi totuși cariera judiciară, care a luat forma profesiei de *logographos*²⁰. Această profesie inedită s-a format deoarece, în Atena secolului al IV-lea, care era deja o democrație, cetățenii nu aveau dreptul de a fi asistați, precum în prezent, de un avocat. Aceștia aveau însă posibilitatea de a angaja un logograf, precum Demostene, care să le redacteze discursul pe care aveau să-l susțină în față instanței de judecată. Și așa cum astăzi un bun avocat stăpânește, într-o măsură suficientă, arta oratoriei pentru a încerca să influențeze în avantajul său cursul demersurilor judiciare, un logograf stăpânește la rândul său arta discursului, deoarece discursurile pregătite de aceștia sunt menite să fie susținute oral de părți²¹.

Cicero, care a trăit între anii 106 î. Hr. și 43 î. Hr. este exponentul artei oratorice romane, pe care Seneca îl numea “singurul spirit de proporțiile imperiului”²².

În Roma în care s-a format Cicero, existau deja școli de retorică înființate de oratorii greci, unde se studia discursul deliberativ și discursul judiciar.²³ În

¹³ C. Packham, *op. cit.*, p. 499.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 499-500.

¹⁵ <https://www.worldhistory.org/Demosthenes/>, consultat la 26.04.2022.

¹⁶ Cicero, *Arta oratoriei*, Editura Saeculum I. O., ediție bilingvă, text latin și traducere, însoțite de studiu introductiv, note și indice de T. Diaconescu, București, 2020, p. 11.

¹⁷ <https://www.worldhistory.org/Demosthenes/>, consultat la 26.04.2022.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ P. Lévêque, *Aventura greacă*, volumul al II-lea, colecția Biblioteca de artă, arte și civilizații, Editura Meridiane, București, 1987, pp. 19-26.

²⁰ <https://www.worldhistory.org/Demosthenes/>, consultat la 26.04.2022.

²¹ <https://www.britannica.com/biography/Demosthenes-Greek-statesman-and-orator>, consultat la 27.04.2022.

²² Seneca, v. *Controversiae, praefatio* II, *apud* Cicero, *op. cit.*, p. 5.

mod natural, ulterior înființării acestor instituții, romanii au început să redacteze propriile lucrări de oratorie, aculturând și adaptând aceste învățături la cultura romană. Datând din anii 86-80 î. Hr., primul tratat de retorică în latină a fost atribuit lui Cicero.²⁴ Acest aspect ne poate oferi o dimensiune mai bună a locului oratoriei în sec. I înainte de Hristos. Observăm o preocupare autentică a societății, și, mai cu seamă, a intelectualilor acelor vremuri pentru cultivarea abilităților oratorice, lucru care reprezintă premisa culmilor pe care această artă le-a atins în antichitate. De asemenea, diminuarea treptată a acestor preocupări în societate explică, așa cum vom observa în continuare, lipsa unor evoluții importante a structurii unei pledoariei, astfel cum o regăsim în continuare în doctrină²⁵.

„În vremea lui Cicero, două curente opuse stăpâneau elocința: *asianismul* și *aticismul*. (...) Discursul aticist, sobru și elegant, fără figuri de stil, este înlocuit cu discursul asianic, rafinat, emfatic, împodobit.”²⁶ Așadar, oratoria era deja o disciplină matură, care năștea înăuntrul ei diferite curente și orientări. Aceasta urmează pașii firești ai evoluției oricărei arte, idei opuse asupra aceluiași subiect se întâlnesc și nasc contradicții fertile, care în timp rafinează și sporesc anvergura acesteia. “(...) Cicero a creat o nouă orientare care reprezintă o sinteză a virtuților asianice și atice. Această nouă direcție se numește rhodiană, în memoria lui Molon din Rhodos, care a modelat excesele oratorice ale lui Cicero în perioada când se afla la studii în Grecia.”²⁷ În *De Oratore*. “El (Cicero, n. n.) consideră elocința ca regină a științelor și artelor (...). Acesta (stilul oratoric, n. n.) trebuie să aibă virtuți multiple: claritate, abundență, puritate, proprietate, conveniență, demnitate, să îmbine expresivitatea lingvistică cu cea extralingvistică și să ducă, în ultimă instanță, la concilierea dintre real și ideal.”²⁸

Se cuvine, în acest context, să amintim și un exponent român al acestei arte perene, care nu a fost neglijată în spațiul românesc. Încă din secolul al XIX-lea, există studii importante privind arta retoricii²⁹. Resursele nu sunt puține, ținând cont că secolele al XIX-lea și al XX-lea au fost abundente în pledanți excepționali. Putem evoca nume importante precum Mihail Kogălniceanu, Titu Maiorescu, D. Alexandrescu, Take Ionescu, Matei Cantacuzino, Nicolae Titulescu³⁰, “maestri ai cuvântului, care se bucurau de o autoritate de necontestat și de un mare prestigiu social și de breaslă, cei mai mulți dominând și viața politică.”³¹

²³ *Ibidem*, pp. 6-7.

²⁴ *Idem*.

²⁵ C. Sălăvăstru, *Mic tratat de oratorie*, ed. a III-a, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Iași, 2021, *in integrum*.

²⁶ Cicero, *op. cit.*, p. 7.

²⁷ *Ibidem*, p. 8.

²⁸ *Ibidem*, p. 10.

²⁹ Y. Eminescu, *Pledoarii celebre. Antologie de oratorie judiciară*, Editura Lumina Lex, București, 1995, pp. 150-151.

³⁰ *Ibidem*, pp. 151-153.

³¹ *Ibidem*, p. 153.

Între toate aceste figuri ilustre am ales să-l evocăm pe Barbu Ștefănescu Delavrancea, pe care Titu Maiorescu îl numea³² “cel mai strălucit orator al României contemporane”³³. Capacitățile sale remarcabile s-au manifestat în mai multe domenii, precum literatura, dreptul și politica, fiind scriitor, avocat, om politic și ziarist.³⁴ Aria întinsă de materii pe care le stăpânea a fost baza deprinderilor sale, astăzi renumite, în arta oratoriei. “Rar așa perfectă armonie la cuvânt, ton și gest”.³⁵ Prin pasiunea cu care își servea profesia și, implicit, arta oratorică, asemenea figuri îi readuc, cel puțin pentru moment, frumosul și complexitatea pe care aceasta le avea în antichitate.

Observăm astfel cum modelul consacrat în trecut funcționa în continuare, cei care stăpâneau arta oratoriei fiind printre cei mai renumiți profesioniști ai dreptului și oameni politici de seamă deopotrivă. Acest lucru este notabil prin prisma faptului că ilustrează capacitatea unor maeștri ai elocinței de a-și câștiga locul în roluri esențiale societății vremurilor și de a influența, prin cuvântul lor înțelept și răsunător, importante evenimente din istoria unei țări.

Dezvoltarea oratoriei în Antichitate a venit firesc, ca o încununare a rafinării acestui instrument major al omenirii – limbajul – prin care oamenii au depășit bariere de spațiu și timp, au învățat să trăiască împreună comunicând. Treptat, au descoperit că acest instrument poate fi și un redutabil mijloc de persuasiune și că un bun vorbitor, care se pricepea să găsească argumentele cele mai puternice, mai inspirate și mai seducătoare, obținea nu doar atenția ascultătorilor, ci și un subtil ascendent asupra lor, orientându-le opțiunile și deciziile. S-a conturat astfel o artă a oratoriei, bazată pe principii și tehnici speciale, menite să capteze bunăvoința și interesul ascultătorilor. Artă elocinței, această “splendoare a retoricii”, cum o numea semiologul și istoricul ideilor Tzvetan Todorov³⁶ a înflorit cu deosebire în Atena lui Pericle (bun orator el însuși) și în Roma lui Cicero. Cel din urmă a afirmat-o deschis: “(...) nimic nu mi se pare mai frumos decât să captivezi prin puterea cuvântului atenția unei adunări, să incite mintea ascultătorilor și să le determini voințele într-un sens sau altul. Aceasta este prin excelență arta care a înflorit întotdeauna la orice popor liber (...)”³⁷ O artă care a decăzut și s-a estompat până la dispariție, odată cu prăbușirea tipului de societate care îi dăduse naștere, realitate deplânsă de Tacit, de pildă, la circa un secol și jumătate de la moartea lui Cicero: “Adesea tu mă întrebi, Fabius Justus, de ce secolele precedente au cunoscut o înflorire și o abundență de oratori celebri, cu talent atât de faimos, în timp ce evul nostru, steril

³² *Ibidem, op. cit.*, p. 153.

³³ T. Maiorescu, *Critice*, București, vol. 3, 1930, p. 259 *apud idem*.

³⁴ M. Mora., *Biblioteca marilor procese*, Anul I, mai-iulie 1924, nr. 4-5, Editura “Curierul Judiciar”, București, 1924, pp. 11-12.

³⁵ *Ibidem*, p. 9.

³⁶ Tzvetan Todorov, *Teorii ale simbolului*, București, Univers, 1983, *apud* C. Sălăvăstru, *op. cit.*, p. 18.

³⁷ Cicero, *Despre orator*, I, VIII, în: Cicero, *Opere alese*, II, București, Univers, 1973, p. 27, *apud* C. Sălăvăstru, *op. cit.*, p. 16.

și lipsit de această glorie oratorică, aproape că a uitat până și termenul de orator.”³⁸

În prezent, deși nu a dispărut, arta oratoriei ocupă un loc mai marginal între preocupările avocaților. Un argument în sprijinul formei actuale a pledoariilor, orientate către eficiență și concizie, pe deoparte din pricina numărului mare de cauze aflate pe rolul instanțelor de judecată, ar fi tocmai dispariția curții cu jurați din România, în anul 1938. Judecătorul, fiind un profesionist, se poate concentra asupra aspectelor de conținut, trecând peste forma în care acestea sunt prezentate de avocat. Cu toate acestea, complexitatea și fluiditatea unor situații sau noțiuni și prestigiul tradițional al profesiei păstrează un loc important pledoariei și în prezent. Elocința avocatului face diferența atât de importantă între a realiza un act strict profesional, într-o modalitate sterilă, utilitară, și a răspunde cerințelor procedurii judiciare într-o modalitate deși metodică și cu pricepere structurată, estetică și care să provoace admirația celor care o ascultă.

2. În căutarea unei definiții a pledoariei

În absența unei definiții oficiale mulți juriști au încercat să stabilească sensul noțiunii de pledoarie, cele mai elocvente venind în mod natural nu de la teoreticienii, ci de la practicienii dreptului – îndeosebi din rândul avocaților pledanți:

Jacques Charpentier³⁹ considera că pledoaria este: “o voce, un corp, un joc de umbre și de lumini în tăcere, o elocvență reținută, o atenție ce nu este niciodată distrasă.”⁴⁰

Jean-Denis Bredin⁴¹ descrie pledoaria drept: “cuvinte aruncate în vânt și apoi imediat pierdute, cuvinte care protestează, cuvinte care se opun și care scutură greutatea ordinii stabilite.”⁴²

Pentru Jean-Marc Varaut reprezintă: “o linie în noapte, o rachetă care moare la naștere, prora unei bărci în mare”⁴³, în timp ce pentru Daniel Soulez-Larivière nu este altceva decât: “greutatea inimii asupra cuvintelor.”⁴⁴

O definiție mai apropiată de terminologia juridică de care suntem inevitabil atrași este oferită de André Damien, conform căruia pledoaria este:

³⁸ Tacite, *Dialogue des orateurs*, Paris, Les Belles Lettres, 1985, *apud* C. Sălăvăstru, *op. cit.*, p. 18.

³⁹ Președintele Consiliului Baroului din Paris între anii 1938-1945 precum și președinte al Societății de legislație comparată între anii 1955-1957, pentru mai multe detalii, a se vedea: ***, *Eloge de M. le Bâtonnier Jacques Charpentier*, în *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 26, nr. 4/1974, pp. 869-877, articol disponibil la adresa web: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1974_num_26_4_15642, site consultat la data de 16.01.2022.

⁴⁰ *Remarques sur la parole*, Éd. Dalloz-Sirey, 1944 *apud* P. Créhange, *Introduction à l'art de la plaidoirie*, 4^e éd., Gazette du Palais, 2019, p. 61.

⁴¹ Membru al Academiei Franceze, ales în data de 15 iunie 1989, a fost cunoscut și admirat nu doar pentru talentul oratoric ci și pentru scrierile sale, cu precădere cele concentrate pe istoria contemporană, în acest sens: https://en.wikipedia.org/wiki/Jean-Denis_Bredin, accesat la 25.05.2022.

⁴² *Préface de l'annuaire de l'association des secrétaires et anciens secrétaires de la conférence apus* P. Créhange, *op. cit.*, p. 61.

⁴³ *L'abominable Dr. Petiot*, France Loisir, 1990 *apud* P. Créhange, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁴ *Parole d'avocat*, Herrman, 1994 *apud* P. Créhange, *op. cit.*, p. 61.

“expunerea orală și dezvoltarea verbală a pretențiilor justițiabililor, discuțiile privind apărările părții adverse și ale obiecțiunilor legale, dezvoltarea argumentelor justificative ale reclamantului sau ale inculpatului.”⁴⁵

Conform definiții oferite de Dicționarul Explicativ al Limbii Române, pledoaria este o: “*Expunere orală făcută de un avocat în fața unei instanțe judecătorești pentru apărarea cauzei uneia dintre părțile implicate în proces.*”⁴⁶

O definiția similară o regăsim și în dicționarul Le Petit Robert⁴⁷ în acord cu care pledoaria constă în “acțiunea de a pleda” sau a expunerea orală a faptelor dintr-un proces și a pretențiilor justițiabilului, făcute de acesta sau cel mai adesea de un avocat.

În realitate, niciuna dintre definițiile expuse *supra* nu reușește să surprindă cu adevărat esența, pledoaria fiind un concept mult mai cuprinzător.

Pledoaria este o știință bazată pe tehnici retorice, teatrale și de comunicare ce permit realizarea unui rezumat, a unei sinteze, a unei expuneri de argumente în fața tuturor persoanelor ce trebuie convinse.⁴⁸

Într-o manieră simplistă, pledoaria este, într-adevăr, expunerea orală și structurată a unei cauze exercitată cu scopul de a convinge.⁴⁹ Într-un proces, pledoaria reprezintă expresia finală a dreptului la apărare, un drept fundamental cu caracter constituțional⁵⁰, ce își găsește reglementarea și în cadrul Convenției Europene a Drepturilor Omului⁵¹.

Atunci când prin lege se prevede că asistența juridică este una obligatorie și, ca atare, îndeplinirea actelor de procedură nu se poate realiza direct de către parte ci de către persoana desemnată, *ergo*, avocatul, pledoaria este realizată de acesta din urmă, ipoteză în care putem să ne referim la pledoarie drept - *postulație*.

Ca atare, pledoaria reprezintă finalmente un act judiciar ce se supune anumitor reguli procedurale sau anumitor uzanțe consacrate de-a lungul timpului în cadrul proceselor desfășurate în fața instanțelor de judecată.⁵²

De aceea, la apelul părților, avocații vor preciza *ab initio* dacă aceștia reprezintă sau asistă părțile din proces, în funcție de prezența sau lipsa acestora din urmă. În acest sens, în Franța avocații vor atenționa instanța la debutul

⁴⁵ André Damien et Henri Ader, *Règles de la Profession d’Avocats*, Dalloz, 2006-2007, *apud* P. Créhange, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁶ <https://dexonline.ro/definitie/pledoarie>, accesat la 25.04.2022.

⁴⁷ <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/plaidoirie>, accesat la 24.05.2022.

⁴⁸ P. Créhange, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Art. 24 din Constituția României – Dreptul la apărare: “(1) Dreptul la apărare este garantat. (2) În tot cursul procesului, părțile au dreptul să fie asistate de un avocat, ales sau numit din oficiu.”

⁵¹ Art. 6 alin. 2 din CEDO – Dreptul la un proces echitabil: ” 2. Orice acuzat are, în special, dreptul: c) să se apere el însuși sau să fie asistat de un apărător ales de el și, dacă nu dispune de mijloacele necesare pentru a plăti un apărător, să poată fi asistat în mod gratuit de un avocat din oficiu, atunci când interesele justiției o cer.”

⁵² P. Créhange, *op. cit.*, p. 62.

pledoariei cu formula: "*Je plaide corps présent*" atunci când clienții sunt prezenți în sala de judecată.⁵³

3. Regimul juridic al pledoariei:

3.1. Avocații – principalii actori ai pledoariei

Pledoaria este prin excelență un act specific avocatului, misiunea acestuia de a asigura reprezentare sau asistență juridică în fața organelor cu atribuții jurisdicționale⁵⁴ conducând la un quasi-monopol în această privință.

Potrivit dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. d) din Legea 51/1995: "*Activitatea avocatului se realizează prin: (...) d) asistență și reprezentare juridică în fața instanțelor judecătorești, a organelor de urmărire penală, a autorităților cu atribuții jurisdicționale, a notarilor publici și a executorilor judecătorești, a organelor administrației publice și a instituțiilor, precum și a altor persoane juridice, în condițiile legii*".

Excepțiile în această privință sunt prevăzute de lege, sens în care amintim:

- prevederile art. 83 alin. (1) C. proc. civ.: "*În fața primei instanțe, în apel, precum și în recurs, persoanele fizice pot fi reprezentate de către avocat sau alt mandatar. Dacă mandatul este dat unei alte persoane decât unui avocat, mandatarul nu poate pune concluzii asupra excepțiilor procesuale și asupra fondului decât prin avocat, atât în etapa cercetării procesului, cât și în etapa dezbaterilor.*";
- prevederile art. 83 alin. (2) C. proc. civ.: "*În cazul în care mandatarul persoanei fizice este soț sau o rudă până la gradul al doilea inclusiv, acesta poate pune concluzii în fața oricărei instanțe, fără să fie asistat de avocat, dacă este licențiat în drept.*";
- prevederile art. 22 alin. (1) din Legea 51/1995: "*Avocatul stagiar poate pune concluzii numai la judecătorie și poate asista ori reprezenta partea la organele și instituțiile prevăzute la art. 3.*"
- prevederile art. 22 alin. (3) din Legea 51/1995: "*Avocatul definitiv are dreptul să pună concluzii la toate instanțele, cu excepția Înaltei Curți de Casație și Justiție și Curții Constituționale, unde va putea pune concluzii dacă are o vechime neîntreruptă în profesie de cel puțin 5 ani de la definitivare.*"

Din punct de vedere juridic, pledoaria reprezintă pentru avocat o obligația contractuală izvorâtă din contractul de asistență juridică încheiat cu

⁵³ Idem.

⁵⁴ Atât Codul de procedură civilă cât și Legea privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat utilizează atât noțiunea de "asistare", cât și de "reprezentare". Între cele două noțiuni nu se poate pune semnul egalului, de vreme ce în cazul asistenței juridice justițiabilul se prezintă personal alături de avocatul său, în timp ce în cazul reprezentării avocatul ia locul justițiabilului și acționează în numele acestuia în baza unui contract denumit mandat *ad litem*. În cauzele penale regula este reprezentată de asistența juridică motivat de obligativitatea prezenței personale a suspectului sau inculpatului, astfel încât asistența poate avea loc fără a discuta în mod obligatoriu de o pledoarie.

clientul sau, în unele cazuri, chiar o obligație legală, cu referire aici la cazurile de asistență juridică obligatorie în cauzele penale⁵⁵ sau civile.

În alcătuirea pledoariei avocatul are libertate deplină, fiind cenzurat doar de normele deontologice, în relația sa cu clientul nefiind ținut a da socoteală despre modalitatea în care și-a construit sau susținut pledoaria, indiferent dacă pledoaria în sine reprezintă o activitate pentru care a fost convenit un onorariu distinct.⁵⁶

3.2. *Durata pledoariei*

În mod abstract, libertatea de a vorbi a avocaților este nelimitată, aceștia având teoretic posibilitatea de a își doza pledoaria cum doresc, acesta fiind poate și motivul pentru care există deopotrivă avocați care pot pleda foarte mult timp dar conferă senzația că au fost succinți dar și avocați care pledează doar pentru câteva minute care par interminabile.⁵⁷

Tot jurisprudența franceză ne oferă un bun exemplu în acest sens. Astfel, întrebând fiind de către judecător de cât timp are nevoie pentru pledoaria sa, avocatul Fourcade răspunde instanței simplu: „nu știu”. Sesizând surprinderea instanței, avocatul precizează în continuare: „Acest lucru depinde de dumneavoastră, nu de mine. Mă voi opri când voi avea senzația că am convins instanța.”⁵⁸

În cadrul unui proces civil, președintele completului de judecată poate limita durata pledoariei fie stabilind de la bun început timpul acordat pentru fiecare parte fie prin solicitarea adresată avocatului în timpul pledoariei de a conchide în cazul în care se consideră lămurit.⁵⁹ Acest lucru nu înseamnă cu prisosință faptul că judecătorul nu dorește să asculte susținerile tuturor părților din dosarele pe care le instrumentează ci, dimpotrivă, poate reprezenta o modalitate de a își doza atenția astfel încât să fie în măsură să acorde interesul meritat fiecărei cauze în parte, fără riscul ca pledoariile inițiale să epuizeze concentrarea necesară celor finale.

În aceste situații, avocatul este nevoit să se adapteze și să își scurteze discursul pentru a se încadra în timpul acordat fiind permis, bineînțeles, ca în situația în care avocatul apreciază că au rămas chestiuni importante de subliniat să readucă în discuție dreptul său de a pleda fără limită în timp pentru a reuși să își completeze ideile și susținerile.⁶⁰

Un bun avocat trebuie să se poată adapta constant și să fie capabil să sesizeze chiar și cele mai imperceptibile semne ce pot trăda nerăbdare din partea instanței. În acest sens, chiar dacă inițial îi fuseseră acordate două ore pentru a își

⁵⁵ *Exempli gratia*, art. 90 din Codul de procedură penală.

⁵⁶ P. Créhange, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁷ P. Créhange, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁸ J.-D. Bredin et Th. Levy, *Convaincre: dialogue sur l'éloquence*, Odile Jacob, 1997, p. 302 *apud* P. Créhange, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁹ Aspect ce reiese indirect dar neîndoelnic din textul articolului 216 alin. (4) C. proc. civ: „Președintele poate să limiteze în timp intervenția fiecărei părți. În acest caz, el trebuie să pună în vedere părții, înainte de a-i da cuvântul, timpul pe care îl are la dispoziție.”

⁶⁰ P. Créhange, *op. cit.*, pp. 67-68.

expune pledoaria, avocatul, sesizând primele semne de iritare, se va limita la doar 20 de minute și o va realiza cât mai eficient. Un avocat slab va rămâne obstinant la cele două ore acordate, indiferent de circumstanțe, pentru că acesta este incapabil să își ajusteze discursul și să își croiască argumentele în funcție de auditoriu.⁶¹

În realitate: "oratorul, întocmai precum un chirurg, trebuie să urmărească ceasul pentru a controla durata anesteziei".⁶²

Pledoaria este astăzi, însă, un exercițiu amenințat: procedurile scrise sunt din ce în ce mai favorizate în reorganizarea progresivă a justiției, în detrimentul realizării lor orale istorice.⁶³ Pentru acest motiv, este posibil ca foarte curând pledoaria să devină doar o îndepărtată amintire, o instituție strălucitoare a unei epoci apuse.

3.3. Protecția juridică a pledoariei - aspecte de proprietate intelectuală

Potrivit dispozițiilor art. 7 din Legea 8/1996: "Constituie obiect al dreptului de autor operele originale de creație intelectuală în domeniul literar, artistic sau științific, oricare ar fi modalitatea de creație, modul sau forma de exprimare și independent de valoarea și destinația lor, cum sunt: a) scrierile literare și publicistice, conferințele, predicile, **pledoariile**, prelegerile și orice alte opere scrise sau orale, precum și programele pentru calculator."

Protecția dreptului de autor este limitată, însă, de textul articolului 35 alin. (2) din Legea 8/1996 în acord cu care: "(...) În condițiile prevăzute la alin. (1), sunt permise reproducerea, distribuirea, radiodifuzarea sau comunicarea către public, fără un avantaj direct sau indirect, comercial sau economic: (...) b) de scurte fragmente ale conferințelor, alocuțiunilor, **pledoariilor** și ale altor opere de același fel, care au fost exprimate oral în public, cu condiția ca aceste utilizări să aibă ca unic scop informarea privind actualitatea." Cu respectarea dispozițiilor legale anterior redată, o pledoarie ar putea fi publicată, așadar, chiar fără acordul autorului.⁶⁴

Recunoașterea dreptului de autor în ceea ce privește pledoaria nu este niciodată o chestiune recentă, încadrarea pledoariei în sfera de protecție a proprietății intelectuale reprezentând o materializare legală a unei soluții antice.

Jurisprudența franceză mai veche a statuat faptul că: "Pledoaria reprezintă fructul cercetării întreprinse de avocat, al reflecțiilor sale, rezultatul unei operațiuni intelectuale de unde se naște discursul ce tinde spre manifestarea adevărului."⁶⁵

⁶¹ J.D. Bredin, Th. Lévy, *Convaincre: Dialogue sur l'éloquence*, Editions Odile Jacob, 1997, p. 301.

⁶² Cernelutti cité par Remo Danovi in Pascal Souris, *Tactiques et stratégies judiciaires*, Bruylant, 2009, p. 256 *apud* P. Créhange, *op. cit.*, p. 68.

⁶³ M. Barbou, *L'art de plaider en défense aux assises: analyse dialogique et argumentative d'une Technique sociale du sentiment: le cas del'affaire Courjault*. Droit. Conservatoire national des arts et métiers-CNAM, 2017, p. 25.

⁶⁴ P. Créhange, *op. cit.*, p. 68.

⁶⁵ T. civ. Seine, 1^{er} ch., 13 févr. 1952, Gaz. Pal. 1952, 1, jur, p. 205, concl. Albaut, D. 1952, jur., p. 245 *apud* P. Créhange, *op. cit.*, p. 68.

Mergând pe firul acestei interpretări s-ar putea ajunge la concluzia că ceea ce este protejat de lege ar fi ideea – privită ca rezultat al muncii intelectuale a avocatului în soluționarea unei spețe. Or, acest lucru este prohibit de textul articolului 9 din Legea 8/1996, în acord cu care: ”Nu pot beneficia de protecția legală a dreptului de autor următoarele: a) ideile, teoriile, conceptele, descoperirile științifice, procedeele, metodele de funcționare sau conceptele matematice ca atare și invențiile, conținute într-o operă, oricare ar fi modul de preluare, de scriere, de explicare sau de exprimare.”

Este de netăgăduit faptul că pledoaria are la bază atât o activitatea creativă cât și una tehnică, cea din urmă fiind reprezentată de suma argumentelor juridice ce stau la baza discursului pentru a îi oferi acestuia concludență. Cu toate acestea, nu raționamentul juridic este cel care conferă rangul pledoariei de ”creație intelectuală”, acesta fiind de la un anumit punct comun în spețe similare.

În realitate, protecția juridică a dreptului de autor se răsfrânge asupra modalității concrete de expunere a ideilor, privită drept chintesența tuturor activităților inerente construirii unei pledoarii, de la interpretarea legii aplicabile, coroborarea teoriilor și opiniilor doctrinare până la avansarea unor idei proprii.⁶⁶

În situația proceselor cu nume sonore sau a cazurilor de notorietate ziarele obișnuiau să publice pledoariile *in integrum* sau realizau un rezumat urmat de o citare extensivă, jurnaliștii comentând frecvent calitatea pledoariei în baza reacțiilor auditoriului.⁶⁷

4. Componentele pledoariei

4.1. Componenta intelectuală

Arta pledoariei presupune fără dubiu anumite calități intelectuale și psihice indispensabile pe care unii oratori le-au dobândit de la naștere în timp ce alții au fost nevoiți să parcurgă un lung și sinuos drum pentru a le deprinde.⁶⁸

Cunoașterea impecabilă a dispozițiilor legale – este imposibil să poți vorbi într-un mod clar și convingător în privința unui lucru fără a îl studia în prealabil și mai ales, fără a îl înțelege. Ținând cont de faptul că auditoriul avocatului este compus preponderent din cunoscători ai dreptului, competența avocatului va fi deseori stabilită prin raportare la nivel cunoștințelor sale de drept material și procesual.⁶⁹

Stăpânirea la perfecție a regulilor de drept și de procedură de către avocat îl poate ajuta pe acesta să identifice anumite erori în desfășurarea ședinței de

⁶⁶ Pentru mai multe detalii în acest sens, a se vedea: N. Boboc, *Scurte considerații cu privire la dreptul de autor asupra operelor avocaților*, disponibil la adresa web: <https://www.juridice.ro/608559/scurte-consideratii-cu-privire-la-dreptul-de-autor-asupra-operelor-avocailor.html>, articol consultat la data de 08.02.2022.

⁶⁷ James M. Donovan, *Culture and the Courts in France*, în *Law and History Review*, Vol. 35, nr. 3/2017 p. 797, disponibilă la adresa web: https://www.jstor.org/stable/10.2307/26564541?seq=1&cid=pdfreference#references_tab_contents, pp. 797-798.

⁶⁸ P. Créhange, *op. cit.*, p. 75.

⁶⁹ *Idem.*

judecată, să răspundă rapid la o chestiune tehnică, să aducă în discuție sau să reacționeze în cazul unui incident procedural.⁷⁰

Cunoașterea limbii române – formularea unui discurs ține în primul rând de sintaxă, de gramatică, de ortografie și de conjugare. Cuvintele sunt periculoase și de aceea trebuie utilizate cu atenție pentru a nu conduce la discursul spre conotații nedorite, ambigue sau polisemantice.

În limbajul judiciar avocatul trebuie să elimine cuvintele inexacte, inutile sau indezirabile pentru a evita riscul unor erori de exprimare iar pentru a reuși acest lucru, trebuie cunoscută în primă fază originea exactă a cuvântului și nu sensul aproximativ.⁷¹

Odată rostite cuvintele nu mai pot fi restrânse, de aceea avocatul trebuie să acorde o atenție sporită cuvintelor pe care le pronunță în timpul pledoariei, exercițiu dificil mai ales în cazul improvizației când avocatul ar trebui să vorbească mai lent pentru a își găsi cuvintele potrivite.

Stilul conservator și rigid al discursului juridic ce și-a pus amprenta și în cazul pledoariei avocatului până la prima jumătate a secolului trecut este ușor atenuată de tendința de simplificare a structurilor sintactice, în încercarea de a oferi discursului un caracter concis și neechivoc. În atare condiții, riscul de a folosi termeni imprecizi sau de a denatura sensul cuvintelor este unul destul de scăzut.⁷²

Virtuțile morale – pentru a putea apăra justițiabilii și pentru a veghea și garanta drepturile fundamentale ale acestora, avocatul trebuie să cunoască legea și să asigure respectarea acesteia.

În plus, în fața unui abuz de drept un avocat trebuie să intervină cu mult curaj și să nu tacă pentru a înlătura liniștea ce refuză dreptul, birocrăția ce înăbușă spiritul și negarea ce asuprește libertatea.⁷³

Avocatul se confruntă cu o varietate de spețe alături de o gamă eterogenă de clienți, fiind nevoie de un spirit tolerant și curajos pentru a face față tuturor provocărilor pentru că la momentul dezbaterilor un avocat trebuie să fie combativ și luptător.⁷⁴

Diversitatea dosarelor conferă în timp avocatului deprinderi tehnice, artistice și chiar științifice, toate acestea fiindu-i necesare pentru a putea sintetiza și prezenta magistratului într-o manieră clară și precisă speța dedusă judecătii.

Marii avocați pledanți au ajuns la aceeași concluzie: pentru a fi un bun orator nu trebuie să te oprești niciodată din citit, pentru că memoria este cea mai bună armă a avocatului.⁷⁵

⁷⁰ *Ibidem*, p. 76.

⁷¹ *Ibidem*, p. 77.

⁷² O. Arhip, *Teoria argumentării. Retorica modernă. Structuri și strategii argumentative în discursul juridic, politic și literar*, Editura Sedcom Libris, Iași, 2003, p. 28.

⁷³ P. Créhange, *op. cit.*, p. 83.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 84.

4.2. Componenta naturală

Bertrand Périer reamintea faptul că: ”a vorbi, înseamnă în primul rând, a fi văzut. Toată lumea o poate experimenta: urmăriți un prezentator de televiziune, opriți sunetul, doar observând atitudinea, gesturile și mimica acestuia, veți avea o idee destul de precisă în privința tonalității observațiilor sale. Porniți sunetul în timp ce ascultați un discurs ținut într-o limbă pe care nu o cunoașteți, impresia va fi și mai izbitoare. Ca atare, cuvintele nu reprezintă totul. Au fost efectuate studii importante în această privință și s-a ajuns la concluzia că forța de convingere a unui discurs este divizată astfel: 60% pentru limbajul corpului, 30% pentru inflexiunile vocii (cu denumirea de prozodie) și doar 10% pentru cuvintele în sine. În concluzie, un orator este mai întâi văzut, apoi auzit și în cele din urmă, înțeles. Discursul, în sens larg, începe, așadar, din momentul în care oratorul apare în ochii auditoriului. De aici și importanța fructificării acestei apariții. Discursul este necesarmente o punere în scenă, în cadrul căreia totul contează, totul are sens și totul este semnificativ.”⁷⁶

Privirea – Este fără niciun dubiu că o frază simplă susținută de o privire directă cântărește mult mai mult decât o frază profundă rostită fără a ridica ochii din notițe.⁷⁷

Leonardo da Vinci spunea că privirea reprezintă ”fereastra sufletului”. De multe ori, interlocutorul va căuta un adevăr sau va percepe un dubiu, de aceea, a observa privirea interlocutorului este mai importantă decât controlarea propriei priviri. Atunci când privești în ochii celuilalt poți încerca să descoperi convingerile acestuia.⁷⁸

Lipsa contactului vizual este deseori asociată cu un vorbit nesincer sau ezitant, existând riscul ca, fără voie, să se ridice un baraj invizibil între pledant și auditoriu.⁷⁹ Ca atare, a înfrunța privirea gorgonelor reprezintă un lucru necesar atunci când pledezi.⁸⁰

Vocea și deprinderile artei teatrale – Vocea reprezintă o paletă infinită de registre, de variații și de particularități, reprezentând instrumentul muzical cel mai dificil de stăpânit.⁸¹

Un avocat care mormăie sau vorbește înăbușit își slăbește șansele, indiferent de calitatea pledoariei și a argumentării sale, de a fi înțeles.⁸²

O voce puternică poate fi un atu pentru un avocat pledant, un echilibru al tonului fiind însă necesar. Este important de reținut faptul că vocea i se va părea mereu mai puternică persoanei care vorbește decât interlocutorilor săi, așa încât, adaptarea vocii în funcție de context este esențială.⁸³

⁷⁶ Bertrand Périer, *La parole est un sport de combat*, JC Lattès, 2017, pp. 19-20 *apud* P. Créhange, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 90.

⁷⁸ *Idem*, p. 90.

⁷⁹ S. E. Lucas, *Arta de a vorbi în public*, trad. Miruna Andriescu, Editura Polirom, 2014, p. 251.

⁸⁰ P. Créhange, *op. cit.*, p. 90.

⁸¹ *Idem*.

⁸² *Ibidem*, p. 91.

⁸³ S. E. Lucas, *op. cit.*, p. 245.

Uniformitatea tonului conduce la monotonie, de aceea avocatul trebuie să stăpânească atât intonația cât și accentul în pledoariile sale, cele două fenomene fiind diferite dar care, însă, se suprapun. Accentul permite oratorului să insiste asupra unei silabe în timp ce intonația poate conduce la schimbarea înălțimii vocii. Jocul dintre accentul și intonația vocii în timpul pledoariei ajută la evitarea monotoniei și permite punerea în valoare a cuvintelor cheie din discurs.⁸⁴

Inflexiunile vocii pot oferi frazelor un ton ascendent sau unul descendent, adaptându-se discursului în scopul de a accentua sau nu cuvintele rostite în raport de greutatea acestora în discurs.⁸⁵

Tăcerea, pe care o găsim deseori elocventă, poate fi piesa ce scoate în evidență un discurs. O scurtă pauză înaintea unui argument oferă timp inclusiv celui care pledează să reflecteze și să aprofundeze ceea ce trebuie să puncteze în continuare.⁸⁶ Pauzele în discurs pot marca, totodată, finalul unei idei pentru a atrage atenția asupra concluziei iar pauzele făcute în momentul potrivit pot fi mult mai valoroase decât cuvintele atent alese.⁸⁷

În cele din urmă, vorbirea presupune un ritm natural dificil de controlat, motiv pentru care oratorul trebuie să își conștientizeze propriul ritm pentru a îl putea încetini sau accelera în funcție de dorința sa: de a sublinia o idee fundamentală sau de a trece peste un argument mai puțin important.⁸⁸

Știința retoricii face referire la trei noțiuni centrale: alături de *logos* (capacitatea de a utiliza corect limba de referință), și *ethos* (caracterul, starea de spirit, trăsăturile psihice) trebuie să adăugăm cea de-a treia componentă: *pahtos*-ul (mijlocul cel mai potrivit prin care auditoriul poate fi mișcat/sensibilizat). Un stil impecabil, rafinat, inteligent va seduce uneori auditoriul oratorului care nu dispune de un anume șarm scenic.⁸⁹

Thierry Lévy aprecia că imobilitatea totală servește elocvența, făcând referire la cuvintele unui avocat meridional a cărui nume nu îl dezvăluie dar care la finele vieții a lăsat următorul sfat tinerilor avocați: ”*Acoperiți-vă roba cu clopoței, dacă niciun nu va răsună înseamnă că ați reușit*”.⁹⁰

Observare, adaptare și improvizare – Fie că ne aflăm în faza pregătirii dosarului sau a susținerii pledoariei, avocatul trebuie să fie mereu pregătit pentru a se adapta unor circumstanțe noi sau a unor răsturnări de situație astfel încât să își poată îmbunătăți discursul.⁹¹

Ambii preopinenți se prezintă în fața instanței cu convingerea că fiecare deține adevărul obiectiv, cu toate că, în realitate, acesta va fi dezvăluit abia la final. În discursul juridic bazat pe dialectică, avocații participă fără să își dea

⁸⁴ P. Créhange, *op. cit.*, p. 94.

⁸⁵ S. E. Lucas, *op. cit.*, p. 245.

⁸⁶ P. Créhange, *op. cit.*, p. 95.

⁸⁷ S. E. Lucas, *op. cit.*, p. 246.

⁸⁸ P. Créhange, *op. cit.*, p. 96.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 97.

⁹⁰ J.D. Bredin, Th. Lévy, *op. cit.*, p. 319.

⁹¹ P. Créhange, *op. cit.*, p. 99.

seama la un meci de scrimă intelectuală⁹² în care tușa câștigătoare este reprezentată de aserțiunea cea mai convingătoare din punct de vedere juridic.

Fără dubiu, este mult mai facil să percepem anumite detalii atunci când cunoaștem deja auditoriul. În provincie sau în cazul jurisdicțiilor speciale avocatul poate pleda multă vreme în fața acelorași magistrați, pe de o parte, și îi poate găsi drept preopinenți pe confrății săi cu care anterior s-a confruntat în alte dosare, pe de altă parte. Cunoașterea jurisprudenței actuale a judecătorului în egală măsură cu perceperea talentului adversarului sunt atuuri de necontestat în momentul pregătirii pledoariei.⁹³

În sens invers, în fața unui judecător în privința căruia avocatul se prezintă cu regularitate, a folosi aceeași pledoarie care la un anumit moment a avut succes poate obosește magistratul, așa încât, pentru a convinge avocatul trebuie mereu să surprindă.⁹⁴

Adaptarea pledoariei în funcție de starea mentală a judecătorului poate fi un exercițiu dificil pentru avocat având în vedere că magistrații sunt datori să adopte o atitudine obiectivă și impasibilă pentru a nu oferi niciun fel de semn de oboseală, stres, compasiune etc.

În ceea ce privește improvizația, indiferent de aptitudinile avocatului, aceasta nu se poate realiza în lipsa cunoașterii temeinice a dosarului și a mizei. Improvizația se dovedește utilă pentru avocatul care dorește să evite liniștea, tactul sau un răspuns scurt ori să gestioneze o revenire în discurs. Principiile improvizației, inspirate din tehnicile teatrale, sunt următoarele: întotdeauna acceptă o provocare și niciodată nu refuza să intri în joc; înregistrează fiecare informație din jur; revino fără să anticipezi vreodată; favorizează gestul și umple spațiul; fii concis și rămâi spontan.⁹⁵

Improvizația, întocmai precum notițele ori cuvintele prescurtate sau scrise în grabă, necesită în primul rând tehnică, multă concentrare și atenție la tot ce se întâmplă în acea clipă.⁹⁶ Improvizația nu reprezintă, așadar, un dar divin oferit doar câtorva persoane, ci ascunde, în realitate, un arsenal întreg de cunoștințe, de idei și de noțiuni apropiate cu iscusință.⁹⁷

Unii recurg la improvizație pe parcursul întregii pledoarii, în baza unui plan redactat mai mult sau mai puțin detaliat în timp cel alții vin pregătiți în fața auditoriului doar cu exordiul și perorația, fără a avea idei de vor spune între cele două până în momentul în care le este conferit cuvântul.⁹⁸ În ambele cazuri regăsim, însă, o constantă – toți cunosc dosarul până la cel mai mic amănunt.

⁹² A. Schopenhauer, *Arta de a avea întotdeauna dreptate sau Dialectica eristică*, trad. de Petre Gheorghe Bârlea, Editura Muzeul Literaturii Române București, 2010, p. 16.

⁹³ P. Créhange, *op. cit.*, p. 100.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 102.

⁹⁶ *Idem*.

⁹⁷ Y. Eminescu, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁸ P. Créhange, *op. cit.*, p. 102.

5. Elaborarea pledoariei

5.1. Aspecte preliminare

Cunoașterea temeinică a dosarului reprezintă o chestiune de bază pentru un profesionist al dreptului, deprinderile juridice, literare ori artistice fiind golate de conținut în lipsa acestui element central. Cu atât mai mult, cunoașterea sumară sau incompletă a dosarului este rapid percepută în timpul pledoariei pentru că liniștea ce precedă o întrebare simplă sau punctuală adresată de judecător poate dărâma o pledoarie perfectă până la acel moment întocmai precum o piesă de domino.

Odată stăpânit dosarul în toate substraturile sale, avocatul trebuie să se concentreze asupra mizei și să creeze un fir logic spre obiectivul prefigurat. Toate argumentele, strategiile, mijloacele juridice la care avocatul recurge sunt gândite pentru a atinge un anumit obiectiv de la care se pleacă în momentul conceperii pledoariei.

În alegerea argumentelor ce vor sta la baza pledoariei avocatul trebuie să selecteze cu atenție doar elementele pertinente și judicioase în susținerea cauzei sale pentru a nu lăsa această sarcină pe umerii judecătorului. O pledoarie concentrată pe un argument principal bine dezvoltat este primită cu mai multă încredere față de una întemeiată pe o serie de argumente insuficient pregătite.⁹⁹

Ulterior studierii dosarului și a stabilirii mizei, avocatul trebuie să pregătească cu grijă strategia pe care o va adopta, aceasta din urmă reprezentând cheia unei apărări eficiente. Strategia poate fi asimilată chiar cu un pariu pe care avocatul îl face cu sine însuși pentru că dintre toate alternativele pe care le are la dispoziție, aceasta trebuie să aleagă și să se focalizeze pe ceea ce consideră el că reprezintă varianta câștigătoare.

Pledoaria în sine, oricât de strălucită ar fi, nu poate înlocui sub nicio formă strategia, putând însă să o restabilească pe parcurs, dacă avocatul întrezărește anumite erori în strategie ce pot fi, în acest mod, corectate.

5.2. Elementele pledoariei

O pledoarie fără un plan nu reprezintă altceva decât un puzzle nedesfăcut: toate piesele se regăsesc în cutie, însă imaginea completă este departe de a fi observată. Fixarea cadrului juridic în jurul căruia sunt dezvoltate argumentele ce sunt la rândul lor susținute de probatoriu nu este o muncă ușoară, însă, tocmai de aceea puțini avocați sunt cei care excelează în arta oratorică.

Deși nu există un plan imuabil al discursului juridic, este recunoscut faptul că pledoaria este construită, în mod ideal, pe patru mari piloni¹⁰⁰:

- Exordiul sau introducerea;
- Narațiunea sau expunerea faptelor;
- Discuția sau confirmarea tezei enunțate corelativ cu acțiunea de combatere a tezei adversarului;
- Perorația sau concluzia.

⁹⁹ *Idem*, p. 108.

¹⁰⁰ Y. Eminescu, *op. cit.*, p. 9.

Vom prezenta în cele ce urmează fiecare dintre aceste patru elemente principale:

Exordiul – debutul unei pledoarii are un rol esențial în proces pentru că primele cuvinte sunt cele care atrag atenția auditoriului spre cel care pledează, captând atenția acestuia.¹⁰¹ Modalitățile în care poate fi conceput exordiul sunt destul de diverse: introducerea poate fi scurtă – sub forma unei metafore sau a unei anecdote sau, dimpotrivă, poate fi lungă – structurată, metodică, fixând de la bun început miza procesului.¹⁰²

Unii avocați recurg la exordiul pentru a dezvălui în linii mari planul discursului; pentru a readuce dosarul în contextul inițial; pentru a „încolți” adversarul sau pentru a reaminti faptul că în spatele dosarului se află o chestiune esențială ce trebuie tranșată.¹⁰³

Exordiul se află la răscrucea dintre concentrare, stres și captație, introducerea fiind concepută, paradoxal, la finele pledoariei după fixarea și epuizarea celorlalte elemente, având un conținut imprecis până la momentul acordării cuvântului.¹⁰⁴ Putem susține însă cu certitudine faptul că exordiul va fi întotdeauna diferit în funcție de ordinea în care este conferit cuvântul avocatului, prin raportare la partea pe care o reprezintă, reclamant sau pârât, după caz.¹⁰⁵

Finalmente, putem afirma că exordiul este menit a oferi judecătorului dorința de a asculta, precipitarea avocatului către narațiune fiind o mutare periculoasă în strategia acestuia.¹⁰⁶

Narațiunea este acea parte a pledoariei dedicată expunerii și dezvoltării situației de fapt, reprezentând fără dubiu un element esențial al discursului ce nu trebuie neglijat.

Expunerea faptelor trebuie să fie realizată de o manieră simplă, urmând firul cronologic al evenimentelor fără abateri, pentru a avea siguranța că subiectul a fost clarificat iar magistratul a înțeles situația dedusă judecății. În acest sens, claritatea și concizia trebuie să fie caracteristicile principale avute în vedere la elaborarea narațiunii, avocatul având datoria de a nu repeta ceea ce este deja cunoscut auditoriului sau ceea ce a fost enunțat anterior de către partea adversă.¹⁰⁷

Totodată, avocatul trebuie să se asigure că tranziția de la o idee la alta nu este una bruscă, dezvoltarea unei idei urmată de anticiparea alteia fiind necesar a fi realizată cu măiestrie pentru a nu crea impresia unui discurs trunchiat.¹⁰⁸

Indicarea datelor în cuprinsul pledoariei pentru a restabili ordinea cronologică a evenimentelor reprezintă, în realitate, o modalitate de fixare a unor

¹⁰¹ S. E. Lucas, *op. cit.*, p. 190.

¹⁰² P. Créhange, *op. cit.*, p. 116.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 117.

¹⁰⁴ Sunt cât se poate de adevărate cuvintele avocatului Georges Kiejman potrivit cu care: „*prima frază dintr-o pledoarie nu este niciodată cea pregătită(...)*”, în acest sens, P. Créhange, *op. cit.*, p. 117.

¹⁰⁵ Y. Eminescu, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁶ P. Créhange, *op. cit.*, p. 117.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 119.

¹⁰⁸ S. E. Lucas, *op. cit.*, p. 183.

reper pentru judecători în scopul de a îi ajuta să înțeleagă pe deplin situația de fapt. Însă, este necesar ca avocații să evite abundența datelor pentru a nu sufoca memoria auditoriului, îndepărtând, astfel, atenția de la evenimentele cruciale și cu adevărat importante.¹⁰⁹

Pentru a imprima narațiunii veridicitate, avocații recurg la diverse tehnici: unii vorbesc la timpul prezent și nu la trecut; alții se adresează în numele clientului confundându-se cu acesta ori adaugă unele detalii pentru un plus de credibilitate.¹¹⁰

Discuția este compusă din două părți diametral opuse dar strâns legate între ele: confirmarea expunerii și combaterea argumentelor părții adverse.¹¹¹

Discuția nu este centrată doar asupra faptelor deduse judecății ci înglobează, totodată, aspectele controversate legate de probele administrate, temeiurile de drept incidente precum și aserțiunile aduse de partea adversă.¹¹²

Dacă în cadrul proceselor civile, cel mai frecvent părțile vor îndrepta discuția spre problemele de drept ce se impun a fi dezlegate de instanța de judecată, în procesele penale, situația de fapt este cea care necesită, într-o proporție covârșitoare, atenția magistratului.¹¹³

Confirmarea are rolul de a demonstra atât logic cât și juridic teza susținută de avocat, explicând în fapt și în drept poziția adoptată în proces cu referiri frecvente la probele din dosar. În acest sens, sarcina avocatului este aceea de a găsi cele mai bune argumente și de a le amplifica, punându-le în valoare în contrast cu cele invocate de partea adversă.¹¹⁴

Bertrand Périer recomandă plasarea argumentelor cheie atât la începutul cât și la finele pledoariei referindu-se la această ordine în aranjarea discursului drept argumentare de tip "Nestorien", cu referire la regele Nestor – erou al Războiului Troian. Astfel, dacă un avocat va debuta cu argumentele mai firave, auditoriul nu îl va urmări imediat atenția acestuia devenind mai greu de recuperat. Invers, dacă epilogul va cuprinde argumentele slabe, ultima impresia va fi, în mod evident, una negativă, fără putere de convingere.¹¹⁵

Confirmarea este succedată de combaterea argumentelor adversarului și de anticiparea întrebărilor pe care judecătorul le-ar putea avea.¹¹⁶

Ținând cont de faptul că discuția este cea mai cuprinzătoare și revendică o bună parte din atenția judecătorului, este esențial ca discursul să poată menține vie concentrarea acestuia. Pentru că nimic nu este mai obositor decât un discurs fad, liniar, interminabil, în această parte a discursului vom regăsi cel mai des

¹⁰⁹ F. Liouville, *Paillet ou L'avocat: conseil d'un ancien aux stagiaires sur l'exercice de la profession d'avocat*, Imprimerie et Librairie Générale De Jurisprudence, Paris, 1880, p. 54.

¹¹⁰ P. Créhange, *op. cit.*, p. 120.

¹¹¹ Forma bipartită a discuției a condus ca unii autori să realizeze împărțirea pledoariei în cinci părți și nu patru, în acest sens a se vedea: J. M. Donovan, *op. cit.*, p. 797.

¹¹² Y. Eminescu, *op. cit.*, p. 24.

¹¹³ *Ibidem*, p. 25.

¹¹⁴ P. Créhange, *op. cit.*, p. 120.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 121.

¹¹⁶ *Idem*.

uzitate figuri de stil, expresii artistice, gesticulații sau chiar o anumită doză de umor.

Deși la o primă vedere noțiunea de ”discuție” ar putea fi asociată cu cea de ”dialog”, distincția dintre cele două în cadrul discursului judiciar reprezintă o chestiune fundamentală pentru a înțelege substanța celui de-al treilea element supus analizei. Astfel, discuția are preponderent un caracter uniltaral, accentul fiind pus mai cu seamă pe ”a lămuri” și nu pe ”a dezbate”. Avocatul este preocupat, așadar, să își susțină punctul de vedere și să demonteze argumentele părții adverse fiind mai puțin interesat să poarte un dialog în contradictoriu.¹¹⁷

Cu scopul de a asigura atenția neclintită a auditoriului, pledoaria trebuie să cuprindă un raționament inspirat de o logică implacabil transpusă în propoziții scurte și clare, asociate la intervale succesive de unele apoftegme contextuale redade printr-o articulație puternică și o voce metalică și rezonantă.¹¹⁸

Maurice Garçon preciza în legătură cu discuția următoarele: ”*Când toate cărțile au fost împărțite, tot ce rămâne de făcut este să reunim tot ce s-a spus și să depunem un efort final în rezumarea elementelor esențiale pentru a finaliza convingerea. Momentul perorației a sosit.*”¹¹⁹

Perorația – concluzia pledoariei nu are în mod necesar nevoie de o tranziție cu sfârșitul discuției, reprezentând, însă, piesa finală a discursului. Perorația este, într-adevăr, încoronarea pledoariei pentru că este cea care lasă ultima impresie.¹²⁰

Deși perorația este ultima piesă a pledoariei, fiind plasată în continuarea discuției, de cele mai multe ori aceasta face corp comun cu exordiuul, ultimele cuvinte ale exordiuului fiind preluate la începutul perorației.¹²¹

Cu toate că, în fond, perorația are scopul de a rezuma argumentele expuse anterior și nu ar trebui să depășească mai mult de două fraze, aceasta nu trebuie deloc neglijată. Ultimele cuvinte ale avocatului trebuie, așadar, să fie clare, concise, percutante și să fie în măsură să cuprindă aspectele esențiale invocate fără a le repeta.¹²²

Tranziția între exordiu, narațiune, discuție și perorație trebuie gândită astfel încât să pară o trecere naturală pentru a oferi continuitate între acestea. Privim această trecere drept un liant între idei ce conferă coerență discursului și pune în gardă atenția auditorului.¹²³

¹¹⁷ C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Tratat de argumentare. Noua retorică*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași, 2012, p. 54.

¹¹⁸ *Eloge de M. le Bâtonnier Jacques Charpentier*, op. cit., p. 871.

¹¹⁹ M. Garçon, *Essai sur l'éloquence judiciaire*, Éd. Corréa, 1947, p. 249 apud P. Créhange, op. cit., p. 122.

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ Y. Eminescu, op. cit., p. 26.

¹²² P. Créhange, op. cit., p. 122.

¹²³ *Idem.*

6. Concluzii

Conchidem prin observația că arta pledoariei a fost, este și trebuie să rămână un deziderat al tuturor celor care doresc să convingă prin cuvânt, prin mijloace oneste și democratice. Deși importanța artei oratorice a cunoscut numeroase și importante fluctuații în ceea ce privește popularitatea și sa, rămâne în prezent tot atât de relevantă că odinioară.

De multe ori, de-a lungul timpului, personajele care au schimbat cursul istoriei nu au fost cei mai iscusiți războinici și nici cei mai importanți savanți, ci oratori deosebiți. Abilitatea de a antrena și de a dirija o masă importantă de opinii a însemnat mai mult decât alte capacități atribuite în mod obișnuit marilor conducători. Imaginea unui orator ne este dată încă de când Cato îl definește ca fiind un *vir bonus dicendi peritus* (“un om de bine iscusit la vorbă”)¹²⁴. Deși există multe nuanțe și detalii care pot fi luate în considerare, această imagine ne este suficientă pentru a înțelege principalele atribute ale unui orator ideal și își păstrează relevanța și acuratețea într-o eră semnificativ diferită, două milenii mai târziu.

Umanitatea evoluează prin conlucrare și colaborare și premisa esențială a acestora este o bună și constantă comunicare. Așadar, un bun conducător va trebui să fie în continuare un bun orator pentru a fi capabil să convingă o majoritate să-l urmeze în ideile sale. În sfera activităților judiciare, avocatul, principalul titular al artei de a convinge, rămâne dator acestei deprinderi întrucât, spunem noi, din fericire, componenta orală a concluziilor acestuia rămâne în continuare o necesitate. De aceea, coerența în sala de judecată depinde, de cele mai multe ori, de capacitatea avocatului de a transmite un mesaj clar și bine articulat.

Referințe

- ***, *Biblioteca marilor procese*, Anul I, nr. 4-5, Editura “Curierul Judiciar”, București, 1924.
- ***, *Eloge de M. le Bâtonnier Jacques Charpentier*, în *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 26, nr. 4/1974.
- Arhip, O., *Teoria argumentării. Retorica modernă. Structuri și strategii argumentative în discursul juridic, politic și literar*, Editura Sedcom Libris, Iași, 2003.
- Barbou, M., *L’art de plaider en défense aux assises: analyse dialogique et argumentative d’une Technique sociale du sentiment: le cas del’affaire Courjault*. Droit. Conservatoire national des arts et métiers-CNAM, 2017.
- Billard, A., *La rhétorique antique (1): Histoire de l’art oratoire*, 2021, [on-line].
- Bloch, R., Cousin, J., *Roma și destinul ei*, Editura Meridiane, colecția Biblioteca de artă - Arte și civilizații, volumul I, traducere și note de Slușanschi, B., și Slușanschi, D., București, 1985.
- Boboc, N., *Scurte considerații cu privire la dreptul de autor asupra operelor avocaților*, [on-line].
- Bredin, J.-D., Levy, T., *Convaincre: dialogue sur l’éloquence*, Odile Jacob, 1997.

¹²⁴ R. Bloch, J. Cousin, *Roma și destinul ei*, Editura Meridiane, colecția Biblioteca de artă - Arte și civilizații, volumul I, traducere și note de B. Slușanschi și D. Slușanschi, București, 1985, p. 214.

- Cernelutti cité par Danovi, R., en Souris, P., *Tactiques et stratégies judiciaires*, Bruylant, 2009, p. 256 *apud* Créhange, P., *Introduction à l'art de la plaidoirie*, 4e éd., Gazette du Palais, 2019.
- Cicero, *Arta oratoriei*, Editura Saeculum, București, 2020.
- Cicero, *Despre orator*, I, VIII, în: Cicero, *Opere alese*, II, București, Univers, 1973, *apud* Sălăvăstru, C., *Mic tratat de oratorie*, ed. a III-a, Editura Universității "Alexandru Ioan Cuza" din Iași, Iași, 2021.
- Créhange, P., *Introduction à l'art de la plaidoirie*, 4e éd., Gazette du Palais, 2019.
- Damien, A., Ader, H., *Règles de la Profession d'Avocats*, Dalloz, 2006-2007, *apud* Créhange, P., *Introduction à l'art de la plaidoirie*, 4e éd., Gazette du Palais, 2019.
- Donovan, J. M., *Culture and the Courts in France*, în *Law and History Review*, Vol. 35, nr. 3/2017, [on-line].
- Eminescu, Y., *Pledoarii celebre. Antologie de oratorie judiciară*, Editura Lumina Lex, București, 1995.
- Garçon, M., *Essai sur l'éloquence judiciaire*, Éd. Corréa, 1947, p. 249 *apud* Créhange, P., *Introduction à l'art de la plaidoirie*, 4e éd., Gazette du Palais, 2019.
- L'abominable Dr. Petiot*, France Loisir, 1990 *apud* Créhange, P., *Introduction à l'art de la plaidoirie*, 4e éd., Gazette du Palais, 2019.
- Lévêque, P., *Aventura greacă*, volumul al II-lea, colecția Biblioteca de artă, arte și civilizații, Editura Meridiane, București, 1987.
- Liouville, F., *Paillet ou L'avocat: conseil d'un ancien aux stagiaires sur l'exercice de la profession d'avocat*, Imprimerie et Librairie Générale De Jurisprudence, Paris, 1880.
- Lucas, S., E., *Arta de a vorbi în public*, trad. Miruna Andriescu, Editura Polirom, 2014.
- Maiorescu, T., *Critice*, București, vol. 3, 1930, p. 259 *apud* Eminescu, Y., *Pledoarii celebre. Antologie de oratorie judiciară*, Editura Lumina Lex, București, 1995.
- Packham, C., *Cicero's Ears, or Eloquence in the Age of Politeness: Oratory, Moderation, and the Sublime in Enlightenment Scotland, Eighteenth-Century Studies*, vol. 46, nr. 4/2013.
- Parole d'avocat*, Herrman, 1994 *apud* Créhange, P., *Introduction à l'art de la plaidoirie*, 4e éd., Gazette du Palais, 2019.
- Perelman, C., Olbrechts-Tyteca, L., *Tratat de argumentare. Noua retorică*, Editura Universității "Alexandru Ioan Cuza" Iași, 2012.
- Périer, B., *La parole est un sport de combat*, JC Lattès, 2017, p. 19-20 *apud* Créhange, P., *Introduction à l'art de la plaidoirie*, 4e éd., Gazette du Palais, 2019.
- Préface de l'annuaire de l'association des secrétaires et anciens secrétaires de la conférence* *apud* Créhange, P., *Introduction à l'art de la plaidoirie*, 4e éd., Gazette du Palais, 2019.
- Quintilian, M., F., *Arta oratorică*, Editura Minerva, colecția Biblioteca pentru toți, 1974.
- Remarques sur la parole*, Éd. Dalloz-Sirey, 1944 *apud* Créhange, P., *Introduction à l'art de la plaidoirie*, 4^e éd., Gazette du Palais, 2019.
- Sălăvăstru, C., *Mic tratat de oratorie*, ed. a III-a, Editura Universității "Alexandru Ioan Cuza" din Iași, Iași, 2021.
- Schopenhauer, A., *Arta de a avea întotdeauna dreptate sau Dialectica eristică*, trad. de Bârlea, P., G., Editura Muzeul Literaturii Române București, 2010.
- Seneca, v. *Controversiae, praefatio* II, *apud*. Cicero *Arta oratoriei*, Editura Saeculum, București, 2020.
- Tacite, *Dialogue des orateurs*, Paris, Les Belles Lettres, 1985, *apud*. Sălăvăstru, C., *Mic tratat de oratorie*, ed. a III-a, Editura Universității "Alexandru Ioan Cuza" din Iași, Iași, 2021.
- Todorov, T., *Teorii ale simbolului*, București, Univers, 1983, *apud*. Sălăvăstru, C., *Mic tratat de oratorie*, ed. a III-a, Editura Universității "Alexandru Ioan Cuza" din Iași, Iași, 2021.

Aspecte teoretice și practice privind *vulture funds*

Vulture funds' theoretical and practical aspects

Alexandru Chistruga¹

Rezumat: Crizele financiare, deși au efecte devastatoare, sunt inevitabile pentru orice economie. Datorită acestei ciclicități existente, pe piață au apărut jucători care încearcă să identifice tactici și metode de operare pentru a profita de pe urma crizelor financiare cu care se confruntă statele, precum *vulture funds*. Acestea reprezintă o categorie de *hedge funds*, adică fonduri de investiții, care, datorită modului de operare, obțin profituri care pot să depășească 1000% față de investiția inițială. Una dintre strategiile folosite de acestea presupune cumpărarea datoriilor suverane aflate în dificultate pe piața secundară la un preț derizoriu și refuzul ulterior de a participa la restructurarea acestora. În acest fel se urmărește executarea creanței și a dobânzilor aferente, prin intermediul instanțelor judecătorești, una dintre consecințe fiind agravarea situației debitorilor. Chiar dacă activitatea acestora în unele cazuri ar putea fi caracterizată drept imorală, în majoritatea statelor nu există dispoziții legale care să limiteze profiturile nejustificate obținute de către *vulture funds*. Cu toate acestea, în Belgia a fost adoptată o lege care are drept obiect combaterea activităților fondurilor „vultur”.

Cuvinte-cheie: *vulture funds*; datorii suverane; strategii

Abstract: Financial crises are a normal occurrence in all economies, despite the fact that they can be extremely damaging. Because of this cyclicity, players have emerged in the market trying to identify strategies and methods to profit from the financial crises faced by states. Vulture funds, a type of investment fund that falls under the umbrella of hedge funds, are also included among them. Due to the way they operate, vulture funds have the potential to generate returns that are greater than 1000% of the initial investment. One of their tactics entails purchasing distressed sovereign debt at a discount on the secondary market, declining to take part in their restructuring, and bringing legal action to enforce the debt and related interests, one of the consequences being the worsening of the debtors' circumstances. Even though some of their actions might be considered immoral, there are rarely any legal restrictions on the unjustified profits that vulture funds can receive. However Belgium recently passed a law to combat the activities of "vulture" funds.

Keywords: *vulture funds*; sovereign debt; tactics

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: alexandruchistruga@gmail.com.

1. *Introducere*

Un element specific oricărei economii este reprezentat de crizele financiare cu care, mai devreme sau mai târziu, urmează să se confrunte aproape orice stat. Dacă, în unele cazuri, efectele negative pot fi ameliorate prin intervenții legislative eficiente, cum ar fi majorarea impozitelor pentru combaterea creșterii ratei inflației, există și state care sunt nevoite să declare intrarea în faliment. Ca urmare a intrării în incapacitate de plată, statul nu va mai putea să onoreze datoriile pe care le-a acumulat pe parcursul anilor anteriori, astfel încât de pe urma intrării în faliment au de suferit nu doar cetățenii respectivului stat, dar și cei care au investit o parte din bani în economia acestuia.

Cu toate acestea, există o categorie de creditori care profită de pe urma intrării în faliment a debitorilor, în principal, a statelor, obținând profituri ce pot să depășească cu mult investiția inițială². Purtând denumirea de *vulture funds*³, aceștia reprezintă, de fapt, fonduri de investiții speculative, care cumpără datoriile de pe piața secundară de capital⁴, concentrându-și atenția, în special, asupra datoriilor externe ale statelor aflate în insolvență⁵, obținând, prin diferite mijloace, plata întregii creanței, precum și a dobânzilor și penalităților aferente acestora⁶.

2. *Aspecte introductive privind activitatea vulture funds*

Din interpretarea definiției *vulture funds*⁷, redată mai sus, rezultă faptul că activitatea acestora este una extrem de complexă, implicând efectuarea mai multor studii, cum ar fi analiza situației economice a statelor aflate în curs de dezvoltare, identificarea datoriilor suverane care se vând la un preț cu un *discount* ridicat, precum și efectuarea unei analize a legislației incidente pentru identificarea vulnerabilităților, dar și a potențialelor jurisdicții favorabile. Din acest motiv, considerăm utilă prezentarea, pe scurt, a principalelor instituții identificate în definiția prezentată cu scopul de a facilita înțelegerea modului de operare a respectivilor participanți la circuitul economic mondial.

Astfel, în ceea ce privește fondurile de investiții speculative, potrivit celor prezentate în literatura de specialitate, acestea ar putea fi definite ca fiind un „*parteneriat limitat de investitori privați care, folosind o gamă largă de strategii și*

² VC Glossary, *What is a vulture fund?*, CBINSIGHTS, 2022, [Online] la <https://www.cbinsights.com/research-what-is-a-vulture-fund>, accesat la data de 26.12.2022.

³ D. J. Brutti, *Sovereign Debt Crises and Vulture Hedge Funds: Issues and Policy Solutions*, Boston College Law Review, Vol. 61, nr. 5/2020, pp. 1820-1854.

⁴ D. Sookun, *Stop Vulture Fund Lawsuits A Handbook*, Publicat de the Commonwealth Secretariat, 2010, p. 8.

⁵ Jubilee, *Peru*, USA Network, [Online] la <https://www.jubileeusa.org/peru>, accesat la data de 26.12.2022.

⁶ Hedge Pappers, *Pain and Profit in Sovereign Debt: How New York Can Stop Vulture Funds From Preying on Countries*, în *HedgePapers*, nr. 75/2021, [Online] la <https://hedgeclippers.org/pain-and-profit-in-sovereign-debt-how-new-york-can-stop-vulture-funds-from-preying-on-countries/>, accesat la data de 26.12.2022.

⁷ Întrucât nu există un echivalent în limba română, urmează să folosim doar expresia în engleză.

*tactici, obțin profituri, în cele mai multe cazuri, mult peste medie față de ceilalți participanți la piața de capital*⁸. Spre exemplu, una dintre tacticile folosite de *vulture funds* constă în refuzul de a participa la orice restructurare a datoriei pe care o dețin în portofoliu, acționând debitorul în „*instanțele de judecată situate în jurisdicții favorabile, obținând în acest mod suma nominală și penalități*”⁹. Cu toate acestea, este necesar de menționat faptul că o astfel de tactică presupune investiții semnificative de timp, nu doar de bani, întrucât procesele de judecată pot să aibă „*o durată ce să depășească, în unele cazuri, 10 ani*”¹⁰. Din acest motiv, *vulture funds* aleg să investească doar o mică parte din resursele financiare disponibile în acest gen de active.

Din aceleași considerente, aceștia acționează pe piața secundară de capital, iar nu pe cea primară. Pentru a înțelege mai ușor distincția dintre acestea, este necesar de precizat faptul că pe „*piața principală de capital, tranzacția este efectuată între statul emitent de obligațiuni și creditorii, iar pe piața secundară de capital, tranzacția presupune participarea doar a creditorilor*”¹¹. Astfel, pe piața primară de capital sunt plasate, în majoritatea cazurilor, obligațiuni guvernamentale cu un randament egal sau mai mare decât inflația, acestea fiind emise, de obicei, pe termene medii (3-5 ani). Creditorii aleg să investească în astfel de active, din mai multe motive, dar, în principal, deoarece acestea pot fi calificate ca fiind „*sigure*”, respectiv șansele că nu vor fi executate la scadență sunt reduse. Cu toate acestea, există situații în care respectivii creditorii au nevoie de lichidități, astfel încât aleg să le plaseze pe piața secundară de capital la un preț redus față de cel pe care l-au plătit. Astfel, din cele prezentate rezultă faptul că activitatea pe piața secundară de capital în cazul în care activul plasat este reprezentat de obligațiuni guvernamentale, nu are drept efect obținerea unui profit semnificativ, ci doar a unor sume de bani cel mult egale cu rata inflației.

Totuși, de la această regulă există și excepții. În acest sens, chiar dacă *vulture funds* investesc în obligațiuni guvernamentale, profitul acestora este unul extraordinar. Acest fapt se datorează, în principal, condițiilor în care sunt emise acestea. Astfel, respectivele *hedge funds* investesc în obligațiuni guvernamentale

⁸ The Investopedia Team, *What is a Hedge Fund? Examples, Types, and Strategies*, Investopedia, [Online] la <https://www.investopedia.com/terms/h/hedgefund.asp>, accesat la data de 01.12.2022.

⁹ J. Baratta, *Activists Are Challenging Laws That Enable Vulture Funds to Exploit Global South*, Truthout, 2022, [Online] la <https://truthout.org/articles/activists-are-challenging-laws-that-enable-vulture-funds-to-exploit-global-south/>, accesat la data de 26.12.2022.

¹⁰ J. Mathew, *Argentina Vs Vulture Funds Case Timeline*, în *International Business Times*, 2014 [Online] la <https://www.ibtimes.co.uk/argentina-vs-vulture-funds-case-timeline-1459285>, accesat la data de 26.12.2022

¹¹ L. Kramer, *Primary vs. Secondary Capital Markets: What's the Difference?*, Investopedia, 2022, [Online] la <https://www.investopedia.com/ask/answers/012615/whats-difference-between-primary-and-secondary-capital-markets.asp>, accesat la data de 26.12.2022.

emise de state care, „*fie au declarat intrarea în faliment, fie sunt aproape de a intra în incapacitate de plată*”¹².

În majoritatea cazurilor, respectivele obligațiuni sunt emise de state aflate în curs de dezvoltare, cum a fost Argentina, care drept consecință a crizelor financiare nu le mai pot onora. Din acest motiv, cei care urmăresc să evite prelungirea în timp a momentului când își vor putea recupera banii, aleg să plaseze respectivele active pe piața secundară de capital. Întrucât, atractivitatea acestor obligațiuni este una scăzută, raportat la faptul că statul nu-și va putea onora obligațiile în timpul apropiat, prețul la care se vând este unul redus. De pe urma acestui fapt, profită *vulture funds* care, după cum am menționat anterior, dispun de resurse financiare și de timp, astfel încât pot să-și permită să investească în active pe care alți creditori le-ar evita.

În același timp, este necesar de menționat faptul că *vulture funds* nu investesc în obligațiuni emise pe piața locală, adică în moneda națională a statului emitent, ci doar în obligațiuni emise pe piața internațională. În majoritatea cazurilor, obligațiunile plasate pe piața internațională sunt emise într-o monedă străină, „*în principal, Euro sau Dolari, reprezentând, de fapt, datoria externă a statului emitent*”¹³.

Respectivele fonduri de investiții aleg să investească în acest tip de obligațiuni din mai multe motive, dar, în principal, din cauza faptului că obligațiunile emise pe piața internă sunt reglementate de legea statului emitent, respectiv există riscul ca prin intervenții legislative să fie aduse modificări unilaterale în ceea ce privește modul de executare a acestora. De exemplu, Guvernul Greciei, „*pentru a restructura datoria internă, a ales să introducă, în mod retroactiv, în datoriile guvernate de propria legislație, o serie de clauze denumite Collective action clause (CAC)*”¹⁴. Respectivele clauze presupun, în esență, modificarea mecanismului de restructurare a datoriei prin eliminarea regulii potrivit căreia se cerea acordul unanim al tuturor creditorilor pentru o astfel de operațiune. Potrivit noilor prevederi, era suficient să existe acordul a două treimi dintre creditorii participanți la negocieri, fiind eliminat riscul ca din cauza unei poziții minoritare să fie blocat procesul de restructurare a datoriei. Drept consecință, chiar dacă s-ar putea considera că Guvernul Grec a acționat cu rea-credință, acest comportament ar fi putut fi cenzurat doar de instanțele naționale.

În plus, un alt factor care este luat în considerare de *vulture funds*, constă în riscul ca moneda națională să se devalorizeze, acest fapt fiind inevitabil în cazul intrării în faliment al statului debitor. Din acest motiv, investiția în datoria

¹² W., Patrick R., *Vulture Funds, Creditors and Sovereign Debtors: How to Find a Balance? Insolvabilité des états et dettes souveraines*, M. Audit, ed., LGDJ, 2011, [Online] la <https://ssrn.com/abstract=1994425>, accesata la data de 02.12.2022, pp. 1-56.

¹³ W. Kenton, *What Is External Debt? Definition, Types, Vs. Internal Debt*, Investopedia, 2022, [Online] la <https://www.investopedia.com/terms/e/external-debt.asp>, accesat la data de 02.12.2022.

¹⁴ S. Grund, *Enforcing Sovereign Debt in Court – A Comparative Analysis of Litigation and Arbitration Following the Greek Debt Restructuring of 2012*, European Central Bank, [Online] la <https://viennialawreview.com/index.php/vlr/article/view/20/14>, accesat la data de 02.12.2022

externă este mult mai sigură, riscul ca dolarul sau euro să se devalorizeze considerabil din cauza unor crize financiare fiind redus.

Nu în ultimul rând, este necesar de precizat faptul că, de obicei, creditorii care au investit în datoria externă vor avea un „drept de preferință”, astfel încât creanțele acestora vor fi executate cu prioritate față de cele guvernate de legislația internă. Deși, acest „drept de preferință” nu este prevăzut în niciun act normativ și nici în contractele de împrumut încheiate cu *vulture funds*, statele debitoare aleg să le execute cu prioritate, deoarece există „mai multe precedente judiciare care dau câștig de cauză acestor creditori, obligând statul la plata atât a sumei nominale a obligațiunii, cât și a penalităților”¹⁵. Astfel, pentru a evita suportarea pe lângă prețul nominal exprimat în dolari sau euro, a cărui valoare reală a crescut din cauza devalorizării monedei interne, și a unor penalități de întârziere, statele debitoare aleg să achite întreaga sumă ajunsă la scadență. Spre exemplu, Grecia a plătit în întregime „datoria externă în cuantum de 6.4 miliarde de dolari”¹⁶ tocmai pentru a evita litigiile cu creditori care ar fi putut să dureze mai mult de 10 ani, astfel cum s-a întâmplat în cazul Argentinei. În același timp, creditorii interni au fost nevoiți să accepte restructurarea datoriei impusă de modificarea legislativă prezentată anterior, „renunțând la mai mult de jumătate din suma pe care ar fi putut să o obțină dacă s-ar fi comportat ca *vulture funds*”¹⁷.

3. Modul de operare a *vulture funds*. Cazul Argentinei

Deși, în prezent, tot mai multe state aleg să achite integral titlurile de creanță aparținând *vulture funds*, o lungă perioadă de timp, acestea preferau să se confrunte cu respectivele fonduri speculative în instanță. Un exemplu elocvent în acest sens este cel al Argentinei¹⁸, stat care a intrat într-o luptă crâncenă cu așa zisele *vulture funds*, bătălie care a durat mai mult de 15 ani.

Astfel, pe 3 ianuarie 2002, din cauza faptului că nu a reușit să găsească resurse financiare „pentru a plăti datoria externă în cuantum de 28 de miliarde de dolari, Argentina prin organele competente, a declarat intrarea în faliment”¹⁹. Drept consecință, moneda națională, peso argentinian, s-a devalorizat „cu circa 40% ceea ce a dus la creșterea datoriilor emise în monedă străină”²⁰.

Pentru a evita agravarea situației, guvernul Argentinian a venit cu o propunere de restructurare a datoriei. Respectiva propunere presupunea emiterea

¹⁵ J. Schumacher, C. Trebesch, H. Enderlein, *Sovereign defaults in court*, în *Journal of International Economics*, Vol. 131/2021, [Online] la <https://doi.org/10.1016/j.jinteco.2020.103388>, accesat la data de 03.12.2022, pp. 1-72.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ P. Juneja, *Vulture Capitalism: An Introduction*, Management Study Guide Content Team, [Online] la *Vulture Capitalism: An Introduction* (managementstudyguide.com), accesat la data de 13.12.2022.

¹⁹ S.D. Kamenis, *Vulture Funds and the Sovereign Debt Market: Lessons from Argentina and Greece*, The Committee for the Abolition of Illegitimate Debt (CADTM), nr. 13/2014, [Online] la <https://www.cadtm.org/Vulture-Funds-Lessons-from-Greece>, accesat la data de 04.12.2022.

²⁰ *Idem*.

unor noi obligațiuni în schimbul celor vechi, cu o valoare nominală mai mică, dar însoțite de garanții suplimentare. Cu alte cuvinte, creditorii trebuiau să accepte reducerea cuantumului sumei la care erau îndreptățiți, în schimbul certitudinii că ar fi urmat să fie plătiți. Deși, „76% dintre creditori au acceptat această propunere, o parte dintre cei rămași au ales să rupă negocierile și să introducă cereri de chemare în judecată la instanțele din New York”²¹.

Printre cei care au ales să obțină executarea creanței, în mod integral, fără să participe la restructurarea datoriei, a fost și EM Ltd, o societate controlată de către NML Capital Ltd. Unul dintre obiectele de activitate ale NML Capital Ltd consta în investiția în datorii suverane a statelor aflate în dificultate și obținerea de profituri enorme de pe urma câștigării litigiilor cu respectivele state în instanțele de pe teritoriul Belgiei sau cele din New York. Cu alte cuvinte, respectiva societate ar putea fi caracterizată drept un veritabil *vulture funds*.

Respectivul fond de investiții s-a prevalat de faptul că, la acel moment, nu exista nicio dispoziție legală sau contractuală care să-l oblige să participe la restructurarea datoriei suverane. Neacceptând reducerea cu mai mult de 50% a valorii creanțelor pe care le deținea, acesta a ales să introducă mai multe acțiuni la instanțe de pe teritoriul Statelor Unite ale Americii, „dar și de pe teritoriul statelor în jurisdicția cărora erau situate bunuri aparținând statului Argentinian”²². Deoarece, din punct de vedere legal, respectivul creditor avea dreptate, acesta a obținut mai multe hotărâri judecătorești definitive prin care Argentina a fost obligată să suporte o sumă a cărei valoare depășește 900 de milioane de dolari.

Cu toate acestea, deși NML Ltd a parcurs toate etapele pentru a beneficia de puterea executorie a titlurilor de creanță pe care le deținea, guvernul Argentinian a refuzat să-și onoreze obligațiile ce decurgeau din respectivele hotărâri judecătorești. Pentru a cenzura acest comportament, NML Ltd a încercat să obțină o parte din datorie prin sechestrarea bunurilor ce se aflau în proprietatea privată a Argentinei, dar care erau situate pe teritoriile altor state. În acest sens, a introdus mai multe acțiuni la instanțele competente. Unul dintre exemplele notorii este reprezentat de sesizarea unei instanțe din Ghana, „acțiune prin care respectivul creditor a solicitat sechestrarea unei nave maritime ce se afla în apele teritoriale ale acestui stat”²³. Respectiva cerere a fost admisă.

Din cele prezentate rezultă, în mod evident, faptul că respectivul creditor a obținut o serie de decizii care beneficiau de toate atribuțiile specifice unei hotărâri judecătorești. Cu toate acestea, respectivele decizii nu puteau fi executate, neavând în realitate, nicio valoare la acel moment. Acest aspect s-a

²¹ *Idem*.

²² L. Martinez, F. Roch, F. Roldan, J. Zettelmeye, *Sovereign Debt*, în *IMF Working Paper*, nr. 122/2022, [Online] la <https://doi.org/10.5089/9798400213250.001>, accesat la data de 04.12.2022, pp. 1-47.

²³ R. Merle, *How one hedge fund made \$2 billion from Argentina's economic collapse*, The Washington Post, 2016, [Online] la <https://www.washingtonpost.com/news/business/wp/2016/03/29/how-one-hedge-fund-made-2-billion-from-argentinias-economic-collapse/>, accesat la data de 04.12.2022.

modificat odată cu „*pronunțarea unei decizii controversate de către una dintre instanțele din Statele Unite ale Americii*”²⁴.

Astfel, la data de 16 iunie 2014, Curtea de Apel din New York a decis că clauza *pari passu* inserată în contractele de creditare încheiate cu NML Ltd trebuie să fie interpretată în sensul că „*datoriile celor care au refuzat să participe la restructurarea datoriei externe trebuie să fie executate cu prioritate*”²⁵. În ceea ce privește semnificația respectivei clauze, este esențial de reținut că aceasta are rolul de a stabili un „*tratament egal în interiorul aceleași clase de creditori, fără a exista vreun drept de preferință între aceștia*”²⁶.

Pentru a înțelege mai ușor cum respectiva decizie a schimbat regulile jocului, ar trebui specificat faptul că din momentul pronunțării, Argentina nu mai putea să plătească altor creditori, chiar dacă ar fi avut resurse financiare suficiente. Acest fapt se datora instituirii unui drept de prioritate absolut în favoarea *vulture funds* care ar fi trebuit să fie plătiți, în mod obligatoriu, înaintea oricărui alt creditor. Cu alte cuvinte, șansele ca economia Argentinei să se oprească din stagnare au fost egalate cu zero.

La baza pronunțării respectivei hotărâri a stat un raționament greșit al judecătorului sesizat cu analiza cererii de chemare în judecată formulată de NML Ltd. Astfel, acesta a efectuat o comparație între două tipuri de interpretări ale clauzei *pari passu* existente în literatura de specialitate, „*adoptând soluția care contravine scopului acesteia*”²⁷.

Așadar, opinia majoritară consideră că respectiva clauză trebuie să fie interpretată în sensul potrivit căruia în cadrul unei clase de creditori, „*toate obligațiunile sunt egale din punct de vedere juridic, neexistând niciun drept de preferință în favoarea unui anumit creditor*”²⁸. Din această interpretare rezultă faptul că debitorul poate să aleagă obligațiunea pe care o va executa mai întâi, fără ca vreun creditor să-i poată opune existența vreunei „discriminări”.

Potrivit poziții minoritare existente în doctrină, clauza *pari passu* presupune faptul că „*debitorul nu are dreptul să aleagă creanța care va fi onorată cu prioritate, ci va trebui să le execute pe toate concomitent*”²⁹. Din respectiva

²⁴ D. Zandstra, *Sovereign pari passu clauses: NML Capital 2, Argentina 0*, Clifford Chance, 2014, [Online] la https://www.cliffordchance.com/briefings/2014/07/sovereign_pari_passuclausesnmlcapital2.html, accesat la data de 05.12.2022.

²⁵ R.O. Caminal, *The pari passu clause in sovereign debt instruments: developments in recent litigation*, în *BIS Paper*, nr. 72/2020, [Online] la <https://ssrn.com/abstract=2473988>, accesat la data de 05.12.2022., pp. 121-128.

²⁶ A. Hayes, *What Is Pari-Passu?*, Investopedia, [Online] la <https://www.investopedia.com/terms/p/pari-passu.asp>, accesat la data de 07.01.2023.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Allen, Overy, *The pari passu clause and the Argentine case*, în *The Lawyer*, 2014, [Online] la <https://www.thelawyer.com/issues/online-march-2014/the-pari-passu-clause-and-the-argentine-case/>, accesat la data de 05.12.2022.

²⁹ J.M. Blakemore, M.J. Lockman, *Pari Passu Undone: Game-Changing Decisions for Sovereigns in Distress*, în *Emerging Markets Restructuring Journal*, nr. 3/2017, [Online] la <https://docslib.org/doc/6947585/pari-passu-undone-game-changing-decisions-for-sovereigns-in-distress>, accesat la data de 05.12.2022, pp. 1-5.

interpretare poate fi trasă concluzia că în ipoteza în care debitorul nu ar avea resurse financiare suficiente pentru a executa integral toate datoriile, atunci acesta va fi obligat să plătească un anumit procent din datorie tuturor creditorilor. În acest mod, se poate ajunge la situația în care, deși statul debitor ar avea capacitatea de a onora o parte din datorii, nu ar putea să facă acest lucru, fiind nevoit să suporte curgerea dobânzilor și penalităților.

În condițiile în care, Argentina declarase intrarea în faliment înainte de pronunțarea respectivei decizii, singura variantă pentru găsirea resurselor financiare presupunea rectificarea bugetului național în sensul reducerii cheltuielilor în domenii cum ar fi educația și medicina. O astfel de acțiune sinucigașă din partea unui Guvern ar fi avut drept efect doar pierderea suportului politic, astfel încât Argentina a ales să nu plătească deloc creditorilor. Cu toate acestea, odată cu schimbarea guvernului, pentru a evita declararea unui nou faliment, Argentina a recurs la negocieri extrajudiciare, fiind de acord să plătească o parte din sumă doar pentru a evita colapsul total. Într-un final, după câteva luni de negocieri sub supravegherea Curții de Apel din New York, Argentina a ajuns la „*un acord de principiu cu vulture funds, fiind de acord să plătească 4.65 miliarde de dolari*”³⁰.

Respectivul acord de principiu presupunea faptul că Argentina își asuma obligația de a plăti 70% din suma nominală a obligațiunilor deținute de *vulture funds*, în condițiile în care respectivele fonduri le-au achiziționat pe piața secundară de capital în schimbul unui preț modic. În același timp, Argentina a acceptat să suporte și penalitățile care s-au acumulat pe parcursul celor 14 ani de litigii, astfel încât profitul *vulture funds* ar putea fi caracterizat ca fiind unul extraordinar.

4. Analiză teoretică și practică ale legislațiilor „Anti-Vulturi”

Ca regulă, „*restructurarea datoriei suverane se baza, în principal, pe negocieri directe cu creditorii*”³¹ care erau de acord să reducă din suma la care erau îndreptățiți. După succesul obținut de către *vulture funds*, în cazul Argentinei și Greciei, această modalitate de restructurare a datoriei ar putea să se schimbe. În acest sens, creditorii de „bună credință”, adică cei care acceptă restructurarea datoriei în detrimentul propriilor interese, ar putea să adopte un comportament specific fondurilor speculative de investiții. Drept consecință, șansele ca statele aflate în faliment să reușească să găsească resurse pentru a redresa economia ar fi minime.

Pentru a combate acest fenomen pot fi folosite mai multe metode, cum ar fi „*eliminarea vulnerabilităților din legislația națională care permit vulture funds să*

³⁰ A. Frizzel, *Argentina makes peace with vulture funds after 14 years*, în *The Independent*, 01.03.2016, disponibil pe internet la adresa: <https://www.independent.co.uk/news/business/news/argentina-makes-peace-with-vulture-funds-after-14-years-a6904496.html>, accesat la data de 05.12.2022.

³¹ A. Iversen, *Vulture Fund Legislation*, în *Banking & Financial Services Policy Report*, Wolters Kluwer, Vol. 38, nr 5/2019, [Online] la <https://ssrn.com/abstract=3456479>, accesat la data de 05.12.2022, pp. 1-12.

*evite plata impozitelor*³² sau „*elaborarea unui cadru normativ care să reglementeze restructurarea datoriilor suverane*”³³. Deși prima metodă propusă ar putea fi eficientă, aceasta își găsește aplicabilitatea doar în cazuri particulare, fiind necesară elaborarea unor acte normative care să reglementeze însăși activitatea respectivelor fonduri de investiții.

Până la momentul actual, doar o parte dintre state a recurs la elaborarea unor astfel de acte normative. Fac parte din această categorie, Regatul Unit, Australia, Franța și Belgia.

În ceea ce privește Regatul Unit, actul normativ poartă denumirea de *Debt Relief Act (DRA)*³⁴, scopul acestuia constând în asigurarea unei protecții suplimentare statelor puternic îndatorate. Astfel, se instituie un mecanism obligatoriu potrivit căruia toți creditorii sunt obligați să participe la restructurarea datoriei suverane, fiind prevăzut, în funcție de stat, un plafon maxim al profitului pe care l-ar putea obține aceștia. În acest mod, *vulture funds* evită să investească în datoriile statelor care fac parte din categoria *Heavily Indebted Poor Countries (HIPC)*³⁵, cele din urmă având șanse să iasă din faliment într-o perioadă de timp rezonabilă.

În Franța, actul normativ adoptat³⁶ este asemănător cu cel din Regatul Unit, cu mențiunea că sunt prevăzute criteriile după care se va orienta instanța în stabilirea tipului de datorie, adică dacă este deținută de un creditor de „bună credință” sau de un fond speculativ care urmărește obținerea unor profituri enorme, folosindu-se de vulnerabilitățile statului debitor. Spre exemplu, creditorii nu vor putea cere sechestrarea bunurilor aparținând statelor debitoare dacă la momentul când au achiziționat obligațiunile de pe piața secundară respectivul stat era în faliment. De asemenea, în ipoteza în care minim 66% dintre creditorii sunt de acord cu restructurarea datoriei, atunci ceilalți creditorii nu se vor putea opune acesteia. În acest mod, nu mai există riscul ca din cauza unui număr mic de creditorii, întregul proces de restructurare a datoriei să fie blocat.

³² C. Taylor, *Department of Finance closes vulture fund loophole*, în *The Irish Times*, 2016, [Online] la <https://www.irishtimes.com/business/economy/department-of-finance-%20closes-vulture-fund-loophole-1.2781681>, accesat la data de 06.12.2022.

³³ International Monetary Fund, *The International Architecture for Resolving Sovereign Debt Involving Private-Sector Creditors—Recent Developments, Challenges, And Reform Options*, Policy Paper No. 2020/043, 2020, [Online] la

<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2020/09/30/The-International-Architecture-for-Resolving-Sovereign-Debt-Involving-Private-Sector-49796>, accesat la data de 06.12.2022, pp. 1-52.

³⁴ UK Statutory Instruments, 2011 No. 1336, *The Debt Relief (Developing Countries) Act 2010*, [Online] la <https://www.legislation.gov.uk/ukSI/2011/1336/contents/made>, accesat la data de 26.12.2022.

³⁵ The World Bank, *Heavily Indebted Poor Countries (HIPC) Initiative*, 2018, [Online] la <https://www.worldbank.org/en/topic/debt/brief/hipc>, accesat la data de 26.12.2022.

³⁶ LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (1), [Online] la LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (1) - Légifrance (legifrance.gouv.fr), accesat la data de 26.12.2022

Dacă legile adoptate de Regatul Unit și Franța au drept scop, în principal, apărarea statelor aflate în dificultate, actul normativ propus de legiuitorul belgian este destinat să „*excludă activitatea vulture funds în întregime*”³⁷.

Legea *Anti-Vulture Funds*³⁸ instituie un mecanism de control ce presupune existența a două etape de verificare a datoriei suverane în vederea stabilirii dacă creditorul care o deține face parte din categoria *vulture funds* sau nu. În ipoteza în care răspunsul este afirmativ, profitul pe care creditorul l-ar putea obține se reduce la suma pe care a plătit-o la data achiziționării datoriei de pe piața secundară de capital.

În prima etapă, judecătorul sesizat cu cererea de chemare în judecată va verifica dacă prin executarea datoriei în condițiile cerute de către creditor, acesta va obține un „avantaj nelegitim”. Pentru ca analiza realizată de instanță să nu fie una arbitrară, legiuitorul belgian a descris în cadrul respectivului act normativ o serie de criterii. Prin corelarea acestora, se poate defini noțiunea de „avantaj nelegitim” ca fiind existența unei disproporții vădite între valoarea inițială a creanței și suma pe care a plătit-o creditorul sau existența unei disproporții între suma suportată de creditor și suma a cărui executare o cere. După cum am menționat anterior, în cazul Argentinei, *vulture funds* au achiziționat obligațiunile emise de guvernul respectivului stat cu un discount de circa 70%. Cu alte cuvinte, în cazul în care cererea de chemare în judecată ar fi fost formulată în fața unei instanțe din Belgia, instanța ar fi constatat că NML Ltd urmărește obținerea unui „avantaj nelegitim”.

Cu toate acestea, este necesar de precizat că nu doar respectivele *hedge funds* investesc în datorii suverane, o astfel de activitate fiind o practică obișnuită pentru majoritatea creditorilor. Un astfel de comportament se explică prin faptul că debitorul este un stat, care, în majoritatea cazurilor, își va executa obligațiile. Tocmai din acest motiv, pentru a nu aduce atingere activității creditorilor de „bună credință”, pe lângă „avantajul nelegitim” urmărit, legiuitorul belgian a prevăzut o serie de criterii care ar atrage „*respingerea cererii de chemare în judecată în cazul în care sunt incidente*”.

Primul criteriu are în vedere situația economică a statului debitor, fiind necesară verificarea dacă la momentul achiziționării datoriei suverane, respectivul stat declarase intrarea în faliment sau dacă urma să facă acest lucru. Acest criteriu nu implică verificări suplimentare din partea creditorilor, întrucât aceștia se pot raporta la calificativele stabilite de Agențiile de rating activelor în care urmează să investească. În majoritatea cazurilor, agențiile de rating oferă un calificativ de cea mai mică calitate respectivelor datorii, întrucât șansele de a le recupera la scadență sunt aproape de 0. Așadar, dacă un creditor investește în

³⁷ L. Wozny, *National Anti-Vulture Funds Legislation: Belgium's Turn*, în *Columbia Business Law Review*, nr. 697/2017. [Online] la <https://ssrn.com/abstract=3249219>, accesat la data de 26.12.2022, pp. 1-51.

³⁸ Loi visant à empêcher la saisie ou la cession des fonds publics destinés à la coopération internationale, notamment par la technique des fonds vautours, [Online] la https://etaamb.openjustice.be/fr/loi-du-06-avril-2008_n2008015073.html, accesat la data de 26.12.2022.

obligațiuni emise de un stat aflat în faliment, achiziționându-le la un preț modic, atunci, potrivit legislației belgiene, suma pe care o va putea obține se va limita la suma de bani pe care a plătit-o pe piața secundară de capital. Cu alte cuvinte, într-o astfel de situație, profitul obținut de creditor va fi egal cu 0.

Al doilea criteriu se raportează la sediul social al creditorului, legiuitorul belgian prezentând pe larg lista de state „neprietenoase” din punct de vedere fiscal. Întrucât majoritatea *vulture funds* și-au stabilit sediul social în astfel de state, aceștia vor fi nevoiți să-l mute într-un alt stat, cu consecința suportării unor impozite mai mari. Astfel, cel puțin teoretic, respectivul criteriu ar putea să fie incident în cazul acestei categorii de creditori. Cu toate acestea, *vulture funds*, aproape în toate cazurile, își desfășoară activitatea prin intermediul unor societăți interpose, astfel încât aplicabilitatea acestui criteriu ar fi limitată.

În ceea ce privește al treilea criteriu, acesta impune în sarcina instanței obligația de a efectua o analiză a activității creditorului care a introdus acțiunea, în principal, a modului de operare în legătură cu executarea creanțelor pe care le deține. Astfel, în ipoteza în care se descoperă că fondul de investiții preferă să-și acționeze debitorii în instanță, fără să participe la negocierile care au drept obiect restructurarea datoriei, atunci instanța va constata incidența respectivului criteriu, dispunând respingerea cererii de chemare în judecată.

Așadar, rezultă, în mod evident, faptul că acest criteriu descrie modul de operare al *vulture funds*. Prin urmare, prin instituirea lui, activitatea acestora ar putea fi limitată, în mod integral, pe teritoriul belgian. Cu toate acestea, la fel ca și în cazul criteriilor deja prezentate, nu este clar cum vor fi interpretate dispozițiile legale de către instanțe în situația în care acțiunea ar fi introdusă de o societate interpusă.

Al patrulea criteriu se află într-o strânsă legătură cu cel prezentat anterior, întrucât se raportează la etapa anterioară sesizării instanței de judecată, respectiv cea de negocieri privind restructurarea datoriei. Așadar, în ceea ce privește sarcina probei, aceasta revine statului debitor, care va trebui să facă dovada faptului că a încercat să ajungă la o înțelegere cu creditorul. Considerăm că respectivul criteriu ar putea fi folosit în mod abuziv, atâta timp cât nu se impune analiza propunerii de restructurare a datoriei. Cu alte cuvinte, un stat debitor ar putea să facă o propunere de restructurare a datoriei extrem de dezavantajoasă pentru o parte dintre creditori, urmărind în acest mod limitarea numărului de litigii ce ar putea fi soluționate de instanțele judecătorești din Belgia. În această ipoteză, creditorii nu vor mai putea sesiza instanțele din Belgia, deoarece vor fi catalogați ca fiind *vulture funds*, cu consecința pierderii oricărui profit.

Al cincilea criteriu are drept premisă existența unui acord, vădit injust, în ceea ce privește restructurarea datoriei, acord ce a fost obținut datorită poziției vulnerabile a statului debitor. Astfel, este reglementată ipoteza în care creditorul impune o serie de prevederi dezavantajoase, cum ar fi stabilirea unor penalități, profitând de poziția sa dominantă. Cu alte cuvinte, statul debitor fie acceptă restructurarea datoriei astfel cum a fost propusă de creditor, fie urmează să se

confrunte cu acesta în instanță. În principiu, acest criteriu ar putea fi benefic, întrucât întărește poziția statului debitor în etapa de negociere, creditorii cunoscând consecințele cu care se pot confrunta dacă vor cădea sub incidența legii *Anti-Vulture Funds*.

În final, ultimul criteriu presupune o analiză a efectului pe care l-ar avea executarea creanței deținute de creditor asupra economiei statului debitor, în special, în ceea ce privește dezvoltarea socio-economică a populației. După cum am menționat deja, creanțele deținute de *vulture funds* pot avea un impact enorm asupra întregii economii a statului debitor, deoarece sunt însoțite de penalități ce s-au acumulat perioade lungi de timp. Astfel, pentru a evita situațiile în care instanțele belgiene ar fi implicate în acordarea unor astfel de penalități, legiuitorul belgian a ales să instituie respectivul criteriu.

Din cele prezentate, rezultă, în mod evident, faptul că scopul urmărit prin elaborarea respectivului act normativ ar putea fi atins fără provocări suplimentare. Așadar, *vulture funds* nu vor mai alege instanțele belgiene pentru obținerea sechestrelor asupra bunurilor aparținând statelor debitoare sau a altor hotărâri care să aibă legătură cu creanța. Cu toate acestea, se pune întrebarea dacă este necesară elaborarea unui act normativ atât de drastic, deoarece, chiar dacă s-ar putea crea impresia că acestea profită de pe urma statelor aflate în dificultate, activitatea lor prezintă și aspecte benefice. De exemplu, *vulture funds* sunt, în majoritatea cazurilor, singurele care furnizează lichidități pe piața secundară de capital, investind în active neatractive pentru alți creditori. De asemenea, respectivele fonduri de investiții oferă o analiză temeinică a motivelor care au stat la baza stagnării economiilor statelor debitoare, precum și a șanselor de redresare a acestora.

Nu în ultimul rând, este necesară înțelegerea faptului că, în majoritatea cazurilor, cel puțin din punct de vedere legal, *vulture funds* au dreptate. Cu excepția legislației adoptate de Regatul Unit în 2010, nu există niciun act normativ care să oblige creditorii să participe la restructurarea datoriei suverane. Prin urmare, aceștia au libertatea deplină să sesizeze instanțele judecătorești pentru a obține o hotărâre executorie împotriva unui stat care refuză să-și onoreze obligațiile. Până la urmă, nu din cauza creditorilor, statele ajung în situația de a declara intrarea în faliment, ci din cauza unor politici financiare neinspirate.

5. Concluzii

Activitatea *vulture funds* este una imorală, dar necesară. Astfel, într-adevăr, aceștia profită de pe urma crizelor financiare, influențând șansele de redresare a economiilor aflate în dificultate. În același timp, fără existența acestora, o parte semnificativă dintre creditorii care au investit în active „sigure”, emise de state ajunse în incapacitate de plată, ar intra în insolvență. Așadar, furnizarea de lichidități pe piața secundară este unul dintre avantajele pe care le oferă aceștia, avantaj ce nu poate fi combătut de imoralitatea cu care își obțin profiturile.

O parte din literatura de specialitate, în analiza activităților desfășurate de respectivele fonduri, invocă lipsurile cu care se confruntă cetățenii statelor debitoare, fără a avea în vedere faptul că motivele care stau la baza intrării în faliment nu au drept sursă doar activitatea *vulture funds*, ci politici financiare populiste destinate obținerii unui scor politic pe termen scurt, fără luarea în considerare a consecințelor acestora asupra economiei, precum și a numeroaselor vulnerabilități legislative existente care favorizează corupția și degradarea instituțiilor publice.

Aceeași greșală a comis-o și legiuitorul belgian care a ales să elimine activitatea *vulture funds* de pe teritoriul Belgiei, fără a încerca să găsească o cale de mijloc care să implice atât o restructurare previzibilă a datoriilor, cât și obținerea unui profit de către creditorii. Până la urmă, indiferent de tipul de creditorii, aceștia urmăresc acumularea de resurse financiare, investind în diferite tipuri de active. Fără aceste investiții, statele s-ar confrunta cu lipsa de lichidități, respectiv cu incapacitatea de plată. Din aceste motive, considerăm alegerea legiuitorului belgian, cel puțin, discutabilă.

În ceea ce privește legislațiile existente în Franța și Regatul Unit, acestea au drept scop facilitarea restructurării datoriilor statelor puternic îndatorate. Respectiv statele nu pot fi calificate ca fiind în curs de dezvoltare, ele făcând parte din așa zisa a „patra lume”. Prin urmare, în cazul acestora, este necesară eliminarea oricărei activități a creditorilor care ar putea duce la imposibilitatea restabilirii economiei, inclusiv a activității desfășurate de *vulture funds*. Chiar și așa, legiuitorul englez a prevăzut stabilirea unui prag maxim de profit pe care l-ar putea obține creditorii, înțelegând consecințele limitării profitului la 0.

Concluzionând, *vulture funds* ar putea fi blamate ca fiind imorale, dar în niciun caz nu ar trebui să fie interzise. În urma efectuării respectivei cercetări, am observat faptul că problema nu este reprezentată nici de aceste fonduri de investiții, nici de statele debitoare, ci de lipsa unui mecanism previzibil de restructurare a datoriilor suverane. Astfel, deși, în mod repetat, statele se confruntă cu intrarea în faliment, negocierile de restructurare au loc *Ad-hoc*, nefiind eficiente. Prin urmare, statele nu ar trebui să încerce să interzică activitatea celor care se folosesc de această situație, ci să elaboreze acte normative previzibile care să aibă drept obiect identificarea unui mecanism de restructurare a datoriei.

Referințe

- Blakemore J.M., Lockman M.J., *Pari Passu Undone: Game-Changing Decisions for Sovereigns in Distress*, în *Emerging Markets Restructuring Journal*, nr. 3/2017, pp. 1-5, [Online].
- Brutti D. J., *Sovereign Debt Crises and Vulture Hedge Funds: Issues and Policy Solutions*, în *Boston College Law Review*, Vol. 61, nr. 5/2020, pp. 1820-1854, [Online].
- Caminal R.O., *The pari passu clause in sovereign debt instruments: developments in recent litigation*, în *BIS Papers*, nr. 72/2000, pp. 121-128, [Online].
- Grund S., *Enforcing Sovereign Debt in Court – A Comparative Analysis of Litigation and Arbitration Following the Greek Debt Restructuring of 2012*, European Central Bank, [Online].

- Hedge Pappers, *Pain and Profit in Sovereign Debt: How New York Can Stop Vulture Funds From Preying on Countries*, în *HedgePapers* , nr. 75/2021, [Online].
- International Monetary Fund, *The International Architecture for Resolving Sovereign Debt Involving Private-Sector Creditors—Recent Developments, Challenges, And Reform Options*, în *Policy Paper* nr. 043/2020, pp. 1-52, [Online].
- Iversen A., *Vulture Fund Legislation, Banking & Financial Services Policy Report*, Research Paper Wolters Kluwer, Vol. 38, nr. 5/2019, University of Oslo Faculty of Law, pp. 1-12, [Online].
- Kamenis S.D., *Vulture Funds and the Sovereign Debt Market: Lessons from Argentina and Greece*, The Committee for the Abolition of Illegitimate Debt (CADTM), nr. 13/2014, DOI:10.5089/9798400213250.001, pp. 1-47, [Online].
- Martinez L., Roch F., Roldan F., Zettelmeye J., *Sovereign Debt*, în *IMF Working Paper*, Vol. 2022, nr. 122/2022, pp. 1-47, [Online].
- Patrick R., *Vulture Funds, Creditors and Sovereign Debtors: How to Find a Balance?* Insolvabilité des états et dettes souveraines, M. Audit, ed., LGDJ, 2011, pp. 1-56, [Online].
- J. Schumacher, C. Trebesch, H. Enderlein, *Sovereign defaults in court*, în *Journal of International Economics*, vol. 131/2021, DOI: 10.1016/j.jinteco.2020.103388, pp. 1-72, [Online].
- Wozny L., *National Anti-Vulture Funds Legislation: Belgium's Turn*, în *Columbia Business Law Review*, nr. 697/2017, pp. 1-51, [Online].

Procedura prealabilă în contenciosul administrativ: reflecții de ordin teoretico-practic cu referire la Republica Moldova

Preliminary procedure in the administrative litigation of the Republic of Moldova: theoretical-practical reflections

Aliona Corcenco¹

Rezumat: Orice persoană care revendică încălcarea unui drept al său prin activitatea administrativă a unei autorități publice poate înainta o acțiune în contencios administrativ. Regula generală în litigiile de contencios administrativ este că, pentru a putea înainta acțiunea în instanța de judecată, persoană care revendică încălcarea unui drept al său prin activitatea administrativă a unei autorități publice (reclamantul) trebuie să prezinte dovada îndeplinirii cerințelor legii și a respectării procedurii prealabile, adică adresării mai întâi autorității emitente sau ierarhic superioare și, în rezultatul refuzului acesteia, respectiv, după menținerea actului administrativ, se poate adresa nemijlocit instanței de judecată. Nerespectarea acestei reguli are ca consecință declararea acțiunii inadmisibile.

Cuvinte-cheie: contencios administrativ, act administrativ, autoritate publică, cerere prealabilă, procedură prealabilă.

Abstract: Any person claiming that his or her right has been infringed by the administrative activity of a public authority may bring an administrative action. The general rule in administrative disputes is that, in order to be able to bring an action before the court, a person claiming infringement of his right through the administrative activity of a public authority (the plaintiff) must provide proof that the requirements of the law have been met and that the prior procedure has been followed, i.e. he must first apply to the issuing or higher authority and, if the latter refuses, i.e. after the administrative act has been upheld, he may apply directly to the court. Failure to comply with this rule results in the action being declared inadmissible.

Keywords: Administrative dispute, administrative act, public authority, prior request, prior procedure.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept și Științe sociale, Universitatea de Stat „Alec Russo” din Bălți, e-mail: acorcenco@mail.ru.

1. Introducere

Studiul de față este consacrat procedurii prealabile în contenciosul administrativ, procedură ce urmărește scopul soluționării prejudiciare a litigiilor administrative. În cadrul oricărei activități sociale, sunt posibile încălcări și abuzuri. Nu fac excepție în acest sens nici autoritățile publice și nici persoanele ce activează în cadrul lor. Prin acte sau acțiuni, acestea pot leza drepturi ale persoanelor fizice sau juridice.

Temeiul constituțional al contestării actelor autorităților publice și al răspunderii acestor autorități pentru vătămările aduse prin nesocotirea sau încălcarea drepturilor și libertăților legitime ale persoanei rezultă din art. 52 din constituție, dar este prevăzut expres în art. 53 intitulat Dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică, care prevede la alin. (1) că persoana vătămată într-un drept al său de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, este îndreptățită să obțină recunoașterea dreptului pretins, anularea actului și repararea pagubei².

Acest drept este garantat prin instituirea unui control asupra actelor administrative, dar și a răspunderii patrimoniale a statului pentru vătămările aduse persoanelor prin fapte ilegale sau erori ale funcționarilor publici. Dreptul susmenționat este o garanție constituțională de asigurare a celorlalte drepturi și libertăți constituționale, și un suport juridic pentru exercitarea diverselor forme de control asupra activității administrației publice³.

Siguranța raporturilor juridice generate de actele administrative trebuie să fie în centrul preocupărilor administrației publice, atunci când aceasta decide să revină asupra propriilor acte, dar și ale doctrinei administrative, precum și ale jurisprudenței confruntate cu litigii de acest gen.

Desigur, este de dorit ca actele administrative să fie adoptate în condiții care să garanteze respectarea echității în raporturile dintre cetățeni și administrație. În procesul complex de emitere și aplicare acestui tip de acte juridice se regăsesc exigențele unei administrații bune și eficiente, în contextual în care, alături de interesele beneficiarului actului administrativ, se regăsesc interesele terților și interesele publice majore.

Ameliorarea relațiilor dintre cetățean și administrație, în special, protecția acestuia față de actele administrative, constituie o trăsătură esențială a politicii juridice recente a statelor europene. Este vorba despre asigurarea respectării unui maximum de echitate în raporturile dintre cetățeni și puterile publice angajate în acțiuni din ce în ce mai numeroase și mai diversificate.

² Constituția Republicii Moldova din 29.07.1994. Publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 1 din 12.08.1994. Republicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 78/140 din 29.03.2016.

³ B. Negru, N. Osmochescu, A. Smochină et al., *Constituția Republicii Moldova. Comentariu*, Editura ARC, Chișinău, 2009, p. 209.

2. Reglementări internaționale în materia modalităților alternative de reglementare a litigiilor între autoritățile administrative și persoanele private

În această ordine de idei, reiterăm Recomandarea Rec. (2001) adoptată la 05.09.2001 a Comitetului de Miniștri către Statele Membre ale Consiliului Europei asupra modalităților alternative de reglementare a litigiilor între autoritățile administrative și persoanele private, care a statuat că, în principiu recursul în fața administrației trebuie să fie accesibil subiectului oricărui act și poate avea ca obiect oportunitatea și/sau legalitatea unui act. În plus, se arată că recursurile față de administrație pot fi obligatorii, în anumite cazuri, înainte de sesizarea instanței, iar acestea trebuie să facă obiectul unei examinări atente și să conducă la o decizie din partea autorităților competente.⁴

Potrivit Recomandării, se consideră că principalele avantaje ale modurilor alternative de reglementare a diferendelor administrative pot fi, eventual și după caz, procedurile simplificate, celeritatea mai mare și costul mai mic, reglementarea amiabilă, intervenția unor specialiști, recurgerea la echitate și nu numai la legalitatea strictă și discreția mai mare. În același timp, se apreciază că aceste moduri alternative trebuie să se conformeze principiilor egalității, imparțialității și respectării drepturilor părților. Recomandarea precizează că aceste moduri alternative au avantajul apropierii administrației de utilizatorii săi, evitând suscitarea antagonismului între părțile diferendului și, prin aceasta, furnizarea de soluții în mod corespunzător adoptate anumitor tipuri de litigii.

Acest act juridic european punctează și anumite avantaje a acestei proceduri, cum ar fi : rapiditatea în luarea deciziilor, formalismul minimal, discreția și caracterul amiabil al procedurii, posibilitatea de a avea acces la specialiști și de a se baza pe echitate pentru rezolvarea litigiului, precum și caracterul economic al procedurii.⁵

Nu o singură dată Curtea Constituțională a Republicii Moldova a menționat că accesul la justiție nu este absolut, iar procedura prealabilă în esență nu reprezintă o încălcare a acestui principiu, inclusiv și în hotărârea nr. 14 din 15.11.2012 Curtea a conchis, că,, prin instituirea procedurii prealabile legiuitorul a urmărit să transpună în practică principiul celerității soluționării litigiilor dintre părți. La fel, procedura prealabilă poate constitui o rațiune de eficiență capabilă să asigure soluționarea mai rapidă a unor categorii de litigii. Curtea reține că, potrivit legislației existente, procedura prealabilă este necesară a fi respectată cu preponderență în cadrul procedurii contenciosului administrativ. Curtea menționează că în materia contenciosului administrativ procedura prealabilă este o procedură grațioasă, care nu presupune implicarea unui organ cu atribuții jurisdicționale, ci chiar a aceluiași organ care a emis actul administrativ sau a organului ierarhic superior. În cazul manifestării dezacordului cu actul emis în

⁴ A se vedea site-ul: <http://www.coe.int> (accesat pe 10.09.2022).

⁵ A. Iorgovan, L. Vișan, A. S. Ciobanu et al., *Legea Contenciosului Administrativ. Comentariu și jurisprudența*, Editura Universul Juridic, București, 2008, p. 90.

urma acestei proceduri, acesta poate fi supus unui control judecătoresc, cu stabilirea tuturor garanțiilor procesuale pentru justițiabil (asigurarea principiului contradictorialității, egalității, disponibilității în drepturi) și a remediilor juridice efective împotriva actului administrativ contestat⁶.

Abordând „cererea prealabilă”, prin prisma doctrinei administrative franceze, deducem că suntem în prezența unui recurs administrativ atunci când cel administrat, adică cel care intenționează să declanșeze controlul, prezintă administrației un recurs, care repune în discuție o decizie adoptată în privința sa, atât pentru motive de legalitate, cât și pentru motive de oportunitate. În situația în care recursul este înaintat emitentului deciziei administrative, suntem în prezența unui recurs grațios, dar dacă el este prezentat superiorului ierarhic al autorului deciziei inițiale, putem vorbi de un recurs ierarhic. Cele două tipuri de recursuri constituie, așa numitele recursuri administrative, întrucât ele sunt adresate administrației⁷.

În Franța, această procedură grațioasă sau ierarhică se apropie de conciliere, dar în practică, ea nu prezintă importanța pe care ar trebui să o capete, fie pentru că cei administrați nu recurg, în mod suficient, la aceasta, fie că de multe ori administrația nu realizează decât un examen superficial al cererii, datorită înaintării sale în procedura grațioasă⁸.

3. Reglementări naționale în materia modalităților alternative de reglementare a litigiilor între autoritățile administrative și persoanele private

Revenind, la subiectul nemijlocit, supus analizei în acest articol, reiterăm că în Republica Moldova instituția contenciosului administrativ apare după mai bine de două secole de existență a acesteia în Franța și după mai bine de un secol de funcționare a sa în România. Astfel, instituția contenciosului administrativ este consfințită în Constituția Republicii Moldova din 29 iulie 1994, puțin mai târziu la 10 februarie 2000 este adoptată Legea contenciosului administrativ, iar din 1 aprilie 2019 a intrat în vigoare Codul Administrativ, care reprezintă cadrul juridic principal prin care se asigură reglementarea raporturilor administrative la înfăptuirea activității administrative și a controlului judecătoresc asupra acesteia. Codul are drept scop reglementarea procedurii de înfăptuire a activității administrative și a controlului judecătoresc asupra acesteia, în vederea asigurării respectării drepturilor și a libertăților prevăzute de lege ale persoanelor fizice și juridice, ținând cont de interesul public și de regulile statului de drept⁹.

Or, prin Legea sa Fundamentală Republica Moldova se declară expres „stat de drept, democratic” în care demnitatea omului, drepturile și libertățile lui,

⁶ A se vedea site-ul www.curteaconstituțională.md. Hotărârea nr. 14 din 15.11.2012 (accesat pe 12.09.2022).

⁷ J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, 21-eme ed., Editions Dalloz, Paris, 2006, p. 462.

⁸ J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, 9-eme ed., Editura Montchrestien, Paris, 2005, p. 51.

⁹ Codul Administrativ al Republicii Moldova, art. 3. Publicat la 17.08.2018 în Monitorul Oficial nr. 309-320 art. nr. 466.

de asemenea, dreptatea prezintă valori supreme și sunt garantate¹⁰. La rândul său, fiind fundamentat pe supremația legii, statul de drept presupune executarea și respectarea strictă a legilor de către toți (cetățeni, funcționari, autorități statale și nestatale). În statul de drept se prevede răspunderea reciprocă a statului și a cetățenilor, sunt asigurate drepturile și libertățile cetățenilor și există o reală independență și separație a puterilor, responsabilitatea guvernanților și obligația lor de a se conforma legilor fiind o trăsătură a democrației.

Instituția contenciosului administrative este o instituție fundamentală în orice stat de drept, aceasta reprezentând instrumentul prin intermediul căruia administrației se pot apăra de abuzurile administrației.¹¹ Astfel, putem remarca că orice persoană care revendică încălcarea unui drept al său prin activitatea administrativă a unei autorități publice poate înainta o acțiune în contencios administrativ. O acțiune în contencios administrativ poate fi înaintată și atunci când autoritatea publică nu a soluționat în termen legal o cerere¹². În acest mod, instanței de judecată îi revine dreptul de control asupra actelor administrative emise de autoritățile publice.

Codul Administrativ, în vigoare la moment, păstrează calea de soluționare prejudiciară a litigiilor administrative, materializată în vechea Lege a contenciosului administrativ. Astfel, cererea prealabilă este instituția care oferă o cale de soluționare prejudiciară a litigiilor administrative.

Definiția noțiunii de „cerere prealabilă” înserată în articolul 19 Cod Administrativ (C. Adm. de aici înainte) este neclară și confuză. Or, cererea prealabilă nu poate fi considerată drept instituție, iar, instituția care oferă posibilitatea soluționării prejudiciare a litigiilor administrative este procedura prealabilă sesizării instanței de judecată. Art. 9 C. Adm. definește noțiunea de „petiție”, prin care se înțelege orice cerere, sesizare sau propunere adresată unei autorități publice de către o persoană fizică sau juridică. Astfel, rezultând din raționamentul prevederilor Codului Administrativ noțiunea de „petiție” trebuie să acopere inclusiv conceptul de „cerere prealabilă”. În această ordine de idei, putem concluziona că nu toate adresările către autoritatea publică semnifică procedură prealabilă.

Sub aspect procedural examinarea cererii în contencios administrativ se manifestă sub două faze: procedura prealabilă și procedura în instanța de contencios administrativ.

Regula generală în litigiile de contencios administrativ este că, pentru a putea înainta acțiunea în instanța de contencios administrativ, reclamantul trebuie să prezinte dovada îndeplinirii cerințelor legii și a respectării procedurii prealabile, adică s-a adresat mai întâi autorității emitente sau ierarhic superioare

¹⁰ Constituția Republicii Moldova, adoptată la 29 iulie 1994, publicată în Monitorul Oficial nr. 1 /1994, art. 1

¹¹ V. Vedinaș, *Introducere în dreptul contenciosului administrativ*, Editura Fundației României de Mâine, București, 1999, p. 22.

¹² Codul Administrativ al Republicii Moldova, art. 189. Publicat la 17.08.2018 în Monitorul Oficial nr. 309-320, art. 466.

și, în rezultatul refuzului acesteia, respectiv, după menținerea actului administrativ, se poate adresa nemijlocit instanței de judecată. Obiecția prealabilă se înaintează de către persoana căreia i s-a cauzat o vătămare, adică i s-a lezat un drept recunoscut de lege, prin emiterea unui act al autorităților administrative. Cererea prealabilă reprezintă acea plângere întocmită în formă scrisă în care este indicată încălcarea dreptului său prin actul administrative emis. Nu se admite depunerea cererii prealabile în interesul altei persoane, cu excepția cazurilor reprezentanților legali sau când o persoană este împuternicită cu dreptul de a reprezenta în justiție interesele altor persoane în baza procurii cu respectarea condițiilor prevăzute de art. 79-81 Cod de procedură civilă al Republicii Moldova¹³ sau subiectul de drept administrativ împuternicește prin mandate altă persoană să reprezinte interesele. Cererea prealabilă va fi depusă în scris la organul emitent sau la organul ierarhic superior, la alegerea persoanei, în termen de 30 zile de la data când a luat cunoștință de actul contestat.

Procedura prealabilă este sistematizată în Cartea II Titlu V, iar art. 162-169 C. Adm. descriu cu lux de amănunte: scopul procedurii prealabile, depunerea cererii prealabile, termenul pentru depunerea cererii prealabile, dreptul de a depune cererea prealabilă și soluționarea cererii prealabile de către autoritatea emitentă. Astfel, potrivit art. 162 alin. (1) și (2) C. Adm. procedura prealabilă urmărește scopul de a verifica legalitatea actelor administrative individuale. Dacă autoritatea publică nu soluționează petiția în termenele prevăzute, persoana afectată este în drept să depună cerere prealabilă.

Din raționamentul normei suscitată, rezultă că procedura prealabilă urmărește scopul de a verifica legalitatea actelor administrative individuale, iar în colaborare cu prevederile art. 10 alin. (1) C. Adm., actul administrativ individual este orice dispoziție, decizie sau altă măsură oficială întreprinsă de autoritatea publică pentru reglementarea unui caz individual în domeniul dreptului public, cu scopul de a produce nemijlocit efecte juridice, prin nașterea, modificarea sau stingerea raporturilor juridice de drept public.

Respectând tradiția, C. Adm. menține termenul de 30 de zile pentru sesizarea autorității administrative emitente sau, după caz, a autorității ierarhic superioare. Termenul în discuție începe să curgă de la data comunicării sau notificării actului administrativ individual ori a respingerii petiției, fiind vorba de o regulă.

Un element de importanță este faptul că această etapă nu este stipulată a fi obligatoriu. Dacă autoritatea publică nu soluționează cererea în termenul prevăzut de prezentul cod, cererea prealabilă poate fi depusă în decursul unui an de la expirarea termenului. Dacă informația cu privire la exercitarea căilor de atac nu se conține în actul administrativ individual sau este indicată incorect, cererea prealabilă poate fi depusă în termen de un an de la comunicarea sau notificarea actului administrativ ori a respingerii petiției. Conform Legii, în cazul în care organul emitent are un organ ierarhic superior, cererea prealabilă poate fi

¹³ Codul de procedură civilă al Republicii Moldova. Legea Republicii Moldova nr. 225-XV din 30 mai 2003. // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 285-294/436, 2018.

adresată, la alegerea petiționarului, fie organului ierarhic superior, fie organului emitent. Astfel, legislatorul oferă persoanei dreptul de a alege organul căruia trebuie să-i adreseze cererea prealabilă, acesta urmând să rezolve cererea dată în termen de 30 de zile.

Dacă cererea prealabilă se depune la autoritatea publică ierarhic superioară, aceasta transmite neîntârziat autorității emitente cererea prealabilă și o eventuală cerere de suspendare a executării actului administrativ individual. Ziua depunerii cererii la autoritatea publică ierarhic superioară se consideră ziua depunerii cererii la autoritatea publică emitentă. Termenul de soluționare a cererii de suspendare a executării actului administrativ individual prevăzut la art. 172 alin. (3) începe să curgă din data înregistrării cererii la autoritatea publică emitentă.

În conformitate cu art. 6 alin. (1) din CEDO¹⁴, se acordă dreptul la un acces eficient în justiție, dar a fost lăsat la discreția statului de a determina detaliile în legislația sa și de a specifica condițiile pentru accesul la justiție. Asemenea limite sunt în principiu admisibile, dare le nu trebuie să limiteze dreptul persoanei la justiție, astfel încât esența propriu zisă a acestui drept ar fi afectată. Limitările trebuie să urmărească un scop legitim și trebuie să existe o corelație rezonabilă de proporționalitate dintre mijloacele utilizate și scopul urmărit. Astfel, legislația determină că premise pentru contestarea unui act administrativ în instanța de contencios administrative supunerea actului unui control administrative prealabil. Este important că existența unei asemenea revizuirii administrative nu înlătură controlul judiciar și că este respectată exigența proporționalității.

În conformitate cu prevederile art. 162 alin. (3) C. Adm. cererea prealabilă poate fi îndreptată spre: a) anularea în tot sau în parte a unui act administrativ individual ilegal sau nul; b) emiterea unui act administrativ individual. Potrivit art. 166 C. Adm. „Cererea prealabilă poate fi depusă numai dacă persoana își revendică drepturile încălcate prin emiterea sau respingerea emiterii unui act administrativ individual”. Din analiza normelor de drept suscitade, rezultă că respectarea procedurii prealabile de soluționare a litigiilor administrative este obligatorie în cazul depunerii acțiunii în contestare (anularea în tot sau în parte a unui act administrativ individual) sau în cazul acțiunii în obligare (obligarea autorității publice să emită un act administrativ individual). Or, în conformitate cu prevederile art. 206 alin. (1) C. Adm. O acțiune în contencios administrativ poate fi depusă pentru: a) anularea în tot sau în parte a unui act administrativ individual (acțiune în contestare); b) obligarea autorității publice să emită un act administrativ individual (acțiune în obligare); c) impunerea la acțiune, la tolerare a acțiunii sau la inacțiune (acțiune în realizare); d) constatarea existenței sau inexistenței unui raport juridic ori nulității unui act administrativ individual sau a

¹⁴ Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale din 04 noiembrie 1950. Semnată de către Republica Moldova la 13 iulie 1995, Ratificată prin Hotărârea Parlamentului Republicii Moldova nr. 1298-XIII din 24 iulie 1999. // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 54-55/502, 1999.

unui contract administrativ (acțiune în constatare); sau, e) anularea în tot sau în parte a unui act administrativ normativ (acțiune de control normativ).

În această ordine de idei, reiterând prevederile art. 166 C. Adm. în colaborare cu prevederile art. 206 C. Adm. și art. 208 C. Adm. conchidem că pentru acțiunile în contestare și obligare, până la înaintarea acțiunii în contencios administrativ, se va respecta procedura prealabilă, doar în cazurile expres prevăzute de lege. Dacă legea nu o prevede expres, depunerea cererii prealabile, în virtutea art. 166 C. Adm., devine un drept al petiționarului, care poate fi exercitat pentru revendicarea drepturilor încălcate prin emiterea sau respingerea emiterii unui act administrativ individual, cu excepțiile stabilite de art. 163 C. Adm.

De menționat faptul, că necesitatea adresării cu cerere prealabilă reprezintă obligarea administrației organului emitent de a se pronunța benevol în sensul anulării în tot sau în parte a actului administrativ contestat și a întreprinde măsurile pretinse de persoana vătămată printr-un recurs grațios, excluzând astfel posibilitatea persoanei de a se adresa ulterior direct în instanța de contencios administrative pentru soluționarea pretențiilor.

Nerespectarea acestei faze ca regulă conduce la declararea inadmisibilității acțiunii în contencios administrativ, conform cerințelor art. 207 alin. (2) lit. f) prin colaborare cu prevederile art. 208, deoarece persoana care sa adresat în instanța de contencios administrative nu a respectat procedura de soluționare prealabilă a cauzei pe cale extrajudiciară- procedură stabilită de lege pentru cauze de categoria respectivă. În concluzie reiterez, că procedura prealabilă este importantă deoarece, în urma depunerii cererii prealabile obligatorii de către persoana vătămată în dreptul său prin actul administrativ contestat, organul sesizat poate adopta el însuși, fără să mai fie necesară intervenția instanțelor judecătorești, măsurile corespunzătoare pentru restabilirea legalității încălcate prin actul administrativ sesizat.

4. Abordări de practică judiciară în materia modalităților alternative de reglementare a litigiilor între autoritățile administrative și persoanele private

Dosarul nr. 3r-397/22, Judecătoria Chișinău (sediul Rîșcani). Potrivit materialelor cauzei rezultă că, la 25 iunie 2021, reclamanta Y s-a adresat cu o acțiune în contencios administrativ împotriva Agenției Servicii Publice solicitând anularea deciziei din 20 aprilie 2021, deciziei nr. 11/S/218/2021/47/2021 din 31 mai 2021 de refuz în înregistrarea dreptului de proprietate a asupra construcției identificată cadastral cu nr. 0100424026.02, din str. D. Rîșcanu 37, mun. Chișinău, obligarea de a înregistra dreptul de proprietate, cota 1.0, asupra construcției nr 0100424026.02, din str. D. Rîșcanu 37, mun. Chișinău, în baza procesului verbal de recepție finală nr 7 din 03 septembrie 2020 și eliberarea Extrasului din RBI privind imobilul 0100424026, încasarea sumei de 50000 lei, cu titlu de compensare a prejudiciului moral și încasarea cheltuielilor de judecată.

Prin încheierea Judecătoriei Chișinău (sediul Rîșcani) din 27 decembrie 2021, în temeiul art. 207 alin. (2) lit. f) C. Adm., din motiv că, nu sânt întrunite

condițiile prevăzute la art. 208, care prevede respectarea procedurii prealabile, s-a declarat inadmisibilă pretenția privind repararea prejudiciului moral cauzat în mărime 50 000 de lei.

La 13 ianuarie 2022, reclamanta Y a declarat recurs împotriva încheierii Judecătoriei Chișinău (sediul Rîșcani) din 27 decembrie 2021, solicitând admiterea acestuia, casarea încheierii primei instanțe cu remiterea cauzei spre examinare în fond. Verificând legalitatea și temeinicia încheierii contestate, prin prisma argumentelor invocate de participanți la proces și a materialelor din dosar, Completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ, a conchis că, prima instanță justificat și întemeiat a ajuns la concluzia privind declararea acțiunii inadmisibile în conformitate cu art. 207 alin. (1) și alin. (2) lit. f) C. Adm., din motiv că, nu sânt întrunite condițiile prevăzute la art. 208, care prevede respectarea procedurii prealabile în partea pretențiilor privind repararea prejudiciului material cauzat în mărime 50 000 de lei, motiv pentru care prin Decizia instanței din 03 octombrie 2022 sa respins recursul declarat împotriva încheierii Judecătoriei Chișinău (sediul Rîșcani) din 27 decembrie 2021. Decizia este irevocabilă din momentul emiterii.

În susținerea soluției date, instanța de recurs a invocat că prima instanță justificat și întemeiat a reținut că, solicitarea reclamantului cu privire la repararea prejudiciului moral pică testul admisibilității, întrucât, persoana care își revendică drepturile încălcate prin emiterea sau respingerea emiterii unui act administrativ individual, pretinde totodată, și repararea prejudiciului cauzat prin actul administrativ ilegal, urmează să depună o cerere de reparare a prejudiciului către autoritatea publică emitentă, care emite o decizie în acest sens și care, conform art. 10, alin. (2) C. Adm., este un act administrativ individual, iar la materiale cauzei o cerere din care să rezulte pretinderea prejudiciului moral ca urmare anulării actului administrativ ca ilegal de către reclamant de la pârât, nu se atestă.

La acest capitol Completul judiciar reiterează prevederile art. 167, alin. (4) C. Adm., care prevede că, dacă prin cererea prealabilă se solicită și repararea prejudiciului, atunci cererea privind repararea prejudiciului se examinează de autoritatea publică emitentă în procedura administrativă separată. În conformitate cu art. 166 C. Adm., cererea prealabilă poate fi depusă numai dacă persoana își revendică drepturile încălcate prin emiterea sau respingerea emiterii unui act administrativ individual. Potrivit art. 60 alin. (3) C. Adm., în cazul depunerii cererii privind acordarea despăgubirilor pentru prejudiciul cauzat prin emiterea unui act administrativ individual sau normativ ilegal, termenul general începe să curgă din data în care hotărârea instanței de judecată prin care s-a anulat actul administrativ ilegal a rămas definitivă.

Dacă autoritatea publică a anulat un act administrativ ilegal, termenul general începe să curgă din data în care decizia cu privire la anularea actului administrativ ilegal a rămas incontestabilă. Astfel, se reține de către instanța de recurs că, reclamantul era obligat să respecte procedura prealabilă de solicitare de la pârât a emiterii actului administrativ de compensare a prejudiciului, ceea ce la

materialele cauzei nu se constată, iar lipsa acesteia atestă nerespectarea procedurii prealabile și respectiv această pretenție pică testul admisibilității.¹⁵

Dosarul nr. 3r-383/22 Judecătoria Chișinău (sediul Rîșcani). Din materialele cauzei rezultă, că la 15 aprilie 2022 reclamantul X, s-a adresat cu acțiune împotriva Consiliului pentru prevenirea și eliminarea discriminării și asigurării egalității, cu terții Y și Z solicitând anularea actului administrativ.

Prin încheierea din 28 aprilie 2022 s-a stabilit reclamantului X un termen de 5 zile de la notificarea încheierii pentru înlăturarea neajunsurilor, și anume, să indice date despre respectarea procedurii prealabile, să anexeze la cererea de chemare în judecată copia deciziei cu privire la cererea prealabilă și extrasul din Registrul de stat al persoanelor juridice.

Conform cererii depuse de către reclamantul X la 17 mai 2022, ultimul informează că procedura prealabilă de contestare a deciziei Consiliului pentru prevenirea și eliminarea discriminării și asigurarea egalității, nu este obligatorie, aceasta urmând a fi contestată direct în instanța de judecată.

Prin încheierea Judecătoria Chișinău (sediul Rîșcani) din 27 mai 2022, în conformitate cu prevederile art. 207 alin. (2) lit. f), C. Adm., acțiunea a fost declarată inadmisibilă din motivul neîntrunirii condițiilor prevăzute de art. 208, care prevede respectarea procedurii prealabile. La 28 iunie 2022, reclamantul X a declarat recurs împotriva încheierii Judecătoria Chișinău (sediul Rîșcani) din 27 mai 2022, solicitând admiterea acestuia, casarea încheierii primei instanțe cu remiterea cauzei spre examinare în fond.

Prin Decizia din 26 septembrie 2022 instanța de recurs a decis: Se respinge recursul declarat împotriva încheierii Judecătoria Chișinău (sediul Rîșcani) din 27 mai 2022. Decizia este irevocabilă din momentul emiterii.

În susținerea poziției sale, Completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrative al Curții de Apel Chișinău, a conchis că, prima instanță justificat și întemeiat a ajuns la concluzia privind declararea acțiunii inadmisibile în conformitate cu art. 207 alin. (1) și alin. (2) lit. f) C. Adm., din motiv că, nu sânt întrunite condițiile prevăzute la art. 208, care prevede respectarea procedurii prealabile.

Astfel, pct. 65 al Regulamentului de activitate al Consiliului pentru Prevenirea și Eliminarea Discriminării și Asigurării Egalității, aprobat prin Legea nr. 298 din 21.12.2012 prevede că, decizia Consiliului poate fi contestată în instanța de contencios administrativ. Decizia rămasă definitivă este un act oficial, executoriu pentru subiecții vizați.

În acest context, Completul judiciar reține că, norma legală citată stabilește că deciziile emise de către Consiliul pentru Prevenirea și Eliminarea Discriminării și Asigurării Egalității, pot fi contestate în ordine de contencios administrativ, fără însă a fi stabilite condițiile și premisele exercitării dreptului la acțiune direct în instanța de contencios administrativ. Or, aceasta nu indică

¹⁵ Curtea de Apel Chișinău, Dosarul nr. 3r-397/22.

expres că decizia se contestă fără a respecta procedura prealabilă și că acțiunea se înaintează nemijlocit în instanța de contencios administrativ.

La acest capitol, Colegiul reține prevederile art. 53 alin. (1) din Constituția Republicii Moldova, care stipulează că persoana vătămată într-un drept al său de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, este îndreptățită să obțină recunoașterea dreptului pretins, anularea actului și repararea pagubei.

Din prevederile legale enunțate rezultă că la exercitarea acțiunii în contencios administrativ, legea specială a instituit o procedură administrativă obligatorie (dacă legea nu dispune altfel), prealabilă sesizării instanței. Astfel, Completul judiciar analizând conținutul încheierii contestate constată că judecătorul primei instanțe întemeiat a ajuns la concluzia de a declara acțiunea inadmisibilă, în conformitate cu art. 207 alin. (2) lit. f) C. Adm., care prevede că, acțiunea în contencios administrativ se declară inadmisibilă în special când nu sunt întrunite condițiile prevăzute la art. 208, care indică, că în cazurile prevăzute de lege, până la înaintarea acțiunii în contencios administrativ, se va respecta procedura prealabilă.¹⁶

Dosarul nr. 3r-377/22, Prima instanță, Judecătoria Chișinău sediul Rîșcani. La data de 02 decembrie 2021 reclamantul S. a depus o cerere de chemare în judecată împotriva Casei Naționale de Asigurări Sociale, solicitând: - anularea răspunsului Casei Naționale de Asigurări Sociale din 20.10.2021, ca fiind neîntemeiat; - obligarea Casei Naționale de Asigurări Sociale să-i achite diferența alocației nominale pentru merite deosebite față de stat, pentru perioada 01.05.2003 până la 01.12.2018, în mărime de 450 lei lunar, iar începând cu data de 01.12.2018 diferența de 400 lei și pe viitor a-i achita alocația nominală pentru merite deosebite față de stat în mărime de 500 lei lunar; - încasarea cheltuielilor de asistență juridică în sumă de 6000 lei.

Prin încheierea Judecătoriei Chișinău sediul Rîșcani din 24 mai 2022, în temeiul art. 207 alin. (2) lit. f) C. Adm., a fost declarată inadmisibilă acțiunea în contencios administrativ înaintată de reclamantul S. La data de 09 iunie 2022 reclamantul S a depus recurs împotriva încheierii Judecătoriei Chișinău sediul Rîșcani din 24 mai 2022, solicitând anularea încheierii primei instanțe și emiterea unei noi încheieri prin care acțiunea să fie declarată admisibilă.

Prin Decizia instanței de recurs din 18 august 2022 s-a decis: Se respinge recursul depus de avocatul Vuico Angela, în interesele recurentului S. Se menține încheierea Judecătoriei Chișinău sediul Rîșcani din 24 mai 2022. Decizia este irevocabilă din momentul emiterii. În susținerea soluției, Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții de Apel Chișinău a invocat faptul că înaintarea acțiunii în obligare, este condiționată de respectarea procedurii prealabile.

Potrivit art. 162 alin. (1) C. Adm., procedura prealabilă urmărește scopul de a verifica legalitatea actelor administrative individuale. Conform art. 162 alin. (3) lit. b) C. Adm., cererea prealabilă este îndreptată spre emiterea unui act

¹⁶ Curtea de Apel Chișinău, Dosarul nr. 3r-383/22.

administrativ individual respins expres sau prin omisiune, potrivit art. 64 alin. (2) C. Adm. Astfel, în cazul când cererea petiționarului cu privire la emiterea actului administrativ individual este respinsă, atunci cererea prealabilă are ca finalitate anume scopul de a obține totuși actul administrativ individual favorabil solicitat. Totodată, autoritatea publică emitentă și eventual cea ierarhic superioară, verifică repetat și dacă este necesar efectuează investigarea suplimentară a stării de fapt, și după caz, fie emite actul administrativ individual solicitat sau își consolidează actul administrativ individual de respingerea a cererii petiționarului.

Prin urmare, procedura prealabilă este o garanție de apărare suplimentară a persoanei afectate printr-un act administrativ individual, și totodată o modalitate de auto-corecție a autorității publice din perspectiva respectării conform art. 21 C. Adm. a principiului legalității administrației publice. Cererea prealabilă ca instituție juridică, nu este doar o simplă formalitate, de aceea orice autoritate publică este obligată să examineze cererea ca un mijloc legal și efectiv de protecție a persoanei împotriva intervențiilor puterii publice prin intermediul actului administrativ individual. De fiecare dată instanța de judecată verificând legalitatea activității administrative a autorităților publice efectuează un control judecătoresc efectiv și asupra legalității deciziilor de soluționare a cererilor prealabile, care în esență constituie un tot întreg cu actul administrativ individual.

Potrivit art. 208 alin. (3) C. Adm., dacă procedura prealabilă nu este prevăzută de lege, acțiunea în obligare se admite numai în cazul în care reclamantul a depus anterior la autoritatea publică competentă o cerere de emitere a actului administrativ individual.

Norma de drept enunțată se aplică sistemic cu prevederile art. 163 C. Adm., care stipulează că procedura de examinare a cererii prealabile nu se efectuează dacă: a) actul administrativ individual este emis de către Guvern, un consiliu local sau Adunarea Populară a Găgăuziei; b) decizia cu privire la cererea prealabilă înrăutățește situația unei persoane față de situația din decizia inițială; c) legea prevede expres adresarea nemijlocită în instanța de judecată.

La caz, acțiunea în contencios administrativ nu este admisibilă, deoarece procedura prealabilă nu a fost respectată, iar starea de fapt procesuală care condiționează admisibilitatea acțiunii, nu se atribuie excepțiilor legale prevăzute de art. 163 C. Adm. Cu referire la prevederile normelor sus-menționate, Colegiul consideră că judecătorul instanței de fond corect a ajuns la concluzia asupra inadmisibilității acțiunii depuse de recurentul – reclamant S, pe motivul neîntrunirii condițiilor art. 208 C. Adm., de nerespectare a procedurii prealabile la înaintarea acțiunii.¹⁷

Concluzii și recomandări

Cu toate imperfecțiunile legislative și de aplicare practică, procedura prealabilă la examinarea litigiilor de contencios administrativ rămâne a fi o etapă deosebit de importantă. Soluționarea litigiilor dintre administrație și cei admini-

¹⁷ Curtea de Apel Chișinău, Dosarul nr. 3r-377/22.

strați pe cale amiabilă va spori autoritatea guvernării și va scuti cetățeanul de costuri și de proceduri mult mai complicate în fața instanței, care încă înregistrează, din păcate, multiple „restanțe” la compartimentul *justiția administrativă*.

Or, necesitatea menținerii procedurii prelabile în activitatea de judecare a pricinii în instanța de contencios administrativ poate fi suplimentar argumentată și prin rezultatele practicii judiciare. Anual, mai bine de jumătate din litițiile ce țin de competența instanțelor de contencios administrativ se soluționează la faza procedurii prelabile.

Referințe

- Balan E., *Drept administrativ și procedură administrativă*, Editura Universitară, București, 2002.
- Cosmin D.D., *Procedura contenciosului administrativ*, Editura All Beck, București, 2002.
- Iorgovan A., Vișan L., Ciobanu A. S. et al., *Legea Contenciosului Administrativ. Comentariu și jurisprudența*, Editura Universul Juridic, București, 2008.
- Mocanu V., Enciu L., *Contenciosul administrativ: Note de curs*. Editura Universității de Studii Europene, Chișinău, 2014.
- Morand-Deviller J., *Cours de droit administratif*, 9^{eme} ed., Editura Montchestien, Paris 2005.
- Mrejeru, Th., *Contenciosul administrativ*, Editura All Beck, București, 2003.
- Negru B., Osmochescu N., Smochină A. et al., *Constituția Republicii Moldova. Comentariu*, Editura ARC, Chișinău, 2009.
- Orlov M., *Curs de contencios administrativ*, Editura Elena-VI, Chișinău, 2009.
- Prisacaru V.I., *Tratat de drept administrativ român. Partea generală*, Editura Lumina Lex, București, 1993.
- Rarincescu C. G., *Contenciosul administrativ român*. Editura Universală, Alcalai & Co, București, 1937.
- Rivero J., Waline J., *Droit administratif*, 21^{eme} ed., Editions Dalloz, Paris, 2006.
- Vedinaș V., *Drept administrativ și instituții politico-administrative*, Editura Lumina Lex, București, 2002.
- Vedinaș V., *Introducere în dreptul contenciosului administrativ*, Editura Fundației România de Măine, București, 1999.
- Zubco V., Pascari, A., Crețu, Gh., *Contenciosul administrative*, Editura Cartier, Chișinău, 2004.

Considerații privind anularea raportului de inspecție fiscală

Considerations on the cancellation of the tax audit report

Irina Galan¹

Rezumat: Prezentul studiu își propune să analizeze materia controversată a admisibilității capetelor de cerere ce au ca obiect anularea raportului de inspecție fiscală. Actualitatea temei rezultă din pluralitatea de interpretări ce au fost acordate de către instanțe asupra aceluiași text legal, ceea ce a condus la soluții opuse oferite în privința unor problemele de drept similare, dacă nu chiar identice. Problema ce apare vizează lipsa predictibilității acestor norme pentru contribuabili. Discuțiile care au apărut în practica judiciară au vizat, în principal, catalogarea raportului de inspecție fiscală drept act administrativ fiscal, cu consecințe pe planul contestării sale în fața instanțelor de contencios fiscal. Date fiind aceste aspecte, ne propunem să analizăm dispozițiile legale incidente în materie, evoluția și succesiunea reglementărilor în timp, precum și practica recentă în materie, în încercarea de a identifica potențiale remedii cu privire la problema ridicată.

Cuvinte cheie: act administrativ fiscal, raport de inspecție fiscală, admisibilitate, anulare

Abstract: The aim of the study is to analyze the multiple perspectives regarding the controversial issue of the admissibility of actions in order to cancel the tax inspection report. The actuality of the subject results from the multitude of interpretations that have been granted by the courts on the same legal texts, which led to finding opposed solutions regarding the same legal issue. The problems that arose in judicial practice mainly concerned the categorization of the tax inspection report as a tax administrative act, with consequences regarding the possibility of appeal before the court. Given these aspects, we aim to analyze the relevant legal provisions, the evolution and succession of regulations over time, as well as the recent practice in the matter, in an attempt to identify potential solutions regarding the problem raised.

Key-words: tax administrative act, tax inspection report, admissibility, cancellation

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail irina.galan@uaic.ro.

Introducere

Prezentul studiu are ca scop analiza problematicii referitoare la anularea raportului de inspecție fiscală de către instanțele de contencios administrativ și fiscal.

Tema prezintă un interes actual întrucât la acest moment există o practică neunitară a instanțelor în ceea ce privește modalitatea de soluționare a capătului de cerere ce are ca obiect anularea raportului de inspecție fiscală. Astfel, unele instanțe au înțeles să anuleze inclusiv raportul de inspecție fiscală, în timp ce altele au considerat această solicitare inadmisibilă.

Acest demers are o finalitate practică, deoarece litigiile ce au astfel de obiect sunt destul de frecvente, iar modalitățile de abordare ale instanțelor sunt distincte. Continuând analiza, problema ce apare vizează lipsa predictibilității acestor norme pentru contribuabili, ceea ce poate conduce la tratamente diferențiate. În concret, avem în vedere ipoteza pronunțării unor soluții opuse în situații similare, ceea ce poate ridica un semn de întrebare cu referire la un eventual tratament discriminatoriu în privința acestora.

Pentru a răspunde întrebării referitoare la relevanța acestei cercetări, avem în vedere ipoteza specială a anulării de către instanță a deciziei de soluționare a contestației și a celei de impunere pentru unele vicii de procedură (aspecte ce țin de legalitatea deciziilor contestate). În acest context, raportat la admiterea primelor capete de cerere, o eventuală invocare a inadmisibilității capătului de cerere privind anularea raportului de inspecție fiscală blochează, practic, posibilitatea analizării de către instanță a legalității acestuia. Consecința este aceea a generării premisei pentru emiterea de către organul fiscal, în termenul de prescripție legal, a unei noi decizii de impunere, care de această dată să întrunească toate cerințele de legalitate prevăzute de normele în vigoare, decizie fundamentată pe raportul de inspecție fiscală ce s-a sustras controlului judiciar.

Această situație poate conduce la inechități pentru contribuabil, constând în concret în posibilitatea emiterii de către organul fiscal a mai multor decizii de impunere cu referire la aceeași creanță fiscală și având ca referință aceeași perioadă fiscală.

Problemele care au apărut în practica judiciară au vizat, în principal, calificarea raportului de inspecție fiscală drept act administrativ fiscal, cu consecințe pe planul contestării acestuia. Calificarea raportului de inspecție fiscală ca act administrativ fiscal constituie premise pentru contestarea acestuia în procedura contestației prealabile și subsecvent în fața instanței și pentru anularea sa în ipoteza în care a fost nelegal întocmit de organul fiscal.

Unele instanțe au statuat în sensul în care raportul de inspecție fiscală nu poate fi considerat un act administrativ propriu-zis, fiind doar un act premergător emiterii unui act administrativ fiscal și nefiind susceptibil prin el însuși de a produce drepturi și obligații. Această optică a condus la numeroase soluții de respingere ca inadmisibil a capătului de cerere referitor la anularea raportului de inspecție fiscală, în ipoteza emiterii în rest a acțiunii și a anulării deciziilor contestate.

A existat, însă, și opinia potrivit căreia raportul de inspecție fiscală poate fi contestat alături de decizia de impunere și de cea de soluționare a contestațiilor prealabile în calitatea sa de act adiacent, premergător acestora.

Inclusiv Înalta Curte de Casație și Justiție a avut o practică neunitară în materie, pronunțând soluții contrare în privința aceleiași probleme de drept.

Date fiind aceste aspecte, ne propunem ca prin lucrarea de față să analizăm dispozițiile legale incidente în materie, precum și evoluția reglementării în timp, în încercarea de a oferi un răspuns problemei ridicate.

1. Obiectul acțiunilor formulate în fața instanței de contencios fiscal

Cu titlu prealabil, menționăm că în lucrarea de față ne vom limita să analizăm obiectul unei cereri de chemare în judecată constând în anularea actelor administrative fiscale, întrucât acesta este de interes în vederea soluționării problemei ridicate, a anulării raportului de inspecție fiscală.

De asemenea, încă un detaliu se impune a fi menționat. În contenciosul fiscal, precum în contenciosul administrativ „de drept comun”, regăsim o etapă prealabilă obligatoriu a fi parcursă anterior sesizării instanțelor, sub sancțiunea inadmisibilității unei eventuale acțiuni ulterioare, ce poartă generic denumirea de *contestație*. Aceasta este reglementată distinct față de procedura prealabilă din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, fiind considerată o procedură prealabilă specială².

În acest context, punctăm faptul că obiectul unei acțiuni în contencios (în sensul de pretenții ale părților) este același cu cel din contestația prealabilă, astfel că el nu poate fi extins la momentul formulării acțiunii. Această concluzie o deducem din obligativitatea parcurgerii procedurii contestației prealabile. Dacă s-ar extinde obiectul în fața instanței, partea extinsă din acțiunea introductivă de instanță nu ar fi admisibilă fiindcă ar lipsi chiar procedura prealabilă în privința acesteia³.

În acest studiu, vom analiza admisibilitatea acțiunilor în anulare formulate împotriva raportului de inspecție fiscală cu care sunt învestite instanțele, deci ulterior parcurgerii procedurii prealabile obligatorii a contestației⁴. Prin urmare, vom identifica ce acte sunt susceptibile a face obiectul unei acțiuni în contencios fiscal, raportându-ne la textele legale existente în materie.

Sediul materiei îl reprezintă articolul 281 din Legea nr. 207/2015 privind Codul de Procedură fiscală⁵, ce stabilește că „*Deciziile emise în soluționarea contestațiilor împreună cu actele administrative fiscale la care se referă pot fi atacate de către contestator sau de către persoanele introduse în procedura de*

² O.M. Cilibiu, *Contestația fiscală – în beneficiul contribuabilului sau al administrației fiscale?*, în *Analele Universității “Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice*, nr. 1/2012, p. 120.

³ I.M. Costea, *Controlul fiscal*, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 173.

⁴ Pentru o analiză detaliată a obiectului contestației prealabile, a se vedea I.M. Costea, *Obiectul contestației prealabile în materie fiscală*, în *Tax Magazine*, nr. 11/2016, pp. 721-762.

⁵ M. Of. nr. 547 din data de 23.07.2015.

soluționare a contestației, la instanța judecătorească de contencios administrativ competentă, în condițiile legii.”.

Pentru a înțelege mai bine practica instanțelor și modalitatea de abordare a problemei, precum și schimbările legislative operate în timp, aducem în prim-plan și dispozițiile anterioare.

Articolul 218 alin. (2) din vechiul Cod de Procedură Fiscală⁶ stabilea că *„Deciziile emise în soluționarea contestațiilor pot fi atacate de către contestatar sau de către persoanele introduse în procedura de soluționare a contestației potrivit art. 212, la instanța judecătorească de contencios administrativ competentă, în condițiile legii.”.*

Acest text de lege a dat naștere mai multor discuții în practica anterioară, întrucât ridica întrebarea referitoare la ce acte pot face obiectul acțiunii în anulare (doar decizia de soluționare a contestației sau aceasta împreună cu decizia de impunere), existând interpretări diferite ale instanțelor, cauzate de ambiguitatea textului de lege.

Pentru exemplificare, redăm în cele ce urmează o parte din considerentele deciziei civile nr. 2163/2014 pronunțate de Curtea de Apel Bacău, prin care instanța a statuat că nu este posibil ca obiectul acțiunii să fie reprezentat doar de decizia de soluționare: *„Determinarea obiectului acțiunii în contencios fiscal se face ținându-se seama de dispozițiile art. 8 coroborate cu art. 2 alin. (1) lit. c) și f), prevederi în raport de care se constată că, în cauză, actele prin care a luat naștere raportul juridic fiscal sunt decizia de impunere nr. (...) și decizia referitoare la obligațiile accesorie nr. (...). Dacă s-ar accepta teza tribunalului potrivit căreia obiectul acțiunii în contencios fiscal ar fi decizia de soluționare a contestației s-ar ajunge, în ipoteza în care această decizie ar fi nelegală, la anularea deciziei de soluționare a contestației, soluție favorabilă reclamantului, dar lipsită de interes practic de vreme ce nu această decizie este actul prin care s-au stabilit obligații fiscale.”.*

Problema era una reală, nefiind clar cum legiuitorul înțelesese să deschidă calea contestării în instanță doar a deciziilor de soluționare a contestațiilor, fără a lua în calcul și deciziile de impunere, având în vedere că ideea contestării are la bază tocmai necesitatea anulării deciziei de impunere ce reprezintă titlu de creanță, ce poate sta la baza demarării unei executări silite împotriva contribuabilului.

Mai mult, această opțiune a legiuitorului anterior apare ca inexplicabilă și din cauza faptului că procedura prealabilă a contestației nu reprezintă o procedură administrativă-jurisdicțională⁸, astfel că ideea contestării doar a deciziei prin care organul fiscal soluționează o contestație este în disonanță cu scopul acestei proceduri, conducând inclusiv la privarea dreptului de acces liber la instanță a contribuabilului.

⁶ Ordonanța nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, M. Of., nr. 513 din 31.07.2007.

⁷ C.A. Bacău, s. com, cont. adm și fisc., Dec. nr. 2163/2014, în I.M. Costea, *Controlul fiscal ...*, op. cit., p. 207.

⁸ A. Trăilescu, *Discuții privind admisibilitatea acțiunii în anularea actului administrativ-fiscal*, în *Cluj Tax Forum*, nr. 6/2020, p. 28.

Prin modificarea adusă în noua reglementare, legiuitorul nu a făcut altceva decât să clarifice acest text de lege și să consacre soluția la care ajunseseră și instanțele, dar și doctrina cu referire la acest subiect. Așadar, dacă legislația în forma anterioară modificării prevedea că puteau fi atacate în fața instanței de contencios doar deciziile de soluționare a contestațiilor, legiuitorul a intervenit și a clarificat acest aspect, precizând expres că pot fi contestate atât deciziile emise în soluționarea contestațiilor, cât și actele administrative fiscale la care se referă⁹.

Prin această lămurire s-a pus punct discuției referitoare la posibilitatea de contestare a deciziei de impunere, fiind prevăzută expres în textul de lege. Cu toate acestea, nelămurirea referitoare la raportul de inspecție subzistă și acum întrucât, astfel cum vom demonstra în cele ce urmează, sfera de aplicare a art. 281 din Codul de procedură fiscală include doar actele administrative fiscale, iar în privința raportului de inspecție fiscală sunt anumite discuții.

În literatura de specialitate s-a consacrat posibilitatea supunerii controlului de legalitate în fața instanței și a actelor adiacente, precum este cazul raportului de inspecție fiscală, a proceselor-verbale de control inopinat sau de control antifraudă. Astfel, s-a conturat ideea potrivit căreia atât decizia prin care soluționează contestația, cât și actul/actele administrative fiscale ce sunt contestate, dar și toate actele adiacente acestora pot face obiectul controlului de legalitate în fața instanței de contencios fiscal. Autorul citat face trimitere și la dispozițiile art. 18 din Lege nr. 554/2004, ce conturează cadrul legal pentru verificarea legalității și a operațiunilor ce au stat la baza emiterii actelor contestate¹⁰.

De asemenea, prin practica recentă în materie instanțele au statuat această posibilitate conferită de legiuitor.

Astfel, prin considerentele Deciziei civile nr. 6967 din data de 17.12.2020, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că *„Înalta Curte constată că prima instanță a reținut în mod corect că potrivit dispozițiilor art. 281 alin. (2) din Codul de procedură fiscală <Deciziile emise în soluționarea contestațiilor împreună cu actele administrative fiscale la care se referă pot fi atacate de către contestator sau de către persoanele introduse în procedura de soluționare a contestației, la instanța judecătorească de contencios administrativ competentă, în condițiile legii>. Așadar, nu doar decizia de soluționare a contestației este supusă cenzurii instanței de contencios fiscal, ci și actele administrative fiscal la care se referă”*¹¹.

Rămâne de analizat în ce măsură raportul de inspecție fiscală poate fi privit ca un act administrativ fiscal, pentru a stabili dacă textul de lege de mai sus îi este aplicabil.

⁹ A se vedea art. 281 alin. (1) din Codul de procedură fiscală.

¹⁰ C.F. Costaș (coord.), *Codul de procedură fiscală. Comentariu pe articole*, Editura Solomon, București, 2016, p. 614.

¹¹ A se vedea, pentru detalii, Decizia civilă nr. 6797/2020 din 17 decembrie 2020 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție.

2. Noțiunea de „act administrativ fiscal” și încadrarea raportului de inspecție fiscală în această categorie

O definiție actuală a acestei noțiuni o regăsim în articolul 1 punctul 1 din Codul de Procedură Fiscală. Conform acestuia, actul administrativ fiscal este „*actul emis de organul fiscal în exercitarea atribuțiilor de administrare a impozitelor, taxelor și contribuțiilor sociale, pentru stabilirea unei situații individuale și în scopul de a produce efecte juridice față de cel căruia îi este adresat*”. Anterior o întâlneam la art. 41 din Ordonanța nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, ce a fost reformulat prin detalierea scopului actului și a atribuțiilor pe care le are organul fiscal¹².

Observăm că vechiul Cod de procedură fiscală definea actul administrativ fiscal ca fiind „*actul emis de organul fiscal competent în aplicarea legislației privind stabilirea, modificarea sau stingerea drepturilor și obligațiilor fiscale*”.

Această definiție nu a fost ferită de critici din partea literaturii de specialitate. S-a apreciat că nu respecta regulile logice ale unei definiții, limitându-se să menționeze termenul echivoc de „act”, pe care a înțeles să îl distingă de alte acte prin domeniul pe care îl viza (referitor la nașterea, modificarea și stingerea de drepturi și obligații fiscale). În continuarea argumentării acestei opinii, s-a precizat că sensul ce trebuia avut în vedere era acela de act juridic, în sensul de manifestare de voință cu intenția de a produce anumite efecte juridice¹³.

Prin urmare, am putea conchide că indicarea prin definiție a noțiunii de „act” a avut în vedere sensul conferit de lege actului juridic, și anume, să producă anumite efecte juridice.

Revenind la reglementarea actuală, putem observa faptul că definiția pe care o conferă legiuitorul este mai complexă decât cea anterioară. Potrivit acesteia, actul administrativ fiscal are următoarele caracteristici: în primul rând, este un „act administrativ”, fiind emis de autoritatea publică (în concret, de organul fiscal), în exercitarea atribuțiilor sale legale; este privit ca un act administrativ individual, deoarece produce efecte juridice față de persoana căreia i se adresează; este un act „fiscal” întrucât este emis în activitatea organului fiscal de administrare; nu în ultimul rând, domeniul său de aplicare vizează o „situație individuală”. Pornind de la aceste trăsături, ar trebui să diferențiem actul administrativ fiscal de alte tipuri de acte emise de organul fiscal¹⁴.

Dacă ar fi să sintetizăm toate aceste trăsături și prin raportare la specificul procedurii fiscale privite în ansamblu, actul administrativ fiscal ar putea fi definit ca fiind „*o manifestare unilaterală de voință a organului fiscal, emis într-o etapă a procedurii fiscale cu scopul de a produce consecințe juridice, supus condițiilor de formă și de comunicare indicate de lege*”¹⁵.

¹² E. Duca, *Noul Cod de procedură fiscală – comentat și adnotat cu legislație secundară și complementară, jurisprudență și instrucțiuni*, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 11.

¹³ A. Fanu-Moca, *Contenciosul fiscal*, Editura C.H. Beck, București, 2006, p. 105.

¹⁴ E. Duca, *Codul de procedură fiscală - comentat și adnotat cu legislație secundară și complementară, jurisprudență și instrucțiuni*, Editura Universul Juridic, București, 2021, p. 13.

¹⁵ I.M. Costea, *Contenciosul financiar și fiscal. Note de curs*, Editura Hamangiu, București, 2022, p. 192.

În acest context, apare și întrebarea referitoare la efectele emiterii unui raport de inspecție fiscală, mai exact, în ce măsură stabilește acesta în mod direct anumite drepturi sau obligații în sarcina contribuabilului, astfel încât să întrunească cerințele pentru a fi considerat act administrativ fiscal.

Prin urmare, având ca punct de pornire aceste caracteristici, vom analiza în cele ce urmează posibilitatea calificării raportului de inspecție fiscală drept un act administrativ fiscal, cu consecințe pe planul contestării acestuia în fața instanței.

Pentru a putea realiza această analiză, trebuie să începem prin a arăta ce se înțelege prin raportul de inspecție fiscală.

Sediul materiei îl identificăm în capitolul I, Titlul VI din Codul de procedură fiscală referitor la inspecția fiscală, la articolul 131¹⁶ intitulat *Rezultatul inspecției fiscale*, fiind completat de prevederile din legislația secundară (O.P.A.N.A.F. nr. 3710/2015 *privind modelul și conținutul Raportului de inspecție fiscală întocmit la persoane juridice* și O.P.A.N.A.F. nr. 3772/2015 *privind modelul și conținutul Raportului de inspecție fiscală întocmit la persoane fizice*).

Astfel cum stabilește art. 131 alin. (4) din Codul de procedură fiscală, raportul de inspecție fiscală stă la baza emiterii ulterioare a unor decizii de impunere, de modificare sau de nemodificare, după caz, a bazelor de impozitare¹⁷.

Analizând conținutul acestor prevederi legale, observăm că raportul de inspecție fiscală este înscrisul care înglobează constatările organelor de inspecție fiscală rezultate în urma efectuării unor inspecții fiscale și consecințele acestor constatări, fără ca ele să poate produce și efecte juridice, raportul fiind lipsit de forță juridică¹⁸.

În ipoteza în care se constată anumite nelegalități/ neconformități, în baza raportului de inspecție fiscală se vor emite acte administrative-fiscale prin care se

¹⁶ Art. 131 alin. (1) din Codul de procedură fiscală: „Rezultatul inspecției fiscale se consemnează, în scris, într-un raport de inspecție fiscală, în care se prezintă constatările organului de inspecție fiscală din punctul de vedere faptic și legal și consecințele lor fiscale, cu excepția cazurilor în care se fac constatări în legătură cu săvârșirea unor fapte prevăzute de legea penală în legătură cu mijloacele de probă privind stabilirea bazei de impozitare care fac obiectul inspecției fiscale, pentru care sunt aplicabile prevederile art. 132. Procedura de aplicare se aprobă prin ordin al președintelui A.N.A.F. (2) „Raportul de inspecție fiscală se întocmește la finalizarea inspecției fiscale și cuprinde constatările în legătură cu toate perioadele și toate obligațiile fiscale înscrise în Avizul de inspecție fiscală, precum și în legătură cu alte obligații prevăzute de legislația fiscală și contabilă ce au făcut obiectul verificării. În cazul în care contribuabilul/plătitorul și-a exercitat dreptul prevăzut la art. 130 alin. (5), raportul de inspecție fiscală cuprinde și opinia organului de inspecție fiscală, motivată în drept și în fapt, cu privire la punctul de vedere exprimat de contribuabil/plătitor”.

¹⁷ Redăm în integralitate conținutul articolului 131 alin. (4) din Codul de procedură fiscală: „Pentru fiecare perioadă și obligație fiscală ce au făcut obiectul constatărilor, raportul de inspecție fiscală stă la baza emiterii: a)deciziei de impunere, pentru diferențe în plus sau în minus de obligații fiscale principale aferente diferențelor de baze de impozitare; b)deciziei de nemodificare a bazelor de impozitare, dacă nu se constată diferențe ale bazelor de impozitare și respectiv de obligații fiscale principale; c)deciziei de modificare a bazelor de impozitare dacă se constată diferențe ale bazelor de impozitare, dar fără stabilirea de diferențe de obligații fiscale principale.”

¹⁸ I. M. Costea, *Controlul fiscal ...*, op. cit., p. 173.

va da efect acestor constatări (decizii de modificare/nemodificare a bazei impozabile, dispoziție de măsuri, decizii de impunere¹⁹).

Conținutul raportului de inspecție fiscală este prevăzut în O.P.A.N.A.F. nr. 3710/2015 privind modelul și conținutul Raportului de inspecție fiscală întocmit la persoane juridice²⁰ și O.P.A.N.A.F. nr. 3772/2015 privind modelul și conținutul Raportului de inspecție fiscală întocmit la persoane fizice²¹.

La capitolul VII din Ordinul nr. 3710/2015 se prevede faptul că „*Raportul de inspecție fiscală stă la baza întocmirii și se anexează la următoarele acte administrativ-fiscale: a) deciziei de impunere privind obligațiile fiscale principale aferente diferențelor bazelor de impozitare stabilite în cadrul inspecției fiscale la persoane juridice; b) deciziei privind nemodificarea bazei de impozitare ca urmare a inspecției fiscale, dacă nu se constată diferențe ale bazelor de impozitare și, respectiv, de obligații fiscale principale; c) deciziei de modificare a bazei de impozitare ca urmare a inspecției fiscale, dacă se constată diferențe ale bazelor de impozitare, dar fără stabilirea de diferențe de obligații fiscale principale*”. O prevedere similară regăsim și în Ordinul nr. 3772/2015 referitor la persoanele fizice.

Prin urmare, se indică expres că raportul de inspecție fiscală este o anexă a actelor administrativ-fiscale emise în baza acestuia, ceea ce înseamnă că ar putea fi deschisă calea anulării acestuia odată cu actul administrativ-fiscal contestat (spre exemplu, decizia de impunere).

În doctrină s-a conturat opinia potrivit căreia raportul de inspecție fiscală nu poate fi considerat un act administrativ fiscal, în sensul conferit de lege acestei noțiuni, fiind doar un act premergător emiterii actului administrativ fiscal²². De asemenea, pentru ca un act să poată fi considerat act administrativ fiscal, acesta trebuie să fie susceptibil de a produce anumite efecte juridice (spre exemplu, nașterea unei creanțe, stingerea unei creanțe sau orice altă procedură)²³.

Există o serie de articole de specialitate care au tratat subiectul naturii juridice a raportului de inspecție fiscală, dată fiind natura sa controversată și consecințele pe planul contestării acestuia.

Așadar, s-a apreciat că, deși prin acest raport de inspecție fiscală sunt stabilite anumite măsuri în privința contribuabilului vizat de inspecția fiscală, acesta nu reprezintă un act administrativ fiscal și, pe cale de consecință, nici nu poate fi contestat în acord cu legislația fiscală. În argumentarea acestui punct de vedere, s-a susținut că raportul de inspecție fiscală nu ar prezenta conținutul unui act administrativ fiscal, astfel cum acesta este prevăzut de dispozițiile art. 43 (actualmente 46²⁴) din Codul de procedură fiscală²⁵. Precizăm faptul că acest

¹⁹ *Ibidem*, pp. 175-177.

²⁰ M. Of. nr. 967 din 28.12.2015.

²¹ M. Of. nr. 972 din 29.12.2015.

²² A se vedea I. M. Costea, *Drept financiar. Note de curs*, ed. a VII-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2021, p. 342.

²³ *Ibidem*, p. 344.

²⁴ Art. 46 alin. (2) din Codul de procedură fiscală: „*Actul administrativ fiscal emis pe suport hârtie cuprinde următoarele elemente: a) denumirea organului fiscal emitent; b) data la care a fost emis și data de la care își produce efectele; c) datele de identificare a contribuabilului/plătitorului și, dacă este*

alineat referitor la conținutul actului nu a suferit modificări de substanță față de vechea reglementare, în esență fiind vorba despre aceleași elemente obligatorii a fi inserate în actul administrativ fiscal.

Un exemplu ar fi mențiunea referitoare la posibilitatea actului de a fi contestat, termenul pentru depunerea contestației și organul fiscal la care se depune aceasta, obligatoriu a fi cuprinsă într-un act administrativ fiscal. Analizând conținutul unui raport de inspecție fiscală, remarcăm că acesta nu prevede vreo referire în privința unei eventuale posibilități de contestare.

Prin urmare, faptul că în raportul de inspecție fiscală nu regăsim toate elementele enumerate imperativ de art. 46 din Codul de procedură fiscală poate constitui un argument suplimentar în susținerea ideii referitoare la lipsa caracterului de act administrativ fiscal al raportului de inspecție fiscală.

Drept urmare, în lumina tuturor argumentelor de mai sus, ne raliem opiniei potrivit căreia un raport de inspecție fiscală privit *ut singuli* nu este susceptibil nici de executare, nici de contestare, fiind doar o anexă a actului administrativ-fiscal emis²⁶.

3. Soluții propuse

La aceeași concluzie, a imposibilității calificării raportului de inspecție fiscală ca act administrativ fiscal, au ajuns și unele instanțe prin hotărârile recente pronunțate în materie.

Cu titlu de exemplu, menționăm Decizia nr. 1506 din 17.04.2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, prin care instanța a reținut că *„prin raportul de inspecție fiscală nu au fost stabilite obligații fiscale sau dispuse măsuri, ci doar au fost consemnate constatările inspecției, acest act de control având caracter de act premergător emiterii unui act administrativ fiscal”*²⁷.

Continuând argumentarea, instanța supremă a stabilit că *„prin urmare, neavând natura juridică a unui act administrativ fiscal, ci a unui act premergător emiterii actului administrativ fiscal, raportul de inspecție fiscală întocmit de recurenta-pârâtă nu stabilește un raport obligațional între contribuabilul controlat și bugetul de stat, motiv pentru care nu este susceptibil de a fi contestat, conform art. 205 din același act normativ care face referire expresă la «acte administrative fiscale»”*.

Acest articol 205 din Codul de procedură fiscală la care face trimitere instanța este aferent vechiului Cod de procedură fiscală, însă argumentarea

cazul, datele de identificare a persoanei împuternicite de contribuabil/plătitor; d) obiectul actului administrativ fiscal; e) motivele de fapt; f) temeiul de drept; g) numele și calitatea persoanelor împuternicite ale organului fiscal, potrivit legii; h) semnătura persoanelor împuternicite ale organului fiscal, potrivit legii, precum și ștampila organului fiscal emitent; i) posibilitatea de a fi contestat, termenul de depunere a contestației și organul fiscal la care se depune contestația; j) mențiuni privind audierea contribuabilului/plătitorului”.

²⁵ O. M. Cilibiu, *Natura juridică a raportului de inspecție fiscală*, în *Dreptul*, nr. 8/2012, pp. 27 și urm.

²⁶ I. M. Costea, *Controlul fiscal ...*, op. cit., p. 179.

²⁷ Pentru detalii, a se vedea Decizia nr. 1506/2018 din 17 aprilie 2018, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție.

rămâne de interes prin faptul că și acea formă legală prevedea condiția obligatorie ca obiectul contestației să fie un act administrativ fiscal²⁸.

De asemenea, cu toate că această hotărâre a fost pronunțată în baza reglementării anterioare, a O.G. nr. 92/2003, argumentele referitoare la caracterul de act administrativ fiscal al raportului de inspecție fiscală sunt de actualitate și sub imperiul legii noi. Afirmăm astfel deoarece definiția acestuia nu a suferit modificări de substanță în ceea ce privește condiția referitoare la necesitatea producerii unor efecte juridice pentru ca actul să poată fi încadrat în categoria actelor administrativ fiscale.

O altă perspectivă asupra acestei probleme de drept o întâlnim într-o altă decizie de speță a Înaltei Curți de Casație și Justiție. Prin Decizia civilă nr. 4561 din 09.10.2019, instanța a reținut că raportul de inspecție fiscală nu poate fi considerat act administrativ fiscal nici în raport de definiția oferită de legislația fiscală, dar nici măcar în temeiul Legii contenciosului administrativ.

Redăm o parte dintre considerentele acestei hotărâri: *„Raportul de inspecție fiscală nu este, deci, act administrativ fiscal în sensul art. 41 din Codul de procedură fiscală (nici măcar act administrativ în sensul art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004). Instanța de judecată sesizată cu acțiunea în anularea deciziei de soluționare a contestației administrative și, implicit, a deciziei de impunere, conform art. 218 alin. (2) din O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală (care face trimitere la prevederile Legii nr. 554/2004), nu poate anula raportul de inspecție fiscală, substituind constatările sau propunerile cuprinse în el cu propriile constatări, cu va putea doar să examineze legalitatea acestuia, în condițiile art. 18 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ, ca operațiune administrativă care a stat la baza actelor administrativ fiscale contestate, cu toate consecințele ce decurg de aici. Or, instanța de fond a procedat la anularea raportului de inspecție fiscală, fără a arăta măcar motivele pentru care l-a considerat «act administrativ fiscal în sensul dispozițiilor Legii nr. 554/2004» (în condițiile în care, oricum, această noțiune este definită de Codul de procedură fiscală, iar nu de Legea contenciosului administrativ)”²⁹.*

Potrivit acestei instanțe, raportul de inspecție fiscală trebuie analizat prin prisma dispozițiilor legale fiscale, și nu a celor de drept comun (de contencios administrativ). Mai mult, chiar și în ipoteza subsidiară în care am analiza admisibilitatea anulării acestuia din perspectiva dispozițiilor Legii nr. 554/2004, raportul de inspecție fiscală nu ar putea fi considerat act administrativ nici în raport de aceste dispoziții legale.

²⁸ A se vedea, în acest sens, dispozițiile legale ale art. 205 alin. (1) din Ordonanța nr. 92/2003-forma în vigoare la momentul pronunțării hotărârii: *„Împotriva titlului de creanță, precum și împotriva altor acte administrative fiscale se poate formula contestație potrivit legii. Contestația este o cale administrativă de atac și nu înlătură dreptul la acțiune al celui care se consideră lezat în drepturile sale printr-un act administrativ fiscal sau prin lipsa acestuia, în condițiile legii”.*

²⁹ Extras din Decizia civilă nr. 4561 din 09.10.2019.

Singura soluție ce rămâne și pe care o propune instanța este aceea de a examina legalitatea raportului de inspecție fiscală în conformitate cu prevederile art. 18 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, care conferă această posibilitate.

În plan secundar, subliniem că soluția nu ar fi aceea de anulare a unui act administrativ fiscal, ci de examinare a legalității operațiunii administrative prealabile emiterii actului (în concret, a raportului de inspecție fiscală, privit ca o operațiune prealabilă, și nu ca act administrativ de sine stătător).

Alte instanțe au statuat expres admisibilitatea acțiunilor în anularea raportului de inspecție fiscală prin prisma dispozițiilor art. 18 din Legea nr. 554/2004, dispoziții ce s-ar aplica și actelor administrativ-fiscale și ce ar putea reprezenta temeiul pentru a solicita și anularea „actelor” premergătoare actului administrativ contestat³⁰.

Pentru a înțelege mai bine această perspectivă, redăm în cele ce urmează prevederile legale cuprinse în alineatul (2) al articolului 18 din Legea nr. 554/2004: *„Instanța este competentă să se pronunțe, în afara situațiilor prevăzute la art. 1 alin. (6), și asupra legalității operațiunilor administrative care au stat la baza emiterii actului supus judecării.”*

Prin urmare, acest articol 18 alin. (2) din Legea nr. 554/2004 ar putea să reprezinte temeiul pentru solicitarea adresată instanței de a anula raportul de inspecție fiscală.

O opinie similară o regăsim și în literatura de specialitate, care apreciază că, deși acțiunea în contenciosul fiscal are ca obiect în principal decizia de soluționare a contestației, alături de actul administrativ fiscal ce a produs o vătămare, nu doar acestea sunt actele ce pot fi supuse unui control de legalitate în fața instanței. Sunt invocate, în acest sens, dispozițiile articolului 18 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, în acord cu care acțiunea ar putea viza și operațiunile administrative anterioare emiterii actului și care au stat la baza emiterii acestuia, dar numai odată cu actul. Exemplul concret oferit este acela al contestării, alături de decizia de impunere emisă în urma inspecției fiscale și a raportului de inspecție fiscală ce a stat la baza emiterii sale³¹.

În ceea ce ne privește, ne raliem opiniei potrivit căreia raportul de inspecție fiscală nu poate fi considerat un act administrativ fiscal în sensul conferit de lege acestei noțiuni, întrucât acesta conține doar constatări ale organelor fiscale care stau la baza emiterii ulterioare de acte administrative fiscale (spre exemplu, decizii de impunere ori decizii de nemodificare a bazei impozabile) și nu dă naștere prin el însuși la drepturi și obligații în sarcina contribuabilului.

Cu toate acestea, apreciem că acesta poate fi, totuși, cenzurat de către instanțe, în calitatea sa de act premergător al actului a cărui nelegalitate se constată, în temeiul dispozițiilor din Legea contenciosului administrativ ce consacră expres această posibilitate și ce constituie dreptul comun în materie.

³⁰ Pentru detalii, a se vedea considerentele Deciziei civile nr. 5156 din data de 15 octombrie 2020, pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție.

³¹ T. Anghel, *op. cit.*, p. 797.

O altă posibilă soluție ar fi aceea de contestare a raportului de inspecție fiscală prin prisma calității acestuia de anexă a actului administrativ fiscal (calificare pe care o prevede expres Ordinul nr. 3710/2015 *privind modelul și conținutul Raportului de inspecție fiscală întocmit la persoane juridice* și Ordinul nr. 3772/2015 *privind modelul și conținutul Raportului de inspecție fiscală întocmit la persoane fizice*).

De altfel, dacă ar fi să ne gândim la faptul că, în majoritatea cazurilor, motivarea se regăsește în detaliu în raportul de inspecție fiscală și de o manieră mai sintetică în decizia de impunere³², o altă variantă de luat în calcul ar fi aceea în care s-ar solicita anularea deciziei de impunere ca nemotivată, cu ignorarea raportului de inspecție fiscală. În atare situație, nu ar mai exista interesul de contestare și a raportului de inspecție fiscală, întrucât contestatorul s-ar prevala în solicitarea sa de anulare de lipsa motivării actului administrativ fiscal atacat (aceasta regăsindu-se în mare măsură în raport).

Dat fiind faptul că există încă puncte de vedere contrare cu privire la acest subiect, aspect dovedit inclusiv de practica recentă destul de diversă, o ajustare a legislației în materie ar fi binevenită.

Dacă prin modificarea adusă prin noul Cod de procedură fiscală s-a tranșat problema contestării în instanță și a deciziilor de impunere pe lângă cele de soluționare a contestațiilor (și avem în vedere articolul 281 din Codul de procedură fiscală, privit în oglindă că articolul 218 din vechea reglementare), în privința raportului de inspecție fiscală rămâne încă ridicat un semn de întrebare.

Este adevărat că definiția actului administrativ fiscal nu poate și nici nu trebuie să numească toate actele ce intră în câmpul de aplicare al acesteia, un atare demers fiind nu doar imposibil de realizat, dar nefiind nici dezirabil, rămânând în sarcina instanțelor să califice ce acte ale organelor fiscale intră în această categorie, pe baza criteriilor generale stabilite prin definiție.

Pe cale de consecință, considerăm că ar trebui ca în Codul de procedură fiscală să fie clarificată și situația actelor premergătoare emiterii actelor administrative fiscale contestate care sunt anulate de către instanțe.

Afirmăm astfel întrucât este greu de imaginat o situație în care se constată nelegalitatea deciziei de soluționare a contestației și a deciziei de impunere, dar raportul de inspecție fiscală continuă să existe, fără posibilitatea analizei legalității acestuia, deși a stat la baza emiterii acelor acte nelegale ce au fost anulate ulterior de instanță. Astfel cum arătam și în partea de început a cercetării, miza este următoarea: situația în care raportul de inspecție fiscală nu este anulat poate conduce la emiterea unei noi decizii de impunere de către organul fiscal, în interiorul termenului de prescripție a dreptului de stabili creanțe fiscale.

Este adevărat că există prevederile din contenciosul administrativ de drept comun care permit verificarea legalității operațiunilor prealabile unui act administrativ și care ar putea să constituie temeiul legal pentru cenzurarea legalității raportului de inspecție fiscală privit ca operațiune prealabilă.

³² R. Bufan, N. Svidchi, *Despre obligația de motivare în dreptul fiscal (I)*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 4/2021, p. 3.

Cu toate acestea, Codul de procedură fiscală prevede anumite norme derogatorii de la dreptul comun, aplicabile în ipoteza contestării actelor emise de organele fiscale. În aceste condiții, articolul 281 din Codul de procedură fiscală este cel care stabilește obiectul cererilor de chemare în judecată formulate în contenciosul fiscal. Fiind vorba despre o dispoziție specială, care derogă de la general, acest articol 281 ar putea constitui temeiul pentru respingerea în continuare ca inadmisibile a cererilor de anulare a rapoartelor de inspecție fiscală.

Caracterul de normă specială ce derogă de la general a fost reținut și de către Înalta Curte de Casație și Justiție printr-o hotărâre pronunțată în materie: „Astfel spus, art. 205-218 C.proc.fisc. reglementează o procedură administrativă obligatorie de contestare a actelor administrative fiscale, care se finalizează prin decizia emis în temeiul art. 216-217, ce poate fi atacată în contencios administrativ, potrivit art. 218 alin. (2) C.proc.fisc. Acest cadru normativ special derogă de la regimul de drept comun în materia procedurii prealabile administrative, reglementat prin art. 7 din Legea nr. 554/2004 și prin celelalte prevederi aflate în conexiune cu acesta”³³. Deși pronunțată sub imperiul reglementării anterioare, argumentele rămân valabile și în reglementarea actuală, dat fiind faptul că sub acest aspect nu au operat modificări.

Pentru toate aceste considerente, apreciem că ar fi oportună o ajustare a prevederilor din Codul de procedură fiscală, pentru a stabili care este situația rapoartelor de inspecție fiscală ce au stat la baza emiterii unor acte a căror nelegalitate a fost constatată de către instanță.

Concluzii

În primul rând, conchidem în sensul în care raportul de inspecție fiscală nu poate fi considerat un act administrativ fiscal, dat fiind specificul acestuia de act premergător, ce înglobează doar anumite constatări și propuneri ale organelor de inspecție fiscală.

Odată lămurit acest aspect, rămâne de analizat în ce măsură poate fi cenzurat acesta de către instanță și în temeiul căror dispoziții legale. Apreciem că, dat fiind faptul că articolul 281 din Codul de procedură fiscală nu face nicio referire la acest subiect, ne vom raporta la dreptul comun în materie, reprezentat de Legea nr. 554/2004.

Astfel, art. 18 alin. (2) din Legea nr. 554/2004 conturează cadrul legal pentru solicitarea de anulare a raportului de inspecție fiscală, întrucât permite verificarea legalității operațiunilor prealabile ce au stat la baza emiterii actului nelegal. Ca atare, în ipoteza în care decizia de impunere este anulată de către instanța, ar fi admisibilă și solicitarea de anulare a raportului de inspecție fiscală, în temeiul art. 18 alin. (2) al Legii nr. 554/2004.

³³ ICCJ, s. cont., adm. și fisc., dec. nr. 1478 din 21 martie 2014 în G. Bogasiu, *Procedura de contestare a actului administrativ fiscal. Natura juridică. Legea aplicabilă. Obiectul acțiunii judiciare*, în *Tax Magazine*, nr. 2/2014, pp. 25 și urm..

Ceea ce putem constata prin analiza coroborată ar eglementărilor este preocuparea legiuitorului de a asigura cadrul legal pentru cenzurarea oricărei nelegalități, indiferent de actul în care aceasta este cuprinsă (fie el act administrativ sau act care constată o simplă operațiune prealabilă).

A considera inadmisibil orice demers prin care s-ar solicita anularea unui raport de inspecție fiscală pentru simplul considerent că acesta nu dă naștere prin el însuși la drepturi și obligații, ci este doar un act premergător actului administrativ fiscal nu reprezintă, din punctul nostru de vedere, o soluție dezirabilă.

Considerăm că soluția propusă atât de unele instanțe, cât și de o parte a doctrinei, de a proceda la anularea și a acestor tipuri de acte, adiacente actelor administrative fiscale propriu-zise, ar fi o soluție echitabilă, ce își găsește sprijinul legal în cuprinsul Legii contenciosului administrativ.

În condițiile în care instanța, constatând anumite nelegalități, procedează la anularea deciziei de soluționare a contestației și a deciziei de impunere, trebuie să existe premisele și pentru analiza legalității raportului de inspecție fiscală ce a stat la baza emiterii acestora.

Pentru a conchide, apreciem că solicitarea de anulare a raportului de inspecție fiscală nu ar trebui să fie respinsă ca inadmisibilă de către instanțe, o atare soluție fiind un indicator al unui formalism excesiv, ce ar aduce atingere chiar accesului liber la justiție consacrat constituțional prin articolul 21, dar și prin mecanismele existente la nivelul Uniunii Europene și ale Consiliului Europei.

Referințe

- Anghel T., *Codul de procedură fiscală – Comentariu pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2020.
- Bogasiu G., *Procedura de contestare a actului administrativ fiscal. Natura juridică. Legea aplicabilă. Obiectul acțiunii judiciare*, în *Tax Magazine* nr. 2/2014, pp. 25-29.
- Bufan R., Svidchi N., „Despre obligația de motivare în dreptul fiscal (I)”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 4/2021, pp. 17-27.
- Cilibiu O.M., *Contestația fiscală – în beneficiul contribuabilului sau al administrației fiscale?*, în *Analele Universității “Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice*, nr. 1/2012, pp. 119-126.
- Cilibiu O.M., *Natura juridică a raportului de inspecție fiscală*, în *Dreptul*, nr. 8/2012, pp. 151-157.
- Costaș C.F. (coord.), *Codul de procedură fiscală. Comentariu pe articole*, Editura Solomon, București, 2016.
- Costea I.M., *Obiectul contestației prealabile în materie fiscală*, în *Tax Magazine*, nr. 11/2016, pp. 721-762.
- Costea I.M., *Contenciosul financiar și fiscal. Note de curs*, Editura Hamangiu, București, 2022.
- Costea I.M., *Controlul fiscal*, Editura Hamangiu, București, 2017.
- Costea I.M., *Drept financiar. Note de curs*, ed. a 7-a rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2021.
- Dascălu D., *Tratat de contencios fiscal*, Editura Hamangiu, București, 2014.
- Duca E., *Codul de procedură fiscală - comentat și adnotat cu legislație secundară și complementară, jurisprudență și instrucțiuni*, Editura Universul Juridic, București, 2021.

Considerații privind anularea raportului de inspecție fiscală

- Duca E., *Noul Cod de procedură fiscală - comentat și adnotat cu legislație secundară și complementară, jurisprudență și instrucțiuni*, Editura Universul Juridic, București, 2016.
- Fanu-Moca A., *Contenciosul fiscal*, Editura C.H. Beck, București, 2006.
- Trăilescu A., *Discuții privind admisibilitatea acțiunii în anularea actului administrativ-fiscal*, în *Cluj Tax Forum*, nr. 6/2020, pp. 22-33.

Analiză sintetică asupra modificărilor fiscale privind impozitul pe venitul microîntreprinderilor

Synthetic analysis of fiscal changes regarding the income tax of microenterprises

Maria Laiu-Tincu¹

Rezumat: Recent a fost instituit un adevărat „pachet legislativ”, prin Legea nr. 370/2022 de aprobare a Ordonanței de Guvern nr. 16/2022, cu o serie de modificări cuantificabile asupra dispozițiilor fiscale, având un impact semnificativ pentru contribuabili începând cu 1 ianuarie 2023. Prezenta lucrare își propune să analizeze modificările privind impozitul pe venitul microîntreprinderile, încercând să surprindă optica legiuitorului fiscal și „diligența” sa față de adaptarea normelor fiscale în raport cu dinamica raporturilor sociale. O altă întrebare care suscită prezentul studiu și al cărui răspuns l-am căutat este în ce măsură dreptul de opțiune al contribuabilului între aplicare impozitului pe profit și între cel pe venitul microîntreprinderilor mai reprezintă un instrument de optimizare fiscală în acest context al noilor modificări.

Cuvinte-cheie: microîntreprinderi; calificări juridice; impozit pe venitul microîntreprinderilor; optimizare fiscală.

Abstract: A veritable „legislative package” has recently been put in place, with several measurable changes to tax provisions introduced by Law no. 370/2022 regarding the approval of Ordinance of Government no. 16/2022, with a significant impact for taxpayers from 1 January 2023. This paper aims to analyze the changes to the income tax on microenterprises by attempting to capture the tax legislator's viewpoint and its "diligence" in adapting tax rules to the dynamics of social relations. Another question that prompts this study and which we have sought to answer is to what extent the taxpayer's right to choose between applying corporation tax or income tax on microenterprises is still an instrument of tax optimization in this context of new changes.

Keywords: microenterprises; legal qualifications; microenterprise income tax; tax optimization.

Noile modificări sau noile „obstacole” instituite pentru contribuabili prin *Legea nr. 370/2022 privind aprobarea Ordonanței de Guvern nr. 16/2022 pentru modificarea și completarea Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal, abrogarea unor*

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” Iași, România, e-mail: marialaiutincu@gmail.com.

*acte normative și alte măsuri fiscale*²? Recent a fost instituit un adevărat „pachet legislativ”, fiind aduse o serie de modificări cuantificabile asupra dispozițiilor fiscale care reglementează impozitul pe profit, fiind instituită scutirea de impozit pe profitul reinvestit; impozitul pe venitul microîntreprinderilor; impozitul pe venit (cu titlu de exemplu menționăm că nu mai sunt scutite de plata impozitului pe venit persoanele fizice pentru veniturile realizate ca urmare a desfășurării activității pe bază de contract individual de muncă cu persoane juridice române care desfășoară activități sezoniere specifice domeniilor HoReCA); contribuții de asigurări sociale; contribuții de asigurări sociale de sănătate; impozitul pe venitul obținut de nerezidenți; TVA; impozite și taxe locale.

Privind în ansamblu toate aceste modificări putem afirma că majoritatea au ca scop creșterea veniturilor bugetare, aspect ce poate fi înțeles, - *”în temeiul art. 56 din Constituție³, principiul impozitării este legitim⁴, iar cetățenii au obligația să consimtă la acesta⁵”,* însă considerăm criticabil faptul că, deși au existat consultări pe marginea modificărilor, propunerile venite din partea mediului de afaceri nu au fost luate în considerare, forma adoptată fiind aceeași cu cea din proiectul pus în dezbatere publică⁶.

Modificările aduse Codului fiscal prin Legea nr. 370/2022 privind aprobarea O.G. nr. 16/2022 au un impact semnificativ pentru contribuabili, însă ne propunem să limităm analiza asupra modificărilor privind impozitul pe venitul microîntreprinderilor. Totodată, ne „abținem” să formulăm alte critici sau „suspiciuni” de neconstituționalitate asupra Legii de aprobare nr. 370/2022, acestea fiind dirimante în acord cu Decizia Curții Constituționale nr. 648/2022⁷ pronunțată în urma ridicării obiecției de neconstituționalitate de către subiecții de sezină în cauză.

Noțiunea de microîntreprindere. Calificarea juridică (fiscală) a microîntreprinderii

De lege lata, nici legislația europeană și nici cea națională nu reglementează în mod imperativ o clasificare clară a tipurilor de societăți, singurul instrument legislativ european fiind Recomandarea Comisiei din 6 mai 2003 privind definirea microîntreprinderilor și a întreprinderilor mici și mijlocii⁸

² M. Of. nr. 1228 din 20.12.2022.

³ Art. 56 alin. (1) din cap. III-Îndatoriri fundamentale-titul II din Constituția României revizuită, dispune că *”Cetățenii au obligația să contribuie, prin impozite și prin taxe la cheltuielile publice”*.

⁴ Articolul 56. alin. (1) consacră obligativitatea contribuției la cheltuielile publice, care nu poate fi derivat în mod legitim decât din principiul necesității prelevării obligatorii. În acest sens, a se vedea I. Muraru (coord.), E. S. Tănăsescu, *Constituția României. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2022. pp. 481-482.

⁵ Pentru mai multe detalii a se vedea, M.I. Niculeasa, *Summa fiscalis. Tratat de drept fiscal și financiar public*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 573.

⁶ Pentru mai multe detalii, a se vedea S. Biban, *Ordonanța Guvernului nr. 16/2022 – noi obstacole pentru contribuabili*, în revista *Tax Magazine*, nr. 4/2022, p. 248.

⁷ M. Of. nr. 1219 din 19.12.2022.

⁸ J.O. L 124, 20.5.2003, pp. 36-41.

transpusă în legislația națională prin Legea nr. 346/2004⁹, pe care le vom reliefa în cele ce urmează. Articolul 2 al Recomandării prevede numărul de angajați și plafoanele financiare care determină categoriile de întreprinderi, aspecte care ajută la definirea noțiunii de microîntreprindere ca fiind o întreprindere care angajează mai puțin de 10 persoane și a cărei cifră de afaceri și/sau al cărei bilanț contabil anual nu depășește 2 milioane de euro.

În legislația națională, mai exact în art. 4 alin. (1) din Legea nr. 346/2004, întreprinderile mici și mijlocii sunt clasificate după aceleași criterii ca în legislația europeană, *i.e.* în funcție de numărul mediu anual de salariați și de cifra de afaceri anuală netă sau de activele totale pe care le dețin. Astfel, pentru a intrat în categoria de microîntreprinderi, este necesar un număr maxim de 9 salariați și o cifră de afaceri anuală netă sau active totale deținute de până la 2 milioane euro, echivalent în lei.

Nu ne vom opri asupra modului în care a fost transpusă Recomandarea Comisiei în legislația din România și nici asupra legiferării de la nivel european, considerând că acest aspect excedează obiectului nostru de studiu¹⁰, impunându-se mai degrabă, în temeiul principiului *"Specialia generalibus derogant"* scurte comentarii asupra modului în care legiuitorul fiscal a ales să definească noțiunea de microîntreprindere, desigur, fără a încălca limitele generale impuse prin Legea nr. 346/2006.

Lato sensu, microîntreprinderea este o persoană juridică constituită și înregistrată conform legislației române, cu sediul în România, având orice obiect de activitate, rezultată din asocierea unor privați ori unor instituții publice, mai puțin statul sau unitățile administrativ-teritoriale¹¹. În mod mai riguros, legiuitorul fiscal a ales să definească noțiunea de microîntreprindere prin stabilirea unor criterii cumulative ce se impun a fi îndeplinite, așa cum sunt statuate în art. 47 alin. (1) din Codul fiscal (Legea 227/2015¹²): *"În sensul prezentului titlu, o microîntreprindere este o persoană juridică română care îndeplinește cumulativ următoarele condiții, la data de 31 decembrie a anului fiscal precedent: c) a realizat venituri care nu au depășit echivalentul în lei a 1.000.000 euro. Cursul de schimb pentru determinarea echivalentului în euro este cel valabil la închiderea exercițiului financiar în care s-au înregistrat veniturile; d) capitalul social al acesteia este deținut de persoane, altele decât statul și unitățile administrativ-teritoriale; e) nu se află în dizolvare, urmată de lichidare, înregistrată în registrul comerțului sau la instanțele judecătorești, potrivit legii"*. Aceste criterii care ajută la calificarea unei societăți ca fiind o microîntreprindere au suferit o serie de modificări prin Legea

⁹ Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării întreprinderilor mici și mijlocii, M. Of. nr. 681 din 29.07.2004, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁰ Pentru mai multe detalii în acest sens, a se vedea D.M. Ilucă, *Limite și provocări în clasificarea întreprinderilor. Criterii europene și criterii naționale*, în *Analele științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași Științe Juridice*, Tomul LXIV, 2018, nr. I, [Online] la https://pub.law.uaic.ro/files/articole/2018/2018_1/1.7.iluca.pdf, accesat 08.10.2022.

¹¹ I.M. Costea, *Drept financiar. Note de curs*, ed. a VII-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2021, p. 181.

¹² Publicată în M. Of. nr. 688 din 10.09.2015.

nr. 370/2022 privind aprobarea O.G. nr. 16/2022, care se impun a fi respectate începând cu 1 ianuarie 2023.

În primul rând, a operat o scădere a plafonului de venituri la jumătate, *i.e.* 500.000 euro, pentru veniturile aferente anului 2023. Această reducere graduală a ariei de aplicabilitate a regimului special de impozitare pentru microîntreprinderi a fost considerată salutară de unii autori¹³, mai ales în contextul în care este prevăzută și în PNRR (Planul național de redresare și reziliență, în continuare PNRR)¹⁴. De asemenea, au fost introduse noi criterii de calificare, cumulative, la litere f)-h) cu următorul cuprins: ”f) a realizat venituri, altele decât cele din consultanță și/sau management, cu excepția veniturilor din consultanță fiscală, corespunzătoare codului CAEN: 6920 - «Activități de contabilitate și audit financiar; consultanță în domeniul fiscal», în proporție de peste 80% din veniturile totale; g) are cel puțin un salariat, cu excepția situației prevăzute la art. 48 alin. (3); h) are asociați/acționari care dețin peste 25% din valoarea/numărul titlurilor de participare sau al drepturilor de vot la cel mult trei persoane juridice române care se încadrează să aplice sistemul de impunere pe veniturile microîntreprinderilor, incluzând și persoana care verifică îndeplinirea condițiilor prevăzute de prezentul articol.

Nota bene! Condițiile existente referitoare la capitalul privat și la neînceperea procesului de dizolvare, urmată de lichidare, înregistrată în registrul comerțului sau la instanțele judecătorești, se mențin și începând cu 1 ianuarie 2023.

Aceste noi criterii nu sunt la fel de merituose, întrucât, deși limitarea la cel mult trei microîntreprinderi, în care un acționar/asociat poate deține peste 25% din valoarea/numărul titlurilor de participare sau al drepturilor de vot, urmărește combaterea măsurilor de fragmentare menționate în PNRR, această măsură este considerată inefficientă de unii autori¹⁵, putând fi eludată destul de ușor. Apreciem totuși că Legea de aprobare nr. 370/2022 a soluționat inadvertența din cuprinsul O.G. nr. 16/2022 de la art. 47 alin. (1) lit. h), venind cu o clarificare a noțiunii „realizare de venituri, altele decât cele din consultanță și/sau management..”, prin introducerea excepției privind veniturile din consultanța fiscală. Această adăugire a legiuitorului a preîntâmpinat nașterea unei interpretări inechitabile din partea organelor fiscale costând chiar în excluderea unor profesii liberale precum activitatea de consultanță fiscală, aspect ce ar fi reprezentat un tratament discriminatoriu. *De plano*, exceptarea unei categorii de consultanță poate fi citită doar limitativ, calificarea activităților de consultanță în alte domenii urmând a suscita probleme în practică.

Șirul modificărilor instituite prin Ordonanța de Guvern în discuție nu se oprește la definirea conceptului de microîntreprindere, toate acestea urmând a fi tratate în următoarea secțiune dedicată *in integrum* acestui subiect.

¹³ A se vedea, S. Biban, *op. cit.*, p. 247.

¹⁴ A se vedea, [Online] la <https://mfe.gov.ro/pnrr/>, accesat 07.10. 2022.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 247-248.

Scurte considerații asupra modificărilor legislative în materia impozitului datorat pe venitul microîntreprinderilor

Istoria impozitului pe venitul microîntreprinderilor ne-a arătat că acest tip de impozit nu se bucură de stabilitate legislativă, fiind supus unor modificări continue. Cu titlu de exemplu menționăm că, inițial aplicabilitatea sa a fost limitată în timp, respectiv până la data de 31 decembrie 2009, prin modul de reglementare a cotelor de impozitare numai pentru anii 2007-2009. Prin Legea nr. 76/2010¹⁶ a fost abrogat *Titlul IV. Impozitul pe venitul microîntreprinderilor*, fiind reintrodusă aplicarea acestui sistem abia din 2011, moment de la care au survenit mai multe modificări asupra conținutului și întinderii sediului legislativ¹⁷.

Această optică a legiuitorului fiscal de adaptare a normelor juridice în raport cu evoluția raporturilor sociale în continuă dinamică nu poate fi criticată *de plano*, însă „diligența” legiuitorului fiscal asupra conținutului, da. În continuare, vom prezenta și analiza sintetic modificările asupra acestui regim de impozitare ce vor intra în vigoare începând cu anul 2023.

O chestiune inedită și care suscită un real interes este introducerea unui nou alineat la articolul 47 din Codul fiscal care instituie posibilitatea societăților care desfășoară activități în domeniile HoReCa¹⁸ să opteze începând cu 1 ianuarie 2023 pentru plata impozitului pe veniturile microîntreprinderilor. Astfel, *”începând cu data de 1 ianuarie 2023, prin excepție de la prevederile alin. (1), persoanele juridice române care desfășoară activități corespunzătoare codurilor CAEN: 5510 - «Hoteluri și alte facilități de cazare similare», 5520 - «Facilități de cazare pentru vacanțe și perioade de scurtă durată», 5530 - «Parcuri pentru rulote, campinguri și tabere», 5590 - «Alte servicii de cazare», 5610 - «Restaurante», 5621 - «Activități de alimentație (catering) pentru evenimente», 5629 - «Alte servicii de alimentație n.c.a.», 5630 - «Baruri și alte activități de servire a băuturilor» pot opta pentru plata impozitului reglementat de prezentul titlu, fără să aplice prevederile art. 52, i.e. fără să poată ieși din sistemul de impunere pe venitul microîntreprinderii în cursul anului (sublinierea noastră)”*.

Înțelegem că, legiuitorul a făcut un compromis în ceea ce privește aceste persoane juridice, care nu trebuie să respecte condiția de a realiza venituri în limita plafonului impus de 500.000 de euro, câtă vreme aceste venituri sunt obținute din activitățile corespunzătoare condurilor CAEN indicate. Per *a contrario*, în situația în care aceste persoane juridice *”obțin în cursul anului venituri și din alte activități în afara celor corespunzătoare acestor coduri CAEN, pentru veniturile din alte activități aplică sistemul de declarare și plată a impozitului pe profit prevăzut de titlul II Impozitul pe profit, dacă îndeplinesc*

¹⁶ M. Of. nr. 307 din 11.05.2010.

¹⁷ A se vedea, *Codul fiscal 2011: Impozitul pe venitul microîntreprinderilor*, în *Revista de actualitate financiară* din 4 ian. 2011, [Online] la <https://codfiscal.net/7206/codul-fiscal-2011-impozitul-pe-veniturile-microintreprinderilor>, accesat 08.10.2022.

¹⁸ *”HoReCa este acronimul pentru industria ospitalității: Hoteluri, Restaurante, Cafenea, folosit în principal în Scandinavia, Benelux, Franța și România”*; [Online] la <https://www.horeca.ro>, accesat 10.10.2022.

oricare dintre următoarele condiții: a) realizează venituri din consultanță și/sau management în proporție de peste 20% inclusiv din veniturile totale; b) desfășoară activitățile de la art. 47 alin. (3) lit. f)-i); c) veniturile din alte activități au depășit echivalentul în lei a 500.000 euro”.

Putem observa că Legea de aprobare a Ordonanței nr. 16/2022 a lărgit sfera persoanelor impozabile în mod direct, proporțional cu cea a persoanelor neimpozabile. Prin deducție, înțelegem că persoanele juridice române cu venitul mai mare de 500.000 de euro datorează impozit pe profit, însă, a fost menținută și chiar extinsă, în mod expres, o categorie a persoanelor juridice care nu intră sub incidența plata impozitului pe venitul microîntreprinderilor, art. 47 alin. (3) având un nou cuprins: *”a) Fondul de garantare a depozitelor în sistemul bancar, constituit potrivit legii; b) Fondul de compensare a investitorilor, înființat potrivit legii; c) Fondul de garantare a pensiilor private, înființat potrivit legii; d) Fondul de garantare a asiguraților, constituit potrivit legii; e) entitatea transparentă fiscal cu personalitate juridică. f) persoana juridică română care desfășoară activități în domeniul bancar; g) persoana juridică română care desfășoară activități în domeniile asigurărilor și reasigurărilor, al pieței de capital, inclusiv cea care desfășoară activități de intermediere în aceste domenii; h) persoana juridică română care desfășoară activități în domeniul jocurilor de noroc; i) persoana juridică română care desfășoară activități de explorare, dezvoltare, exploatare a zăcămintelor de petrol și gaze naturale”.*

Nota bene! Avem în vedere situația specială a persoanelor juridice care desfășoară activități în domeniile *HoReCa*, cărora li se aplică reguli particulare de ieșire din acest sistem, pe care le-am surprins în paragraful anterior.

Această excludere din sfera de aplicare a impozitului pe venitul microîntreprinderilor înseamnă trecerea la impozitul pe profit pentru aceste categorii de persoane juridice și desigur, excluderea de la beneficiul optimizării fiscale prin posibilitatea de a opta între aplicarea acestor două sisteme de impozitare.

De lege lata, regimul de aplicare a impozitului pe venitul microîntreprinderii are caracter obligatoriu, însă, începând cu 1 ianuarie 2023, în acord cu dispozițiile art. 48 din Codul fiscal acesta devine opțional. Astfel, persoanele juridice române pot opta să aplice impozitul pe veniturile microîntreprinderilor începând cu anul fiscal următor celui în care îndeplinesc condițiile de microîntreprindere și dacă nu au mai fost plătitoare de impozit pe veniturile microîntreprinderilor ulterior datei de 1 ianuarie 2023.

Tot în materia regulilor de aplicare a sistemului de impunere pe venitul microîntreprinderilor mai menționăm că, începând cu 1 ianuarie 2023, microîntreprinderile nu vor putea opta pentru plata impozitului pe profit în cursul anului fiscal, opțiunea putând fi exercitată începând cu anul fiscal următor, cu excepția situației în care societatea trebuie să iasă din sistem ca urmare a neîndeplinirii condițiilor, *e.g.* depășirea limitei de venituri de 500.000 de euro. Cu privire la persoanele juridice nou înființate, în acord cu modificările aduse la alin. (3) de la art. 48 din Codul fiscal acestea pot opta să plătească impozit pe venitul microîntreprinderilor începând cu primul an fiscal, dacă condițiile privind

deținerea capitalului social și deținerile asociațiilor sunt îndeplinite la data înregistrării în registrul comerțului, iar cea privind încadrarea cel puțin a unui salariat, în termen de 30 de zile inclusiv de la data înregistrării persoanei juridice respective.

Dacă în mod tradițional, cota de impozitare se determină în funcție de existența unuia sau mai mulți salariați fiind de 1%, respectiv 3%¹⁹, începând cu anul 2023 există o cotă unică de impozitare, de 1%, independentă de numărul salariaților. Ne manifestăm rezerve față de această nouă optică a legiuitorului fiscal, considerând că vechea reglementare, încă în vigoare până la 1 ianuarie 2023, „încuraja” persoanele juridice să aibă calitatea de angajator, în vreme ce această modificare va da naștere unei creșteri a raporturilor contractuale civile și a numărului de PFA-uri nou înființate; *brevitatis causa*, angajatorii vor beneficia în continuare de serviciile prestate de foștii angajați, dar nu vor mai suferi „povara” sistemului reținerii la sursă. Cu toate acestea, așa cum Curtea Constituțională a statuat într-o decizie²⁰, *”stabilirea cotelor de impozitare este atributul legiuitorului, care, respectând art. 56 din Constituție privind justa așezare a sarcinilor fiscale, le poate mări sau micșora în funcție de politica fiscală promovată și de interesele generale ale societății la un moment dat”*.

Cu privire la plata impozitului și depunerea declarațiilor fiscale nu au apărut modificări, astfel, în acord cu art. 56 din Codul fiscal *”Calculul și plata impozitului pe veniturile microîntreprinderilor se efectuează trimestrial, până la data de 25 inclusiv a lunii următoare trimestrului pentru care se calculează impozitul”*. Nici în privința termenului de depunere a declarației de impozit pe venitul microîntreprinderilor pentru persoanele juridice care se dizolvă cu sau fără lichidare, nu au intervenit modificări, acestea având obligația să depună declarația de impozit pe veniturile microîntreprinderilor și să plătească impozitul aferent până la data depunerii situațiilor financiare la organul fiscal competent, respectiv până la închiderea perioadei impozabile. O modificare a intervenit cu privire la termenul pentru depunerea declarației informative privind beneficiarii sponsorizărilor, pe perioada aplicării prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 153/2020²¹, care de regulă, se depune până la data de 25 iunie inclusiv a anului următor²².

Se impune să facem câteva mențiuni și cu privire la termenele de declarare a mențiunilor, unde au intervenit deopotrivă o serie de modificări. Regulile statuate la art. 55 alin. (1) Cod fiscal (pare că) rămân în vigoare și în cursul anului 2023, astfel, *”Persoanele juridice care se înființează în cursul unui an fiscal, precum și microîntreprinderile care intră sub incidența prevederilor art. 52 comunică organelor fiscale competente aplicarea/ieșirea din sistemul de impunere*

¹⁹ Pentru mai multe comentarii asupra aplicării cotelor de impozitare, se vedea C.F. Costaș, *Drept fiscal*, Editura Universul Juridic, București 2021, p. 195.

²⁰ DCC nr. 695/2012, M. Of. nr. 623 din 30.08.2012.

²¹ M. Of. nr. 817 din 4.09.2020.

²² A se vedea, ANAF, *Material informativ-Modificări aduse prin Ordonanța 16/2022 asupra impozitului pe venitul microîntreprinderilor*, [Online] la https://static.anaf.ro/static/10/lasi/material_informativ_22-09-2022.pdf accesat 07.10.2022.

pe veniturile microîntreprinderilor, potrivit prevederilor Codului de procedură fiscală”. Alineatul al doilea al acestui articol are însă o nouă formă: „Persoanele juridice române comunică organelor fiscale competente aplicarea sistemului de impunere pe veniturile microîntreprinderilor, până la data de 31 martie inclusiv a anului pentru care se plătește impozitul pe veniturile microîntreprinderilor”.

O altă noutate este introducerea unui noi alineat la art. 55 din Codul fiscal, alin. (4), care va avea următorul cuprins: ”Microîntreprinderile care, în anul 2023, devin plătitoare de impozit pe profit ca urmare a neîndeplinirii condițiilor prevăzute la art. 47 alin. (1) comunică organelor fiscale competente ieșirea din sistemul de impunere pe veniturile microîntreprinderilor, până la data de 31 martie inclusiv a anului fiscal 2023”.

Încetarea aplicării acestui sistem de impozitare a suferit deopotrivă modificări în cascadă, tocmai ca urmare a modificării condițiilor necesare pentru aplicarea impozitului pe venitul microîntreprinderilor, pe care le-am prezentat la începutul acestei secțiuni. Astfel, art. 52 din Codul fiscal care stabilește ”Reguli de ieșire din sistemul de impunere pe veniturile microîntreprinderilor în cursul anului” va avea un nou conținut și chiar unul mai bogat, fiind introduse alte patru alineate. În continuare, vom prezenta regulile de ieșire din acest sistem de impunere ce se vor aplica din 2023.

Prima situație (evidentă) în care o persoană juridică nu va mai datora impozit pe venitul microîntreprinderilor este aceea în care realizează venituri mai mari de 500.000 euro sau ponderea veniturilor realizate din consultanță și/sau management, cu excepția veniturilor din consultanță fiscală, corespunzătoare codului CAEN: 6920 - *Activități de contabilitate și audit financiar; consultanță în domeniul fiscal* - în veniturile totale este de peste 20% inclusiv, aceasta datorează impozit pe profit începând cu trimestrul în care s-a depășit oricare dintre aceste limite, fără posibilitatea de a mai opta pentru perioada următoare să aplice prevederile privind impunerea microîntreprinderilor. Cursul de schimb pentru determinarea echivalentului în euro este cel valabil la închiderea exercițiului financiar precedent.

Nota bene! Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 53/1994²³ a statuat că indexarea unui venit impozabil, prin corelare cu un curs de schimb al monedei sau cu indicele de inflație nu încalcă justețea impunerii, ci urmărește menținerea semnificației inițiale a prevederilor legale prin care s-a instituit obligația fiscală.

O altă situație în care încetează aplicarea acestui sistem de impozitare este în cazul în care, în cursul unui an fiscal, o microîntreprindere nu mai îndeplinește condiția prevăzută la art. 47 alin. (1) lit. g), respectiv nu are cel puțin un salariat, aceasta datorează impozit pe profit începând cu trimestrul în care nu mai este îndeplinită această condiție. Prin excepție, pentru o microîntreprindere cu un singur salariat, al cărui raport de muncă încetează, condiția prevăzută la art. 47 alin. (1) lit. g) se consideră îndeplinită dacă, în termen de 30 de zile de la încetarea raportului de muncă, este angajat un nou salariat cu contract individual

²³ M. Of. nr. 312 din 9.11.1994.

de muncă pe durată nedeterminată sau pe durată determinată pe o perioadă de cel puțin 12 luni.

Totodată, nu vor mai datora impozit pe venitul microîntreprinderilor, ci impozit pe profit începând cu trimestrul respectiv, microîntreprinderile care în cursul unui trimestru încep să desfășoare activități dintre cele prevăzute de art. 47 alin. (3) lit. f)-i)[" f)*) *persoana juridică română care desfășoară activități în domeniul bancar; g)*) persoana juridică română care desfășoară activități în domeniile asigurărilor și reasigurărilor, al pieței de capital, inclusiv cea care desfășoară activități de intermediere în aceste domenii; h)*) persoana juridică română care desfășoară activități în domeniul jocurilor de noroc; i)*) persoana juridică română care desfășoară activități de explorare, dezvoltare, exploatare a zăcămintelor de petrol și gaze naturale*”].

Ultima situație de încetare a aplicării acestui sistem de impunere ne este redată de art. 55 alin. (7) care prevede că „În situația în care, în cursul anului fiscal, oricare dintre asociații/acționarii unei microîntreprinderi deține peste 25% din valoarea/numărul titlurilor de participare sau al drepturilor de vot la mai mult de trei microîntreprinderi, asociații/acționarii trebuie să stabilească microîntreprinderea/microîntreprinderile care ies de sub incidența prezentului titlu și care urmează să aplice prevederile titlului II începând cu trimestrul în care se înregistrează situația respectivă, astfel încât condiția referitoare la numărul maxim de trei microîntreprinderi la care oricare dintre asociați/acționari deține peste 25% din valoarea/numărul titlurilor de participare sau al drepturilor de vot să fie îndeplinită. Ieșirea din sistemul de impunere pe veniturile microîntreprinderilor se comunică organului fiscal competent, potrivit prevederilor Legii nr. 207/2015, cu modificările și completările ulterioare, și este definitivă pentru anul fiscal curent”. Această reglementare se circumscrie preocupării de combaterea fraudei la lege pe care contribuabilii o desfășurau, prin externalizarea activității microîntreprinderii către alte microîntreprinderi nou înființate pentru a nu ieși de sub beneficiul aplicării impozitului pe venitul microîntreprinderii.

Optimizarea fiscală. Impozit pe profit vs. pe venitul microîntreprinderilor

În mod constant, dezideratul contribuabilului este să-și diminueze cuantumul creanțelor fiscale în vreme ce statul, prin organele sale dorește să-și maximizeze resursele bănești provenite din obligațiile materiale ale contribuabililor. Acest fapt a dat naștere comportamentului contribuabilului de a căuta o modalitate mai facilă de îndeplinire a obligațiilor sale fiscale, fie în mod licit prin optimizare fiscală²⁴, fie într-un mod indezirabil și ilicit, prin ceea ce se numește evaziune fiscală.

Într-o notă optimistă asupra atitudinii oneste a contribuabilului, care nu va recurge la fapte ce intră în sfera ilicitului fiscal și/sau penal, săvârșind fapte

²⁴ H. Sașu, *Cum folosim în favoarea noastră impozitul pe venitul microîntreprinderilor?*, în *Curierul Fiscal*, nr. 10/2007.

incriminate de Legea nr. 241/2005²⁵, ne propunem să analizăm dacă opțiunea contribuabilului între aplicarea impozitului pe profit și între cel pe venitul microîntreprinderilor mai reprezintă un instrument de optimizare fiscală în acest context al modificării condițiilor de aplicare a acestui ultim sistem de impozitare dar și cotei crescute de impozitare asupra dividendelor²⁶.

Nota bene! Dreptul de opțiune între aplicarea impozitului pe venitul microîntreprinderilor sau impozitul pe profit nu poate fi exercitat dacă nu sunt îndeplinite condițiile esențiale prevăzute la art. 47 din Codul fiscal.

La prima vedere, am putea afirma că modificarea și unificarea cotei de impozitare la 1% pentru impozitul pe venitul microîntreprinderii reprezintă un real avantaj în raport cu cota de 16% pentru impozitul pe profit, însă trebuie să avem în vedere baza impozabilă asupra căreia se aplică aceste cote. În acord cu unii autori²⁷, răspunsul optim vine din următoarea ecuație: dacă 1% din venitul estimat este mai mic decât 16% din profitul estimat. Desigur, avem în vedere și modificările care vor interveni asupra modului de calcul a bazei de impozitare pentru impozitul pe venitul microîntreprinderilor, care din 2023, poate fi chiar mai diminuată (la fel și impozitul) având în vedere că s-a introdus o nouă literă la art. 53 alin. (1). Astfel, pentru stabilirea bazei de impozitare asupra căreia se aplică cota de 1%, se scad din veniturile din orice sursă a microîntreprinderilor și "*dividendele primite de la o filială a microîntreprinderii, persoană juridică situată într-un alt stat membru al Uniunii Europene, în măsura în care atât microîntreprinderea, cât și filiala îndeplinesc condițiile prevăzute la art. 24; dispozițiile prezentei litere prevalează față de cele ale lit. m)*" așa cum prevede lit. o) nou introdusă.

Utilizarea acestui impozit special presupune nu numai opțiunea unei societăți, care îndeplinește firesc aceste condiții, dar și un anumit montaj juridic²⁸. În continuare, vom expune un exemplu concret al acestei ipoteze, reliefat de autorul anterior citat, dar pe care îl vom adapta cotelor actuale de impozitare, mai exact, aceloră în vigoare de la 1 ianuarie 2023, tocmai pentru a răspunde întrebării anterioare *i.e.* dacă opțiune contribuabilului între aplicare impozitului pe profit și între cel pe venitul microîntreprinderilor mai reprezintă un instrument de optimizare fiscală în acest context. Astfel, pornind de la situația unei societăți comerciale, care realizează un profit net de 1000 de unități, aceasta ar datora un impozit pe profit de 16%-160 de unități, iar asociatul va încasa 773 de unități cu titlu de dividende sau beneficii (venit 840 mai puțin impozitul pe dividende de 8%-67 unități). Dacă însă, societatea A externalizează o parte din activitatea sa (vânzări, transport etc) către societatea B (o microîntreprindere), pentru care plătește ca preț întregul său profit net-deductibil din profitul său impozabil, acest venit realizat de societatea B este impozabil cu 1%-10 unități. Dacă venitul final

²⁵ M. Of. nr. 672 din 27.07.2005.

²⁶ A se vedea punctul de vedere cu privire la implicațiile contabile, exprimat de EXPERTMIND, *Buletin informativ-Cele mai importante modificări legislative*, [Online] la www.expertmind.ro, accesat 11.10.2022.

²⁷ I.M. Costea, *Optimizarea fiscală. Soluții. Limite. Jurisprudență*, Editura C. H. Beck, București, 2011, p. 213.

²⁸ *Ibidem*, p. 213.

este distribuit ca dividende sau beneficii, asociatul va încasa 911 unități (venit 990 mai puțin impozitul pe dividende de 8% -79 unități). Va realiza astfel o economie de 138 de unități, adică 13,8 %, ceea ce ne răspunde în mod pozitiv întrebării care a stat la baza acestei analize.

Concluzii

Care este raportul dintre constituționalitate, legalitate și oportunitate atunci când discutăm despre nașterea sau modificarea normelor fiscale? Ne dorim să răspundem acestei întrebări într-o lucrare viitoare, considerând că răspunsul la aceste întrebări determină și caracterul democratic sau nu al perspectivei fiscale a statului român, în sensul că abundența oportunității și lipsa sau împuținarea constituționalității și a legalității afectează în mod semnificativ caracterul democratic al politicii fiscale a Statului Român²⁹.

Această crâmpie legislativă, Legea nr. 370/2022 privind aprobarea Ordonanței Guvernului nr. 16/2022, instituie o serie de modificări deopotrivă pozitive dar și îndoielnice sub aspectul efectelor produse în plan fiscal, însă nu putem decât să manifestăm încredere în „diligența” legiuitorul fiscal.

Referințe

- ANAF, *Material informativ - Modificări aduse prin Ordonanța 16/2022 asupra impozitului pe venitul microîntreprinderilor*, [Online].
- ***, *Codul fiscal 2011: Impozitul pe venitul microîntreprinderilor*, în *Revista de actualitate financiară*, 2011, [Online].
- Bența A., Bența M., Pătroi D., *Tratat de fiscalitate practică. Optimizare fiscală*, Editura C.H. Beck, București, 2015.
- Biban S., *Ordonanța Guvernului nr. 16/2022 – noi obstacole pentru contribuabili*, în *Tax Magazine*, nr. 4/2022.
- Costaș C.F., *Drept fiscal*, Editura Universul Juridic, București, 2021.
- Costea I.M., *Drept financiar. Note de curs*, ed. a VII-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2021.
- Costea I.M., *Optimizarea fiscală. Soluții. Limite. Jurisprudență*, Editura C.H. Beck, București, 2011.
- Expertmind, *Buletin informativ-Cele mai importante modificări legislative*, [Online] la www.expertmind.ro
- Ilucă D.M., *Limite și provocări în clasificarea întreprinderilor. Criterii europene și criterii naționale*, în *Analele științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași Științe Juridice*, Tomul LXIV, nr. 1/2018.
- Muraru I. (coord.), Tănăsescu E.S., *Constituția României. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2022.
- Niculeasa M.I., *Legalitate când e vorba de nașterea Taxelor și Impozitelor? Mai curând Oportunitate necenzurabilă*, în *Juridice* din 11.10.2022, [Online].
- Niculeasa M.I., *Summa fiscalis. Tratat de drept fiscal și financiar public*, Editura Universul Juridic, București, 2012.
- Sașu H., *Cum folosim în favoarea noastră impozitul pe venitul microîntreprinderilor?*, în *Curierul Fiscal*, nr. 10/2007.
- Toader T., Safta M., *Constituția României*, ed. a 3-a, Editura Hamangiu, București, 2021.

²⁹ În acord cu M.-I. Niculeasa, *op cit.*, p. 2.

Înțelepciunea și deșertăciunea scrisorilor de pe munte –
o perspectivă financiar-constituțională
asupra principiului legalității impunerii

The wisdom and vanity of the letters written from the mountain -
a financial and constitutional perspective
on the legality of taxation

Bianca-Maria Rusu¹

Rezumat: Deopotrivă fericire și maledicție, legalitatea impunerii este cheia de boltă în asumarea obligației generale de a contribui la cheltuielile publice. Consimțământul la impozit este dependent de garanția că libertatea individuală este înfrântă numai în virtutea și în limitele legii, iar consacrarea constituțională a principiului legalității impunerii ar trebui să reprezinte, în teorie, un gardian al acestei garanții. Din scrisorile lui Rousseau aflăm că nu există libertate în absența legii și că legea este cea care o desăvârșește, dar oare interpretarea greșită a legii nu ne constrânge? Studiul de față își propune o analiză a principiului legalității impunerii, din perspectivă financiară și constituțională, cu aplecare critică asupra problemelor de interpretare generate de jurisprudența Curții Constituționale și asupra implicării puterii executive în procesul de legiferare.

Cuvinte-cheie: impunere, principiul legalității, libertate, putere executivă

Abstract: Both happiness and malediction, the legality of taxation is the keystone in assuming the general obligation to contribute to public expenses. The consent to taxation is dependent on the guarantee that individual freedom is defeated only through and within the limits of the law and the constitutional provision of the legality of taxation should, in theory, represent a guardian of this guarantee. From Rousseau's letters we learn that there is no freedom in the absence of law and that it is the law that perfects it, but isn't the misinterpretation of the law the element that constrains us? The purpose of the study is an analysis of the principle of the legality of taxation, from a financial and constitutional perspective, with a critical focus on the interpretation problems generated by the jurisprudence of the Constitutional Court and on the involvement of the executive power in the legislative process.

Keywords: taxation, principle of legality, freedom, executive power

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, avocat în cadrul Baroului Iași, e-mail: biancamariarusu@gmail.com.

Considerații introductive

Puterea de a impune și legitimitatea deținerii acestei puteri, împreună cu consecințele pe care le generează respectarea sau încălcarea limitelor stabilite în utilizarea acestei prerogative în raporturile dintre stat și contribuabili reprezintă o preocupare activă pentru democrațiile moderne care au ajuns la un anumit grad de maturitate în reglementare și care, cu variațiuni, recunosc suveranitatea legii în formarea, administrarea, întrebuițarea și controlul resurselor financiare publice, cu o aplecare deosebită asupra responsabilității de stabilire prin lege a obligațiilor fiscale datorate de cetățeni pentru formarea acestor resurse.

Veniturile fiscale obținute de stat (impozitele, taxele, contribuțiile), rezultate ale unor obligații de plată impuse în mod unilateral debitorilor desemnați de lege, denumiți contribuabili², oricât de condamnate ar fi pentru că, în esență, știrbesc dreptul de proprietate al acestora fără o voință expres și efectiv exprimată în acest sens și fără să aibă caracter sancționator, sunt în realitate un portret măgulitor al unui tovarăș de călătorie al democrației, prin aceea că legitimează intervenția statului în sfera de proprietate a contribuabililor și dau posibilitatea acestora din urmă să exercite un control efectiv asupra modului în care statul colectează, administrează și întrebuițează resursele prelevate din patrimoniul lor.

Principiul legalității impunerii, marele câștig al contribuabililor după secole de revolte generate de impuneri abuzive exercitate de suverani, dar și soluția salvatoare pentru suverani atunci când constrângerea, lipsită de legitimitate și previzibilitate, a încetat să mai producă efecte în colectarea de venituri pentru acoperirea nevoilor publice, indiferent de forma acestor venituri, a devenit garantul consimțământului la impozit.

În Franța, patria lui Rousseau, imaginea proiectată Revoluției franceze este Declarația Drepturilor Omului și ale Cetățeanului adoptată în 1789, act solemn care a simbolizat inițial căderea regimului absolutist (marcând evenimentul istoric al căderii Bastiliei) și instaurarea primei republici franceze - expresie a curajului de a enunța drept scop principal al Adunării Naționale fericirea poporului francez și consacrarea unor principii care să garanteze protejarea drepturilor și libertăților cetățenilor³.

Textul declarației a servit drept preambul al primei Constituții franceze din 1791, fiind reluat și în Constituțiile adoptate în 1852, 1946 și 1958, iar din 1971 Consiliul Constituțional francez i-a recunoscut expres valoarea constituțională.

Declarația Drepturilor Omului și ale Cetățeanului din 1789 a fost produsul schimbărilor politice și sociale pe care le-a cunoscut societatea franceză încă de la finalul secolului al XVIII-lea și documentul care a echilibrat raportul de forțe între stat și cetățeni, statuând că nicio autoritate sau persoană nu are putere politică într-un stat dacă nu emană de la popor, devenind un set de norme cu aplicare perenă în Franța, model pentru multe dintre constituțiile moderne ale

² S. Gherghina, *Drept financiar public*, Editura C.H. Beck, București, 2019, p. 9.

³ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, disponibilă pe Internet la adresa <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/3850/pdf>, ultima dată accesată la data de 20.01.2022.

altor state, care s-au inspirat din conținutul acesteia și standard pentru instanțele internaționale.

Principiul legalității impunerii și principiul consimțământului la impozit își găsesc reglementare în conținutul declarației, fiind revendicări exprese ale Revoluției franceze.

Astfel, art. 13 din Declarație prevede imperativul contribuției la cheltuielile publice, sarcină care trebuie să se împartă în mod egal între contribuabili, în raport de posibilitățile materiale ale acestora⁴. Art. 14 consacără dreptul cetățenilor de a evalua ei înșiși sau prin reprezentanții aleși necesitatea de a contribui la fondurile publice și, dacă se verifică această necesitate, să stabilească baza impozabilă, cuantumul impunerii, modul și limitele în care se colectează, durata impunerii și destinația sumelor percepute⁵.

Acceptarea liberă a impunerii este condiționată, potrivit prevederilor declarației, de exigența ca cetățenii (contribuabilii) să dețină prerogative extinse în stabilirea contribuțiilor datorate pentru acoperirea cheltuielilor publice și control *ex post* asupra destinației sumelor avansate. Garant al acestor prerogative este însăși legea, emanație a puterii contribuabililor, delegată în mâinile reprezentanților lor aleși, care o exercită pentru și în folosul acestora.

Contextul sensibil în care Rousseau a așternut pe hârtie scrisorile de pe munte⁶, sursa de inspirație a prezentei lucrări, nu afectează acuratețea cu care acesta percepe și transmite mai departe rolul pe care trebuie să îl comporte legea în protejarea libertății cetățenilor – acesta subliniază că nu există libertate în absența legii și nici atunci când cineva se consideră mai presus de lege⁷. Cu alte cuvinte, legea nu trebuie percepută drept un instrument de constrângere (de limitare), ci de eliberare.

Transferând această idee în plan financiar-fiscal, libertatea contribuabililor, în sens larg, și drepturile pe care aceștia le comportă în raporturile cu statul, în sens specific, sunt lipsite de conținut în absența unui cadru normativ elaborat de autoritatea investită cu atribuții de legiferare chiar de contribuabili, prin orice

⁴ Art. 13: *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.*

⁵ Art. 14: *Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.*

⁶ După publicarea lucrărilor *Du contrat social (Contractul social)* și *Émile; ou de l'éducation (Émile; sau despre educație)* care au determinat inițial izgonirea sa din Franța și persecutarea sa de către autorități în Elveția, ca reacție la hăituire și izolare și suprimarea de la libera circulație a acestor lucrări, dar și ca modalitate de protecție, Rousseau a creat în 1764 un pamflet adresat regimului de la Geneva, pe care îl acuza ca fiind opresiv, portretizând în detaliu raporturile dintre autoritate și cetățeni, într-o notă critică. Mai multe despre contextul care a determinat redactarea Scrisorilor de pe munte, la adresa <https://www.britannica.com/biography/Jean-Jacques-Rousseau/Years-of-seclusion-and-exile#ref387847>.

⁷ „Il n'y a donc point de liberté sans Lois, ni où quelqu'un est au-dessus des Lois” – J.J. Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, în *Collection complète des oeuvres*, Geneva, 1780-1789, vol. 4, p. 100, disponibilă online la adresa <https://www.rousseauonline.ch>, ultima dată accesată în data de 20.12.2022.

modalitate care să asigure reprezentativitatea acestei autorități și legitimitatea puterii decizionale.

Preceptul pe care îl extragem din filosofia lui Rousseau și chiar din documentele cu importanță istorică care au condus la conturarea principiului legalității impunerii, în forma în care acesta este recunoscut astăzi, comportă și un revers, derivat din carențele pe care interpretarea legii le poate genera, atunci când nu este conformă cu înțelesul avut în vedere de legiuitor sau atunci când însuși principiul legalității deviază, în aplicarea acestuia, de la scopul pentru care a fost instituit, în traseul său istoric.

În dreptul intern, principiul legalității impunerii a fost îmbrățișat drept principiu de rang constituțional chiar de la adoptarea primei Constituții în anul 1991⁸, cu conținut nemodificat la revizuirea Constituției în anul 2003.

Și pentru Constituția României, revendicările Adunării Naționale franceze, consacrate în Declarația Drepturilor Omului și ale Cetățeanului din 1789 au reprezentat un model de reglementare, prin raportare atât la litera, cât și la spiritul acesteia.

Ralierea la inerția democrațiilor moderne de a reglementa cât mai riguros raporturile dintre autoritate și contribuabili, în sensul stabilirii prin lege a obligațiilor fiscale pe care aceștia din urmă le au este salutară, dar între străduința Curții Constituționale de a interpreta corect noțiunea de lege și a califica actele normative cu forță similară legii și atenuarea separației puterilor în stat, sub forma implicării tot mai frecvente a altor autorități decât Parlamentul în procesul de legiferare, temerea este că principiul legalității impunerii își atenuază rădăcinile.

Studiul nostru își propune să analizeze dintr-o perspectivă critică mutația pe care a suferit-o principiul legalității impunerii de la consacrarea acestuia în legislația internă și până în prezent, mutație care zădărnicește înțelegerea principiului astfel cum s-au străduit temerarii care au luptat pentru consacrarea sa să o contureze.

1. Originea și istoricul principiului legalității impunerii

Pentru o parte a doctrinei de specialitate⁹, originea principiului legalității este strâns legată de revendicările din Magna Carta. Documentul din 1215, considerat un act *pro domo* prin care baronii englezi își îngrijeau propriile interese¹⁰, semnat la finalul unei bătălii eșuate (Bătălia de la Bouvines) și pe fondul unor înțelegeri politice în baza cărora regele Ioan al Angliei (John

⁸ Art. 138 din C. României din 1991: (1) *Impozitele, taxele și orice alte venituri ale bugetului de stat și ale bugetului asigurărilor sociale de stat se stabilesc numai prin lege.*(2) *Impozitele și taxele locale se stabilesc de consiliile locale sau județene, în limitele și în condițiile legii.*

⁹ A se vedea în acest sens S. Gherghina, *Drept financiar public*, Editura C.H. Beck, București, 2019, p. 9, R. Bufan, M. Bidoso, I. Cochintu ș.a., *Tratat de drept fiscal. Volumul I. Teoria generală a dreptului fiscal*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 111.

¹⁰ C. Carpenter, *Magna Carta: With a New Commentary by David Carpenter*, Penguin Books Ltd, 2015, p. 24, apud. J. Passant, *Tax and the Forgotten Classes: from the Magna Carta to the English Revolution*, în *The Australasian Accounting Business and Finance Journal*, vol. 10/2016, p. 68.

Lackland) stabilise, fără consimțământul baronilor, forme excesive de impunere este și în prezent un document cu rezonanță în ceea ce privește *rule of law*.

Forma finală a documentului cuprindea, printre altele, angajamentul regelui Ioan că nu va mai exista impunere fără consimțământ. Cu toate că s-a dovedit la scurt timp după semnare că plătitorii de impozite erau lipsiți, în fapt, de protecția Cartei¹¹, dispozițiile sale fiind ignorate și lipsite de aplicabilitate, aceasta a servit drept fundament al parlamentarismului în Anglia și exemplu pentru multe dintre actele cu importanță care au fost încheiate ulterior.

În *Petition of Rights*, înaintată de Parlament regelui Carol I Stuart în 1628, se cerea acestuia să nu încalce spiritul Magna Carta, să renunțe la politica absolutistă pe care o ducea și, în consecință, să accepte că impozitele vor fi aprobate numai de către Parlament¹². Solicitățile au fost ignorate de regele Carol, ceea ce a condus ani mai târziu la declanșarea războiului civil, la o scurtă perioadă de înlăturare a monarhiei, iar apoi la Revoluția grațioasă¹³.

Revoluția engleză din 1688, la capătul căreia a fost încheiat *The Bill of Rights*, în data de 13 februarie 1689, a marcat introducerea în art. 4 a principiului aprobării taxelor și impozitelor de către Parlament¹⁴, împreună cu alte garanții ale libertății cetățenilor, precum votul liber exprimat, protecția față de imixtiunile nejustificate ale statului, dreptul la petiție, egalitate și nediscriminare în protecția drepturilor, Anglia devenind prima monarhie constituțională din lume¹⁵.

Din ideea că impunerea trebuie să aibă la bază consimțământul prealabil al celor care plătesc impozitul și-au extras crezul și coloniile americane, dând naștere sloganului „*no taxation without representation*”, idee preluată ulterior sub formă de principiu în Declarația de independență a statelor americane (1776)¹⁶.

Și în dreptul francez, principiul legalității impunerii și-a extras originile din consimțământul la impozit, întemeiat pe reprezentativitate, inițial reglementat printr-un decret, iar apoi inserat în Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului din 1789, prin care se stabilea că toți cetățenii au dreptul de a aprecia, în nume propriu sau prin reprezentanți, asupra necesității de a contribui la cheltuielile publice, de a consimți liber la impunere, de a controla modul în care

¹¹ M. Demir, R. Onder, *The principle of legality of the taxes: an evaluation on Turkey and the selected countries*, International Public Finance Conference, 2019, Antalya, p. 339.

¹² Pentru detalii, a se vedea <https://www.britannica.com/topic/Petition-of-Right-British-history>, ultima dată accesat în data de 22.12.2023.

¹³ *Idem*.

¹⁴ M. Evans and I. Jack, *Sources of English Legal and Constitutional History*, Butterworths-Heinemann, 1984, p. 55–60, apud. S.Crennan, *Magna Carta, Common Law Values and the Constitution*, în *Melbourne University Law Review*, vol. 39.331/2014, p. 334.

¹⁵ A se vedea <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/collections/collections-glorious-revolution/billofrights/>, ultima dată accesat în data de 06.01.2023.

¹⁶ S. Gherghina, *op. cit.*, p. 9.

contribuția sa este utilizată și de a-i determina proporția, temeiul, posibilitatea de restituire și durata contribuției¹⁷.

Elementul central al tuturor surselor anterior menționate a fost consacrară necesității ca persoanele impozitate să își dea consimțământul la prelevarea unei părți din patrimoniul acestora cu titlu de impozit, taxă sau contribuție, pentru acoperirea nevoilor publice, în nume propriu sau prin reprezentanți.

În felul acesta, s-a consacrat principiul consimțământului la impozit, din care ulterior a luat naștere principiul legalității impunerii, sub forma învestirii unei autorități cu puterea de a impozita, prin vot. În timp, această putere a condus la crearea de adunări cu autoritate de legiferare, precum Stările Generale (États Généraux) din Franța sau Parlamentul britanic, existând o legătură profundă între consimțământul de a fi supus impunerii și constituirea progresivă a democrațiilor parlamentare moderne.¹⁸

Interpretarea diacronică a principiului impunerii, prin raportare la originile acestuia este esențială pentru extragerea scopului pentru care acest principiu a fost recunoscut în democrațiile moderne. În plus, întoarcerea în timp la primele izvoare ale principiului (legenda de aur a fiscalității) dezvăluie originalitatea asociată constrângerii fiscale sub egida acestuia, atât prin consecințele pe care le-a provocat (dezvoltarea democrațiilor moderne), cât și prin regimul pe care aceasta constrângere îl comportă (reguli constituționale specifice de impunere).

Astfel, garanțiile democratice și puterea de a impune nu doar că nu se exclud, ci se potențează reciproc. Autoritatea statului se exercită și prin prerogativa de a impune obligația de a contribui la cheltuielile publice, în mod unilateral, contribuabililor, iar garanțiile democratice care conturează cadrul de desfășurare a acestei autorități, legitimează existența acesteia.

2. Reglementare internă, noțiune și conținut

În dreptul intern, principiul legalității în materie fiscală este derivat, în primul rând, din dispozițiile art. 1 alin. (3) și (5) din Constituția României, care trimit la valori și principii specifice unei democrații, respectiv statul de drept, cu particularitățile sale, garantarea drepturilor și libertăților individuale, supremația Constituției și a legilor, aspecte cu aplicabilitate indiferent de ramura de drept pe care o supunem analizei.

Mai apoi, relevante sunt și dispozițiile art. 137 alin. (1) din Constituție potrivit cărora „Formarea, administrarea, întrebuințarea și controlul resurselor financiare ale statului, ale unităților administrativ-teritoriale și ale instituțiilor publice sunt reglementate prin lege.”

În același timp, art. 57 din Constituție instituie obligativitatea cetățenilor de a contribui, prin impozite și taxe, la cheltuielile publice, prelex cu care sistemul

¹⁷ M. Bouvier, *Le consentement de l'impôt : les mutations du citoyen-contribuable*, 2018, disponibil pe Internet la adresa <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/268486-le-consentement-de-limpot-les-mutations-du-citoyen-contribuable>, ultima dată accesat în data de 06.01.2023.

¹⁸ *Idem*.

legal de impunere trebuie să asigure așezarea justă a sarcinilor fiscale. Același articol, la alin. (3), exclude orice alte prestații, în afara celor stabilite de lege.

Dispozițiile cu cea mai pregnantă poziție în ceea ce privește legalitatea impunerii, însă, își găsesc reglementarea în Constituție la art. 139, articol care prezintă următorul conținut: „(1) Impozitele, taxele și orice venituri ale bugetului de stat și ale bugetului asigurărilor sociale de stat se stabilesc numai prin lege. (2) Impozitele și taxele locale se stabilesc de consiliile locale sau județene, în limitele și în condițiile legii. (3) Sumele reprezentând contribuțiile la constituirea unor fonduri se folosesc, în condițiile legii, numai potrivit destinației acestora.”¹⁹

Consacrarea prin lege a obligațiilor pe care le suportă contribuabilul în raporturile cu statul este stabilită și de dispozițiile art. 4 din Codul de procedură fiscală, potrivit căruia: „(1) Creanțele fiscale și obligațiile corespunzătoare ale contribuabilului/plătitorului sunt cele prevăzute de lege. (2) Procedura de administrare a creanțelor fiscale se desfășoară în conformitate cu dispozițiile legii. Organul fiscal are obligația de a asigura respectarea dispozițiilor legale privind realizarea drepturilor și obligațiilor contribuabilului/plătitorului sau ale altor persoane implicate în procedură.”

Din reglementarea constituțională, extragem că veniturile colectate de stat de la contribuabili sunt direcționate către bugetul de stat și bugetul asigurărilor sociale de stat. În ceea ce privește sumele care se fac venituri la bugetele locale, înțelegem că există un regim separat în ceea ce privește stabilirea acestora, în virtutea principiului autonomiei locale, lucru pe care îl clarifică alin. (2) al art. 139.

De asemenea, extragem din reglementare și care sunt categoriile de venituri colectate, respectiv impozite, taxe și alte contribuții, înțelegând că există atât o delimitare terminologică între acestea, cât și o diferență corespunzătoare de regim juridic, aspecte pe care le analizăm în ceea ce urmează.

Astfel, impozitul este definit în doctrină ca fiind o „prelevare pecuniară, obligatorie și cu titlu nerambursabil, datorată în temeiul legii către bugetul general consolidat de către persoanele în patrimoniul cărora se produc efectele unui fapt generator al impunerii ori alte persoane indicate expres de lege.”²⁰

În ceea ce privește caracteristicile acestuia, notăm faptul că este o contribuție obligatorie, în sensul că toți contribuabilii, în calitate de beneficiari ai acțiunilor sau obiectivelor finanțate din fondurile generale ale statului trebuie să participe la formarea acestora. De asemenea, notăm că sunt prelevări cu titlu nerambursabil, în sensul că ele sunt direcționate către acțiuni sau obiective necesare societății, nefiind supuse restituirii către contribuabili.

Firește, în virtutea principiului *nullum impositum sine lege*, acesta se stabilește, este colectat și gestionat numai în virtutea legii, ca urmare a obținerii de venituri sau deținerii de bunuri, activități calificate drept fapte generatoare ale impunerii.

¹⁹ Constituția României, disponibilă pe Internet la adresa <https://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=339>, ultima dată consultată în data de 07.01.2022.

²⁰ I.M. Costea, *Drept financiar. Note de curs*, ed. a VIII-a rev. și ad., Editura Hamangiu, 2023, p. 112.

Caracteristica esențială care diferențiază impozitul de celelalte venituri fiscale stabilite prin lege în sarcina contribuabililor este lipsa contraprestației, prelevarea fiind efectuată fără vreun echivalent.²¹

Taxa reprezintă „o prestație în bani aferentă unei contraprestații directe, respectiv unui anumit serviciu public de care contribuabilul beneficiază în mod efectiv.”²² În acest sens, i se atribuie taxei o serie de trăsături specifice, pe care nu le regăsim și la impozit.

Astfel, taxa este o „plată neechivalentă pentru servicii sau lucrări efectuate de organe sau instituții care primesc, întocmesc sau eliberează diverse acte, prestează servicii sau rezolvă alte interese legitime ale persoanelor fizice sau juridice”.²³ În același timp, plătitorul este un subiect determinat din momentul în care solicită un serviciu sau altă activitate pentru care se datorează taxă, iar plata efectuată se direcționează direct către acoperirea cheltuielilor generate de serviciile solicitate, iar nu către acoperirea cheltuielilor publice generale, asemenea impozitului²⁴.

Contribuțiile reprezintă o categorie distinctă, specială de obligații fiscale, legal dirijate către un buget destinat, în funcție de natura veniturilor obținute care determină obligația de plată a acestora. Contribuțiile sunt, de asemenea, prelevări obligatorii, dar în cazul acestora este incertă obținerea contraprestației efective, în funcție de cum se produce sau nu riscul asigurat²⁵.

Potrivit dispozițiilor constituționale, contribuțiile se colectează separat de impozite, taxe și veniturile similare acestora din urmă, aspect care se reflectă și la nivel normativ,

Consacrarea tuturor acestor obligații, respectiv venituri fiscale sub umbrela dispozițiilor art. 139 din Constituție, în ciuda diferențelor pe care le comportă, este menită să legitimizeze impunerea acestora în mod unilateral de către stat, prin autoritățile sale, cu imperativul ca obligațiile să fie impuse prin lege sau în temeiul unei legi care să stabilească condițiile și limitele impunerii lor.

Astfel, după revendicările făcute de-a lungul istoriei pe cale de revolte fiscale, soluția identificată de legiuitor nu a fost să se suprimă formele de taxare drept mod de finanțare a activității statului, ci să se confere legitimitate puterii de a impune, prin consimțământul dat de contribuabili la prelevarea unei părți din patrimoniul lor, spre finanțarea activității statului²⁶.

²¹ În doctrina de specialitate, a fost exprimată și opinia contrară, considerându-se că impozitele sunt reversibile, astfel că sumele concentrate de stat pe calea impozitelor se reîntorc sub forma unor acțiuni, servicii, gratuități de care beneficiază cei care au contribuit la formarea fondurilor generale ale societății. A se vedea, în acest sens, D. Drosu Șaguna, *Drept financiar public*. ed. a VI-a, Editura C.H. Beck, 2017, p. 123.

²² R. Bufan, M. Bidoso, I. Cochințu ș.a, *op. cit.*, p. 91.

²³ D. Drosu Șaguna, *op. cit.*, p. 124

²⁴ *Ibidem*

²⁵ S. Gherghina, *op. cit.* p. 27

²⁶ S. Gherghina, *Comentariu art. 139 în I. Muraru, E.S. Tănăsescu, ș.a., Constituția României. Comentariu pe articole*, ed. a III-a rev. și ad., Editura C.H. Beck, București, 2022, p. 1257.

Din perspectiva corespondenței principiului legalității impunerii cu principiul consimțământului la impozit, putem desprinde valențe distincte ale acestora în funcție de categoria de venituri fiscale colectată, din perspectiva existenței sau inexistenței contraprestației, demne de supus analizei.

Deși consimțământul la impozit este recunoscut, pe calea unei ficțiuni juridice, ca fiind prezent și manifestat de contribuabil în cazul tuturor categoriilor de venituri fiscale colectate – prin raportare la îndatorirea sa de a contribui la cheltuielile publice, direcționate către binele general al societății, de care se bucură, în mod circumstanțial, și acesta – considerăm că factorul volitiv capătă componentă pragmatică în cazul acelor venituri fiscale pentru care există, în mod real, un drept de opțiune.

Astfel, dacă impozitul este datorat fără contraprestație și fără drept de opțiune pentru contribuabil, în măsura în care există un fapt generator al acestei obligații, în cazul taxelor și contribuțiilor discuția este nuanțată, cu referire la acele situații în care plata acestora este facultativă.

În cazul contribuțiilor, un exemplu în acest sens este plata contribuției de asigurări sociale de sănătate, care nu este obligatorie pentru toate categoriile de contribuabili. Cei care obțin venituri în afara unor raporturi de muncă sub plafonul de 12 salarii minime brute pe an, nu datorează CASS și nu au calitatea de asigurat în sistemul public de sănătate. Firește, aceste persoane au posibilitatea de a opta pentru plata CASS, prin intermediul declarației unice, manifestându-și dorința de a dobândi calitate de asigurat, situație în care își exprimă expres consimțământul de a se obliga la plată.

Cu referire la taxe, un exemplu edificator este taxa datorată pentru oficierea căsătoriei într-o zi nelucrătoare – contribuabilul are posibilitatea de a opta pentru oficierea căsătoriei într-o zi lucrătoare, situație în care nu va datora taxă, iar dacă optează pentru o zi nelucrătoare, își manifestă expres consimțământul de a achita taxa asociată serviciului solicitat.

În cazul acestor situații particulare privind veniturile fiscale care se datorează facultativ, în temeiul consimțământului exprimat în acest sens de contribuabil (al liberei alegeri), principiul consimțământului la impunere își face cel mai mult simțită prezența, pentru că factorul volitiv poate fi cuantificat (probat).

Cu toate acestea, nu este de neglijat nici mecanismul conturat de principiul legalității impunerii, consacrat la nivel constituțional, care recunoaște consimțământul la impunere pe calea investirii autorității legiuitoare cu putere de impunere prin vot – astfel, deși în aceste situații consimțământul nu este efectiv și concret exprimat de către contribuabil, el se consideră a fi delegat autorității în care contribuabilul își investește încrederea.

Raportat la sursele dreptului fiscal, ierarhizate potrivit interpretării conferite dispozițiilor constituționale inserate în art. 139, în corespondență și cu noțiunea de „lege”, interesantă este de analizat implicarea altor autorități decât Parlamentul în activitatea de legiferare – din perspectiva efectelor principiului legalității impunerii, riscul ca actele normative prin care se stabilesc impozite,

taxe sau alte contribuții să fie o emanație a unor autorități care nu a fost investită cu putere de impunere direct de către contribuabil afectează însăși substanța principiului și deformează înțelesul noțiunii de „*consimțământ*”, transformându-l într-o ficțiune juridică.

3. Efectele principiului legalității impunerii

Potrivit art. 139 alin. (1) din Constituție, impozitele, taxele și orice alte venituri cuvenite bugetului de stat sau bugetului asigurărilor sociale de stat se stabilesc numai prin lege.

Cu referire la noțiunea de lege, legiuitorul constituant nu menționează expres în art. 139 căror categorii de legi se subsumează reglementarea în materie fiscală, dar pe cale de deducție, din interpretarea altor dispoziții din legea supremă, reiese că domeniul fiscal este reglementat prin acte normative de rang infra-constituțional.

Așadar, potrivit art. 61 din Constituție, Parlamentul este organ reprezentativ suprem al poporului român și unică autoritate legiuitoare a țării. De asemenea, potrivit art. 73 alin. (1) din Constituție, Parlamentul adoptă legi constituționale, legi organice și legi ordinare, statuând și cu privire la domeniile în care se pot adopta astfel de legi. În alin. (3) al art. 73, regăsim o enumerare a domeniilor care fac obiectul exclusiv al reglementării prin lege organică, în care nu se face referire la domeniul fiscal.

Prin urmare, Parlamentul, ca autoritate legiuitoare, nu este singurul îndreptățit să adopte acte normative în materie fiscală – pe cale de delegare legislativă constituțională sau prin lege specială de abilitare adoptată de Parlament, Guvernul poate să emită ordonanțe.

În același sens s-a pronunțat și Curtea Constituțională, devreme în activitatea sa, prin Decizia nr. 5 din 14 iulie 1992, apreciind că interpretarea dispozițiilor art. 139 alin. (1) nu trebuie să fie una restrictivă, incluzând și acte normative cu forță juridică similară legii, respectiv ordonanțele simple și ordonanțele de urgență ale Guvernului, emise în domenii rezervate legii ordinare.

Viziunea Curții nu este una greșită, fiind confirmată de doctrina de specialitate în domeniu²⁷, dar motivarea pe care se întemeiază este una cel puțin discutabilă, pentru că nu se referă la argumente ce țin de ierarhia normelor și nici nu face trimiteri la tendința legiuitorului de a denomina expres prin legea constituțională domeniile rezervate legii organice, excluse de la legiferarea ordinară, din care nu face parte și stabilirea obligațiilor fiscale.

Argumentul Curții este următorul: „Cuvîntul numai dorește să bareze posibilitatea stabilirii de impozite și taxe pentru bugetul de stat, prin acte inferioare, cu forța juridică a legii, cum sînt hotărîrile Guvernului, care se emit „pentru organizarea executării legilor” (art. 107 alin. (2) din Constituție) nu și prin ordonanțe ale Guvernului, care se emit în domenii rezervate legii ordinare. A

²⁷ A se vedea R. Bufan, M. Bidoso, I. Cochintu, *op. cit.*, p. 107, A. M. Găină, *Principiile dreptului fiscal – fundament al impunerii fiscale*, în *Revista de Științe Juridice* nr. 92/2008, p. 93-94.

spune că expresia numai exclude posibilitatea adoptării de ordonanțe fiind un domeniu rezervat legii organice, echivalează cu a adauga la Constituție. După cum se reține și în răspunsul Guvernului, când legiuitorul a dorit să prevadă, în textul Constituției, alte domenii decât cele prevăzute de art. 72 alin. (3), a făcut-o, menționând în mod expres caracterul organic al legii respective.²⁸

Astfel, Curtea face trimitere doar la intenția legiuitorului constituant de a exclude posibilitatea de stabilire a impozitelor, taxelor și contribuțiilor datorate de contribuabili bugetelor publice prin acte cu caracter infra-legal, respectiv acte administrative, cum sunt hotărârile de Guvern, ordinele de ministru, etc.

Consecvență în interpretarea pe care o conferă principiului legalității impunerii, prin Decizia nr. 607/2012²⁹, Curtea confirmă încă o dată că sintagma „numai prin lege” nu are semnificație absolută, adăugând la argumentul anterior o rațiune suplimentară pentru care Guvernului îi sunt recunoscute competențe în materia stabilirii impozitelor și taxelor, respectiv: „A impune adoptarea unor prevederi referitoare la bugetul de stat numai prin dezbateri parlamentară ar însemna a nu ține cont de realitățile concrete ale derulării procedurilor parlamentare, astfel încât, pe perioada vacanței parlamentare, să nu poată fi adoptate astfel de reglementări, în condițiile prevederilor constituționale referitoare la delegarea legislativă”.

În mod regretabil, Curtea eșuează din nou să facă analiza unor repere esențiale, respectiv motivarea legiuitorului constituant în ierarhizarea normelor, noțiunea de caracter extraordinar în contextul ordonanțelor de urgență și limitele aplicării acestora în domeniul financiar-fiscal, limitele delegării raportat la specificul ramurii de drept și apelează la argumente de ordin pragmatic, de procedură.

Dincolo de argumentarea deficitară derivată din considerente, optica instanței constituționale asupra soluției este justificată și ușor de înțeles, cu atât mai mult cu cât Curtea are în sprijin dispozițiile referitoare la delegarea legislativă.

Apreciem că dispozițiile art. 61 alin. (1) din Constituție s-au construit pe soclul reprezentativității, marcă a investirii Parlamentului cu încrederea cetățenilor care îl desemnează prin vot, iar în plan financiar-fiscal, considerăm că este cea mai onestă reprezentare a unui consimțământ la impozit veritabil.

Cu toate acestea, textul Constituției reglementează două excepții însemnate de la monopolul de legiferare al Parlamentului, respectiv art. 115, care prevede o procedură excepțională de substituire a Parlamentului în edictarea actelor normative de reglementare primară și art. 147, care reglementează

²⁸ Extras din Decizia nr. 5 din 14 iulie 1992 a Curții Constituționale a României, publicată în Monitorul Oficial nr. 173 din 22 iulie 1992, disponibilă pe Internet la adresa <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocumentAfis/2M105>, ultima dată accesată în data de 13.01.2023.

²⁹ Decizia nr. 607 din 12 iunie 2012, M. Of. nr. 504 din 23.07.2012, disponibilă pe Internet la adresa <https://lege5.ro/Gratuit/gmzdenzyhe/decizia-607-2012-decizie-referitoare-la-respingerea-exceptiei-de-neconstitutionalitate-a-dispozitiilor-ordonantei-de-urgenta-a-guvernului-nr-59-2010-pentru-modificarea-legii-nr-571-2003-privind-codul>- ultima dată consultată în data de 23.01.2023.

intervențiile Curții Constituționale prin care declară neconstituționalitatea unor acte normative.³⁰

La art. 115 este reglementată instituția delegării legislative, definită de doctrină drept „un transfer al unor atribuții legislative la autoritățile puterii executive printr-un act de voință al Parlamentului ori pe cale constituțională, în situații extraordinare.”³¹

Constituția recunoaște două tipuri de acte prin care executivul are competența de a aduce la îndeplinire delegarea legislativă: ordonanțele simple (emise în baza unei legi de abilitare) și ordonanțele de urgență, în cazul cărora delegarea legislativă este acordată chiar de legiuitorul constituant.

Principiul legalității impunerii își găsește exprimare și în alin. (2) al art. 139 din Constituție, interpretat și aplicat prin corelație cu alin. (1). Din dispozițiile alin. (2), extragem faptul că în ceea ce privește bugetele locale, formarea, administrarea, angajarea și utilizarea fondurilor publice locale, precum și responsabilitățile autorităților administrației publice locale și ale instituțiilor publice cu atribuții în domeniul finanțelor publice, există particularități determinate de existența principiului autonomiei locale³².

Aplicarea coroborată a celor două principii trebuie să conducă la concluzia că „prin lege sau act normativ având forța legii sunt reglementate limitele și condițiile în care pot fi stabilite de către autoritățile deliberative locale (consilii locale, consilii județene) impozitele și taxele locale.”³³

De asemenea, în completare, „soluția de la alin. (2) al. art. 139 reprezintă o diluare a imperativului exprimat prin alin. (1), prin care se permite delegarea limitată a dreptului de a impune, realizată prin legea care reglementează limitele și condițiile stabilirii impozitelor și taxelor locale.”³⁴

Așadar, din sinteza celor analizate reiese că legalitatea impunerii se referă la competența exclusivă a legiuitorului în stabilirea impozitelor și taxelor datorate bugetului de stat, acesta fiind cel îndreptățit să stabilească quantumul impunerilor și eventual să recunoască scutiri de la aceste obligații, lucru pe care îl subliniază și Curtea Constituțională în jurisprudența sa³⁵. Prin legiuitor, se înțelege atât Parlamentul, cât și legiuitor delegat (Guvernul), în formele și condițiile prevăzute de Constituție.

³⁰ A se vedea C. României, disponibilă pe Internet la adresa <https://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=339>, ultima dată consultată în data de 07.01.2022.

³¹ I. Vida, *Manual de legistică formală (introducere în tehnica și procedura legislativă)*, Editura Lumina Lex, București, 2004, p. 274.

³² Potrivit art. 120, alin. (1) din Constituția României: *Administrația publică din unitățile administrativ-teritoriale se întemeiază pe principiile descentralizării, autonomiei locale și deconcentrării serviciilor publice.*

³³ S. Gherghina, *op. cit.*, p. 1261.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Cu titlu de reper, a se vedea Decizia nr. 430/2012 a Curții Constituționale, M.Of. nr. 461 din 9.07.2012, disponibilă pe Internet la adresa <https://www.curierulfiscal.ro/2012/07/18/dcc-4302012-exceptia-de-neconstituționalitate-a-dispozițiilor-oug-nr-592010-pentru-modificarea-codului-fiscal/>, ultima dată consultată la data de 10.01.2023.

4. Sursele dreptului fiscal și așezarea acestora în contextul principiului legalității

În virtutea interpretărilor anterioare, pe lângă dispozițiile constituționale care servesc definirii sistemului bugetar și instituirii unor principii esențiale în materie financiar-fiscală, regimul juridic general aplicabil finanțelor publice este stabilit pe cale de legislație principală – lege, respectiv acte normative cu forță juridică egală legii.

În acest sens, punctăm actele normative care stabilesc cadrul general de stabilire, colectare și administrare a finanțelor publice: Legea nr. 500/2002 care stabilește cadrul legal referitor la bugetul de stat, Legea nr. 273/2006 care stabilește cadrul legal referitor la bugetele locale, Legea responsabilității fiscal-bugetare nr. 69/2020, care stabilește reguli și principii specifice pentru etapele procedurii bugetare, Codul fiscal³⁶, care reglementează veniturile publice, din perspectivă materială și Codul de procedură fiscală³⁷, care reglementează, sub aspect procedural, colectarea acestora. La acestea, se adaugă actele normative privitoare la chestiuni adiacente, punctuale, din sfera finanțelor publice: Legea nr. 215/2001, privind administrația publică locală, Legea nr. 95/2006 privind asigurările de sănătate, Legea nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi, etc.

Specific acestei materii este faptul că, cel puțin în ceea ce privește Codul fiscal și Codul de procedură fiscală, modificările legislative ulterioare adoptării acestora au fost majoritar realizate pe cale de delegare legislativă, de către Guvern.

Pe lângă legislația principală, sursă a dreptului fiscal sunt și o serie de acte normative secundare, care asigură punerea în aplicare a dispozițiilor legale în materie – cunoscute ca acte administrative de autoritate cu caracter normativ³⁸. În contrast cu actele legislative infraconstituționale, care creează norme juridice primare, actul administrativ este adoptat pentru executarea unor norme existente³⁹.

În această categorie includem hotărârile de Guvern prin care se aprobă norme metodologice, ordinele specifice ale președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală, ordinele specifice ale Ministerului Finanțelor Publice.

Asupra raportului dintre legislația primară și legislația secundară (cu caracter administrativ), nu s-a formulat o orientare constantă. De principiu, însă, se recunoaște că autoritățile de la care emană cele două tipuri de acte se află, din perspectiva principiului separației puterilor, unele în poziția de putere legiuitoare și celelalte pe poziția puterii executive. Această separație nu se mai realizează atunci când ambele acte emană de la Guvern, care se comportă atât ca autoritate legiuitoare (în virtutea delegării legislative, prin ordonanță), cât și ca autoritate de executare (fără să intervină prin aceste atribuții în sfera rezervată legiuitorului).

³⁶ Legea nr. 227/2015, M. Of. nr. 688 din 10.09.2015.

³⁷ Legea nr. 207/2015, M. Of. nr. 547 din 23.07.2015.

³⁸ R. Bufan, M. Bidoso, I. Cochintu, *op. cit.*, p. 199.

³⁹ *Idem.*

Linia de demarcare dintre cele două tipuri de acte (acte normative de reglementare primară și actele administrative de autoritate) este garantată, cel puțin teoretic, de principiul legalității, care împarte puterea de reglementare în „putere inițială și necondiționată” și o „putere derivată, secundară, condiționată”⁴⁰, subordonată puterii primare.

Actele administrative trebuie să fie emise în conformitate cu litera și spiritul legii și în limitele competenței ce îi sunt conferite autorității investite cu prerogative administrative. De asemenea, actele administrative trebuie să se limiteze la misiunea de interpretare și punere în executare a legii; luarea măsurilor de executare a legii și chiar interpretarea acesteia nu pot adăuga la lege, iar interpretul legii nu poate fi considerat creator de drept.

O categorie aparte de acte administrative sunt soluțiile fiscale individuale anticipate (acte administrative individuale), emise de ANAF în vederea soluționării unei cereri a contribuabilului la reglementarea unor situații fiscale de fapt viitoare⁴¹. Un astfel de act garantează contribuabilului că tratamentul fiscal aplicat pe calea unei soluții fiscale individuale anticipate nu va fi contestat cu prilejul unei inspecții fiscale.

Dacă actele administrative normative prin care se pun în aplicare dispozițiile legii (hotărâri de Guvern, ordine ale Ministerului Finanțelor Publice, ordine ale Președintelui ANAF) produc efecte *erga omnes*, soluția fiscală individuală își limitează efectele *inter partes*, putând fi invocată față de organul emitent al acesteia, respectiv ANAF.

De un astfel de regim este ținută sfera mai largă a doctrinei administrative, astfel cum este aceasta recunoscută potrivit art. 6 din Codul de procedură fiscală, respectiv: „(1) Organul fiscal este îndreptățit să aprecieze, în limitele atribuțiilor și competențelor ce îi revin, relevanța stărilor de fapt fiscale prin utilizarea mijloacelor de probă prevăzute de lege și să adopte soluția întemeiată pe prevederile legale, precum și pe constatări complete asupra tuturor împrejurărilor edificatoare în cauză raportat la momentul luării unei decizii. În exercitarea dreptului său de apreciere, organul fiscal trebuie să ia în considerare opinia emisă în scris de organul fiscal competent respectivului contribuabil/plătitor în cadrul activității de asistență și îndrumare a contribuabililor/plătitorilor, precum și soluția adoptată de organul fiscal în cadrul unui act administrativ fiscal sau de instanța judecătorească, printr-o hotărâre definitivă, emisă anterior, pentru situații de fapt similare la același contribuabil/plătitor.”

Astfel, legiitorul a recunoscut, din rațiuni de securitate juridică și predictibilitate, opozabilitatea față de organele de inspecție fiscală a răspunsurilor scrise elaborate de ANAF în exercitarea dreptului său de apreciere asupra unei situații particulare, prin activitatea de asistență și îndrumare pe care o derulează în raporturile cu contribuabilul, dar și a hotărârilor judecătorești pronunțate în favoarea contribuabilului pentru perioade fiscale anterioare.

⁴⁰ G. Burdeau, *apud*. I. Deleanu, *Drept constituțional și instituții politice*, Editura Europa Nova, București, 2002, p. 83.

⁴¹ Art. 52 din Codul de procedură fiscală.

Nu în ultimul rând, este important de punctat rolul Comisiei centrale fiscale în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor legale cu caracter fiscal și forța juridică atribuită activității pe care o desfășoară aceasta. Comisia centrală fiscală, constituită pe lângă Ministerul Finanțelor, funcționează sub egida OMFP nr. 688/2013,⁴² dar rolul său este definit de art. 5 din Codul de procedură fiscală care stabilește importanța implicării Comisiei în efortul de unificare a practicii prin decizii de aplicare unitară a dispozițiilor Codului fiscal, a Codului de procedură fiscală, a legislației subsecvente și a legislației care intră în sfera de competență a ANAF.

Comisia centrală fiscală emite decizii de interpretare, dar acestea se aprobă, potrivit dispozițiilor legale, prin ordin al Ministerului Finanțelor Publice – pentru acest motiv, forța juridică a deciziilor este imprimată de forța juridică a ordinelor în care aceste decizii sunt incorporate.

Așadar, din punctul de vedere al așezării ierarhice a actelor emise în dinamica fiscală, cel puțin din punct de vedere teoretic, prin raportare și la principiul legalității impunerii, cu consacrare constituțională, ordinea este corespunzător determinată, iar „supremația legii” comportă o recunoaștere generală.

În ciuda acestui aspect, de-a lungul timpului, s-a conturat o rezistență a autorităților cu atribuții administrative, cu origini probabile în perioada de dinainte de 1989, când exista o practică bine-cunoscută de ocolire a mecanismelor legislative inclusiv pentru reglementarea în domeniul fiscal⁴³, în recunoașterea acestei supremații, manifestată prin menținerea și proliferarea unor acte administrative „în disprețul legii”⁴⁴.

5. Provocări, constatări, critici

Din economia textelor constituționale care fac obiectul prezentului studiu, tragem concluzia că fondurile publice fac obiectul de reglementare al legii ordinare, ceea ce deschide drumul legiferării primare prin ordonanțe simple și ordonanțe de urgență ale Guvernului.

De asemenea, din jurisprudența extinsă a Curții Constituționale, din care am extras drept reper principalele considerente pe care aceasta le-a expus de-a lungul timpului în exercitarea controlului de constituționalitate asupra reglementărilor în materie fiscală adoptate la nivel infraconstituțional, cu aplecare deosebită și asupra rațiunilor care separă aceste reglementări de cele adoptate la nivel infralegal, extragem faptul că actele administrative de aplicare a legii trebuie să conțină detaliile necesare punerii în executare a acesteia, dar comportă interdicția de a adăuga la lege, de a contraveni spiritului și scopului pentru care legea a fost adoptată și de a îngrădi, fie și în cele mai mici proporții, drepturile conferite de lege.

⁴² Ordinul nr. 688 din 23 mai 2013 privind componența și funcționarea Comisiei fiscale centrale, M. Of. nr. 323 din 4.06.2013.

⁴³ R. Bufan, M. Bidoso, I. Cochintu, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁴ *Idem.*

Astfel, la o primă analiză, în temeiul argumentelor pe care le-am detaliat în cuprinsul lucrării, delegarea puterii de impunere către autoritatea executivă în baza unei legi de abilitare care stabilește limite clare de competență, dublată de aprobarea Parlamentului ulterior adoptării, este oportună și necriticabilă și chiar în deplin acord cu principiul legalității impunerii.

De altfel, cu prilejul unui examen de constituționalitate exercitat *a priori* de către Curtea Constituțională asupra Legii privind aprobarea Ordonanței Guvernului nr. 16/2022 pentru modificarea și completarea Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal, prin care s-au adus o serie de modificări regimului fiscal, inclusiv asupra modului de calcul al unor impozite și taxe locale, instanța constituțională a reluat, dar de această dată de manieră mult mai clară, reperatele pe care trebuie să le avem în vedere atunci când analizăm viziunea art. 139 din Constituție asupra noțiunii de lege și ierarhia pe care o stabilește legiuitorul constituant în rândul actelor normative.

Astfel, prin Decizia nr. 648/2022⁴⁵, Curtea ne lămurește cu prioritate asupra faptului că art. 115, alin. (1) din Constituție permite parlamentului să adopte legi speciale de abilitare a Guvernului pentru a emite ordonanțe în domenii care nu sunt rezervate legii organice, stabilind, în mod obligatoriu, domeniul și data până la care Guvernul are abilitarea de a legifera prin ordonanțe.

Ordonanța nr. 16/2022 a fost emisă în temeiul Legii nr. 186/2022, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 617 din 23 iunie 2022, astfel că Guvernul a primit *expressis verbis* abilitarea de a reglementa măsuri financiar-fiscale și bugetare și de a modifica Codul fiscal.

În continuare, Curtea, trimițând la decizii mai vechi pe care le-a adoptat, arată că este posibil ca o lege organică să cuprindă și norme de natura legii ordinare, fără ca acestea să capete natură de lege organică, motiv pentru care criteriul materiale este cel definitoriu pentru a analiza apartenența unei reglementări la categoria legilor ordinare sau organice.

Pentru acest motiv, se constată prin considerente că Ordonanța nr. 16/2022 modifică și completează dispoziții din Codul fiscal care nu conțin norme de natura legii organice (nu se referă nici la regimul juridic general al proprietății, nici la organizarea administrației publice locale, nici la regimul general privind raporturile de muncă și nu reglementează nici infracțiuni din domeniul fiscal și economic), motiv pentru care nu se aduce atingere nici art. 73 din Constituție.

Cu referire la art. 139 din Constituție, Curtea trimite la dispozițiile alin. (2), despre care se indică în motivarea obiecției de neconstituționalitate că ar fi fost încălcate prin ordonanță, în interpretarea căroră arată că norma constituțională instituie o competență a consiliilor locale sau județene de a stabili taxe și impozite locale, cu condiția ca acestea să fie „în limitele și în condițiile legii”. Prin urmare, instanța constituțională subliniază încă o dată că art. 139 alin. (2) împletește deopotrivă principiul legalității impunerii și principiul autonomiei locale.

⁴⁵ Decizia nr. 648 din 14 decembrie 2022, M. Of. nr. 1219 din 19.12.2022.

Dincolo de aspectele teoretice, care ar trebui să determine o aplicare practică lină a principiului legalității impunerii, în perspectiva delimitării atribuțiilor pe care autoritatea legislativă și autoritatea executivă le dețin în procesul de legiferare, mecanismul delegării legislative generează dificultăți.

O primă problemă pe care o generează interpretarea largă a noțiunii de lege și trimiterile la instituția delegării legislative (cu atribuirea, în condițiile existenței unei legi de abilitare, a unei puteri subsidiare de legiferare în sarcina Guvernului) derivă chiar din procedura descrisă anterior și din asocierea principiului legalității cu un alt principiu esențial din sfera constituțională⁴⁶.

Astfel, potrivit art. 115 alin. (1) din Constituție, Parlamentul poate adopta o lege specială de abilitare a Guvernului pentru a emite ordonanțe în domenii care nu fac obiectul legii organice, iar legea de abilitare trebuie să cuprindă în mod obligatoriu domeniul și data până la care se pot emite ordonanțe – dacă legea o cere, ordonanțele se supun aprobării Parlamentului.

O situație particulară se întrevinde atunci când legea de abilitare nu instituie necesitatea de aprobare a ordonanței Guvernului de către Parlament, ceea ce generează extinderea efectelor juridice produse de ordonanță și după momentul în care se împlinește termenul de delegare legislativă.

O altă dificultate pe care o generează procedura delegării legislative este legată de aprobarea cu întârziere a ordonanței Guvernului de către Parlament⁴⁷, ceea ce generează incertitudini sub aspectul principiului legalității – dincolo de faptul că, politic, Guvernul este o emanație a Parlamentului și că aparenta legitimitate a reglementării adoptate astfel derivă din controlul pe care Parlamentul îl exercită asupra actelor normative emise de Guvern, prin aceea că tot reprezentanții aleși ai contribuabililor se pronunță, ca mecanism subsidiar, asupra reglementării – perioada îndelungată de timp de care, în anumite situații, autoritatea legiuitoare are nevoie pentru aprobarea unei ordonanțe, determină aplicarea provizorie a unor dispoziții fără ca acestea să fie supuse verificării de către reprezentanții investiți prin vot de contribuabili.

Cea mai stringentă problemă pe care o ridică mecanismul delegării este situația în care Parlamentul respinge prin lege o ordonanță adoptată de executiv, având în vedere că securitatea juridică impune ca principiu de bază în derularea raporturilor dintre stat și contribuabil neretroactivitatea legii.

Neretroactivitatea legii prin care Parlamentul respinge o ordonanță adoptată de executiv determină definitivarea raporturilor juridice născute în perioada în care ordonanța și-a produs efectele. Astfel, raportul juridic respectiv, izvorât dintr-o reglementare a executivului, infirmată ulterior de legislativ, se definitivează și pune problema legitimității acestei situații.⁴⁸ Practic, un „conflict” normativ intervenit în mecanismul delegării lipsește de esență principiul legalității impunerii, pentru că nu mai putem discuta despre o legitimare a

⁴⁶ Neretroactivitatea legii, principiu consacrat de art. 15, alin. (2) din Constituția României.

⁴⁷ Un exemplu în acest sens a fost O.G. nr. 70/1994, care a reglementat impozitul pe profit în perioada 1995-1996, transformându-se în lege în anul 1996 și intrând în vigoare abia în 1997.

⁴⁸ Pentru opinie similară, a se vedea D. Drosu Șaguna, *op. cit.*

dispozițiilor care reglementează raporturile juridice în perioada în care aceste dispoziții nu au fost supuse verificării de către Parlament.

Este o soluție, raportat la specificul acestei dificultăți, introducerea în legea de respingere a unor dispoziții care să cuprindă măsuri pentru reglementarea situațiilor juridice apărute în perioada în care ordonanța era aplicabilă? În ce măsură acest lucru este compatibil cu exigențele neretroactivității?

În contextul principiului legalității impunerii, în materie fiscală, aceste dileme sunt cu atât mai stringente cu cât pun în discuție și consimțământul la impozit, derivat din încrederea pe care contribuabilul o investește în Parlament, autoritate care invalidează un act normativ cu forță juridică similară legii, adoptat de Guvern.

O altă provocare este generată de ușurința cu care Guvernul adoptă ordonanțe de urgență în situații care nu justifică caracterul extraordinar. Prin Decizia nr. 15 din 25 ianuarie 2000⁴⁹, Curtea Constituțională a statuat că „posibilitatea Guvernului ca, în cazuri excepționale, să poată adopta ordonanțe de urgență, în mod limitat, chiar în domeniul rezervat legii organice, nu poate echivala cu un drept discreționar al Guvernului și, cu atât mai mult, această abilitare constituțională nu poate justifica abuzul în emiterea ordonanțelor de urgență. Posibilitatea executivului de a governa prin ordonanțe de urgență trebuie să fie, în fiecare caz, justificată de existența unor situații excepționale⁵⁰, care impun adoptarea unor reglementări urgente”.

Curtea Constituțională a stabilit că Guvernul poate adopta ordonanțe de urgență dacă sunt îndeplinite cumulativ trei condiții: există o situație extraordinară, reglementarea acesteia nu poate fi amânată, urgența este motivată în cuprinsul ordonanței.

Mai mult, prin Decizia nr. 421 din 2007⁵¹, Curtea a subliniat că „urgența reglementării nu echivalează cu existența situației extraordinare, reglementarea operativă putându-se realiza și pe calea procedurii obișnuite de legiferare”.

Apreciem că situația extraordinară este dificil de delimitat în practică, aspect confirmat și de faptul că însăși Curtea găsește această misiune ca fiind dificilă, dovadă în acest sens fiind existența numeroaselor situații în care membri ai Curții și-au exprimat opinii separate, diferite de concluzia majoritară, pe acest subiect⁵².

Sub pretextul acestei delegări constituționale pe care o recunoaște legea supremă, Guvernul a legiferat prin ordonanțe de urgență în numeroase situații,

⁴⁹ Decizia nr. 95 din 8 februarie 2006 a Curții Constituționale, M. Of. nr. 177 din 23.02.2006, disponibilă pe Internet la adresa <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/69297>, ultima dată consultată în data de 10.01.2023.

⁵⁰ După revizuirea Constituției, sintagma „excepționale” a fost înlocuită cu sintagma „extraordinare”.

⁵¹ Decizia nr. 421 din 9 mai 2007, M. Of. nr. 367 din 30.05.2007, disponibilă pe Internet la adresa <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/82440>, ultima dată accesată în data de 10.01.2023.

⁵² A se vedea Decizia CCR nr. 15 din 2000, Decizia CCR nr. 255 din 2005, respectiv Decizia CCR nr. 447/2013.

fără să fie întrunit caracterul extraordinar, inclusiv în materie de scutiri și reduceri de impozite. Preambulul tuturor acestor ordonanțe s-a întemeiat mai mult pe pretexte, decât pe motive întemeiate care să justifice o situație extraordinară – din punctul nostru de vedere, alinierea la legislația Uniunii Europene, necesitatea de acoperire a scăderii veniturilor colectate la bugetul general consolidat și alte asemenea motive, nu întrunesc exigențele urgenței.

În virtutea acestui fapt revine executivului îndatorirea de a manifesta prudență și măsură în intervențiile pe care le are în activitatea de legiferare pe calea ordonanței de urgență. În materie financiar-fiscală, prudența este motivată și de faptul că inflația de ordonanțe de urgență prin care Guvernul se substituie Parlamentului ca autoritate legiuitoare în stabilirea de taxe, impozite și contribuții, inversează raportul regulă-excepție în materie de reglementare.

Provocarea care derivă din această inversare este mutația pe care o suferă principiul legalității impunerii, care încetează a mai fi un principiu întemeiat pe reprezentativitate, pe legitimarea puterii de impunere plecând de la investirea unei autorități prin vot, iar acest aspect zădărnicește toate eforturile pe care istoric contribuabilii le-au depus pentru a le fi validat consimțământul prin reprezentare.

Principiul consimțământului la impozit, în forma sa incipientă și varianta sa modernă, transpusă în principiul legalității impunerii, sunt garanții ale proprietății și condiție *sine qua non* pentru protejarea libertății, așa cum ne lămurea Rousseau, dar aplicarea deficitară a acestora sau ignorarea sistematică esenței lor poate conduce în timp la atenuarea constrângerilor constituționale și, în perspectivă, la instabilitate și insecuritate juridică, ceea ce expune substanțial contribuabilul.

Mergând mai departe cu raționamentul, având în vedere că executivul are atribuții în procesul de aplicare a dispozițiilor legale – prin emiterea de acte administrative în vederea aplicării normelor fiscale incluse în legi și ordonanțe, în care este obligat să se limiteze la cadrul unei aplicări funcționale, fără să modifice sensul normei fiscale legale⁵³ – relaxarea cu care este privită implicarea Guvernului în activitatea de reglementare poate să conducă în timp la dispariția graniței, și așa discutabil respectată în evoluția sa după 1989, de când putem discuta de exigențele unei democrații, ordonanțe și hotărâri ale Guvernului.

Astfel, normele juridice pot genera interpretări arbitrare, desprinse din normele metodologice (de aplicare), care să conducă la concluzia că actele administrative emise de Guvern nu doar că detaliază dispozițiile legale, ci constituie în fapt, pe cale de interpretare, chiar acte normative cu forță juridică similară legii.

Concluzii

În debutul prezentului studiu, anticipam cu titlu eminent retoric existența unui paradox: concepția lui Rousseau despre lege, în contextul libertății

⁵³ R. Bufan, M. Bidoso, I. Cochintu ș.a, *op. cit.*, p. 112.

cetățeanului, este deopotrivă făuritoare de fericire și de blestem. Legea reprezintă, în esența sa, un garant al drepturilor contribuabilului, al protecției sale față de o impunere nelegitimă, dar poate să se transforme, în spiritul unei interpretări nepotrivite a dispozițiilor sale sau al diluării separației dintre puterile statului, în raport de competențe, în cel mai vehement element potrivit.

În virtutea certitudinii că obligațiile fiscale stabilite în sarcina contribuabilului trebuie să fie emanația propriului său consimțământ, exprimat direct sau prin reprezentanții aleși de către acesta, sub forma unor acte normative care să respecte exigențele democratice și ierarhia autorităților în stat, considerăm că este de dorit ca principiul legalității impunerii să-și păstreze specificul original dobândit prin revendicările din Magna Carta, iar asta presupune ca executivul să manifeste maximă prudență și minimă implicare în activitatea de legiferare.

Referințe

- Bouvier M., *Le consentement de l'impôt : les mutations du citoyen-contribuable*, 2018.
- Bufan R., Bidoso M., Cochintu I. ș.a., *Tratat de drept fiscal. Volumul I. Teoria generală a dreptului fiscal*, Editura Hamangiu, București, 2016.
- Carpenter C., *Magna Carta: With a New Commentary by David Carpenter*, Editura Penguin Books Ltd, 2015.
- Costea I.M., *Drept financiar. Note de curs*, ed. a VIII-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, 2023.
- Crennan S., *Magna Carta, Common Law Values and the Constitution*, în *Melbourne University Law Review*, vol. 39.331/2014.
- Deleanu I., *Drept constituțional și instituții politice*, Editura Europa Nova, București, 2002.
- Drosu Șaguna D., *Drept financiar public*, ed. a VI-a, Editura C.H. Beck, București, 2017.
- Demir M., Onder R., *The principle of legality of the taxes: an evaluation on Turkey and the selected countries*, International Public Finance Conference, 2019.
- Evans M., Jack I., *Sources of English Legal and Constitutional History*, Butterworths-Heinemann, 1984.
- Găină A. M., *Principiile dreptului fiscal – fundament al impunerii fiscale*, în *Revista Științe Juridice* nr. 92/2008.
- Gherghina S., *Comentariu art. 139*, în Muraru I., Tănăsescu E.S., ș.a., *Constituția României. Comentariu pe articole*, ed. a III-a rev. și ad., Editura C.H. Beck, București, 2022.
- Gherghina S., *Drept financiar public*, Editura C.H. Beck, București, 2019.
- Passant J., *Tax and the Forgotten Classes: from the Magna Carta to the English Revolution*, în *The Australasian Accounting Business and Finance Journal*, vol. 10/2016.
- Rousseau J.J. *Lettres écrites de la montagne*, în *Collection complète des oeuvres*, Geneva, 1780-1789, vol. 4.
- Vida I., *Manual de legistică formală (introducere în tehnica și procedura legislativă)*, Editura Lumina Lex, București, 2004.

Considerații critice referitoare la unele reglementări și soluții ale jurisprudenței naționale obligatorii în materie penală privind forme de manifestare a pluralității infracționale

Critical considerations regarding some regulations and mandatory national solutions in criminal matters regarding forms of manifestation of the plurality of offences

Mihai Dunea¹

Rezumat: Materia pluralității de infracțiuni cunoaște reglementări generoase în legislația penală actuală din România, existând, totodată, preocupări constante manifestate în domeniu și prin pronunțarea unor decizii obligatorii ale Curții Constituționale sau ale instanței supreme. Cu toate acestea, se poate observa că materia în cauză nu este nici pe departe epuizată legislativ (existând forme de pluralitate infracțională nereglementate expres), respectiv că se pot formula critici întemeiate referitoare la unele din soluțiile / argumentările identificate, în acest sens, în jurisprudența națională obligatorie. Prezentul material își propune să prospecteze / reia, selectiv, parte din aceste din urmă aspecte, pe marginea cărora se pot contura fecunde discuții doctrinare, fie în scopul lămuririi unor probleme, fie în vederea sesizării asupra existenței altora. Importanța instituției pluralității de infracțiuni, inclusiv prin efectele produse asupra situației persoanelor apte de tragere la răspundere penală, legitimează demersul de aprofundare și clarificare a unor aspecte teoretice și practice specifice acesteia, în vederea optimizării normative și a corijării unor derapaje apărute, în mod regretabil, în jurisprudența obligatorie a domeniului.

Cuvinte-cheie: pluralitate de infracțiuni, legislație penală perfectibilă, jurisprudență obligatorie criticabilă.

Abstract: The domain of the plurality of offences has generous regulations in the current Romanian criminal legislation, while there are also constant concerns expressed in this field by the pronouncement of binding decisions from the Constitutional Court or the Supreme Court of Romania. However, it can be observed that the matter in question is far from exhausted legislatively (there are forms of plurality of offences that are not expressly regulated), respectively that well-founded criticism can be formulated regarding some of the solutions / arguments identified, in this sense, in the mandatory national

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: mihai.dunea@uaic.ro.

jurisprudence. The present material aims to prospect / resume, selectively, part of these latter aspects, on the side of which fertile doctrinal discussions can be shaped, either in order to clarify some problems, or in order to notice the existence of others. The importance of the criminal institution of plurality of offences, including the effects produced upon persons capable of being held criminally liable, legitimizes the deepening and clarifying approach regarding some theoretical and practical aspects specific to it, in order to optimize the regulations and to correct some regrettable slippages that appeared in the mA.tory jurisprudence of this area.

Key words: plurality of offences, perfectible criminal legislation, mA.tory jurisprudence that can be criticized.

Preliminarii

În materie juridică, conceptul de „pluralitate” este, probabil, unul dintre cele mai dinamice și versatile dintre conceptele întrebuintate în procesul de reglementare a relațiilor sociale. Fecunditatea sferei de cuprindere a noțiunii de „pluralitate” este probată de implicațiile particulare pe care le are aceasta în numeroase și eterogene ramuri de drept. Desigur că una dintre modalitățile de manifestare cele mai importante sub care mecanismele acestui concept se pot înfățișa în domeniul dreptului aparține sferei penale de referință. Acest impact aparte se datorează, în mare măsură, efectelor pe care le poate genera, sub aspectul intensității presiunii manifestate în procesul de tragere la răspundere penală, reținerea unei forme a pluralității de infracțiuni în sarcina unei persoane, prin comparație cu ipoteza sancționării penale a respectivului făptuitor (doar) pentru o formă a unității de infracțiune.

Desigur, fațetele sub care se înfățișează conceptul de „pluralitate” în domeniul dreptului penal nu se restrâng la analiza formelor de manifestare specifice pluralității de infracțiuni. Subiectul este vast, putând fi abordat, spre exemplu, (și) din prisma pluralității de infractori / făptuitori, ori din perspectiva manifestării pluralității faptice (pluralității aparente) în cadrul instituției unității de infracțiune etc. Cadrul de analiză prezent nu ne permite, însă, decât o abordare secvențială a implicațiilor noțiunii de *pluralitate* în sfera juridico-penală, iar opțiunea noastră se îndreaptă, la acest moment, către dimensiunea generoasă pe care o presupun parte dintre mecanismele pluralității de infracțiuni.

Reacția represivă mai intensă a societății, reprezentată de stat (prin organele sale specializate), față de o persoană ale cărei manifestări ilicite, din punct de vedere penal, se încadrează în sfera pluralității infracționale (iar nu în aceea a unității de infracțiune) este firească, în primul rând ca o reflecție a pericolozității sociale sporite pe care o implică, de regulă, săvârșirea unei pluralități de fapte penale, de către aceeași persoană, prin comparație cu ipoteza comiterii, de către aceasta, a unei infracțiuni unice.² De aici decurge, la fel de

² C-tin Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, ed. a IV-a, Editura Universul Juridic, București, 2022, p. 328; F. Streteanu, Daniel Nițu, *Drept penal. Partea generală (curs universitar)*, Vol. II, Editura Universul Juridic, București, 2018, p. 86; M.I. Mărculescu-Michinici, M.

firesc, faptul că majoritatea formelor sub care este posibilă manifestarea pluralității infracționale se încadrează, din perspectiva naturii juridice, în domeniul cauzelor (stărilor) generale de agravare a răspunderii penale. Într-adevăr, ținând cont de prevederile legale exprese în materia regimului sancționator specific diverselor forme de pluralitate de infracțiuni reglementate de legislația penală română contemporană, este general admisă în doctrină aprecierea că acestea constituie cauze de agravare³, ceea ce în materia unității de infracțiune nu se poate afirma decât în considerarea unei singure forme (din șapte⁴) sub care se poate înfățișa aceasta, anume: infracțiunea continuată⁵. În susținerea acestei perspective constante a literaturii de specialitate, receptată ca atare în practica judiciară, sunt de invocat și dispoziții legale exprese, anume cele cuprinse în art. 79 alin. 2 Cod penal⁶.

Dunea, *Drept penal. Partea generală - curs teoretic în domeniul licențe (I)*, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 774.

³ În acest sens, a se vedea, de exemplu: M.I. Michinici, M. Dunea – în T. Toader, M.I. Michinici, R. Răducanu, A. Crișu-Ciocintă, S. Rădulețu, M. Dunea, *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 105. Unele nuanțe sunt evidențiate de către o parte a doctrinei, în valorificarea unor perspective particulare de abordare a regimului sancționator al anumitor forme de pluralitate de infracțiuni, poziții în lumina cărora se poate contura și o perspectivă diferită (respectiv aceea că parte din formele pluralității infracționale ar conduce, în fapt, la diminuarea / atenuarea răspunderii penale a infractorilor care au comis multiple fapte penale, în măsura în care nu se adoptă față de aceștia sistemul sancționator al cumulului aritmetic, ori un sistem sancționator care să conducă la rezultate și mai drastice decât cele implicate de cumularea aritmetică a sancțiunilor penale individuale aferente fiecăreia dintre infracțiunile comise). Aceste exerciții de logică juridică nu modifică însă aprecierea general acceptată (și susținută legislativ) potrivit căreia atât concursul de infracțiuni, cât și recidiva, respectiv pluralitatea intermediară de infracțiuni constituie cauze (stări) de agravare a răspunderii penale. Pentru dezvoltări în materie, a se vedea – F. Streteanu, *Concursul de infracțiuni*, Editura Lumina Lex, București, 1999, pp. 53, 54.

⁴ Avem în vedere cele trei categorii de infracțiuni convențional apreciate drept forme de manifestare ale unității naturale de infracțiune: infracțiunea simplă, infracțiunea continuă și (dincolo de controversele arhicunoscute) infracțiunea deviata; respectiv cele patru tipuri de infracțiuni general enunțate ca dând conținut conceptului de unitate legală de infracțiune, anume: infracțiunea continuată, infracțiunea complexă, infracțiunea de obicei și infracțiunea progresivă.

⁵ Potrivit art. 36 alin. 1 C. pen. se consacră natura juridică a infracțiunii continuate drept cauză (stare) legală și generală de agravare facultativă a răspunderii penale, prevăzându-se că: „Infracțiunea continuată se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită, al cărei maxim se poate majora cu cel mult 3 ani în cazul pedepsei închisorii, respectiv cu cel mult o treime în cazul pedepsei amenzii”. Atestarea acestei naturi juridice a infracțiunii continuate se realizează și prin dispozițiile cuprinse în art. 79 alin. 2 C. pen.

⁶ Codul penal al României este reprezentat de Legea nr. 286/2009, publicată în Monitorul Oficial nr. 510 din 2009 (în vigoare din 1 februarie 2014). Prevederile cuprinse în art. 79 alin. 2, cu denumirea marginală „Concursul între cauze de atenuare sau de agravare” dispun după cum urmează: „Dacă sunt incidente două sau mai multe dispoziții care au ca efect agravarea răspunderii penale, pedeapsa se stabilește prin aplicarea succesivă a dispozițiilor privitoare la circumstanțe agravante, infracțiune continuată, *concurș* sau *recidivă*” [s.n.-M.D.]. În finalul dispoziției legale este evidentă indicarea concursului de infracțiuni și a recidivei, instituții având natura juridică de forme ale pluralității de infracțiuni (deși acestea nu sunt singurele instituții care prezintă această natură juridică). Există opinia că, deși textul legal precitat nu face referire expresă și la instituția pluralității intermediare de infracțiuni, aceasta este implicit avută în vedere de către legiuitor cu titlu de cauză

Este însă de subliniat – și cu această ocazie – că formele de manifestare sub care este posibil a se înfățișa pluralitatea de fapte penale nu se reduc doar la concursul de infracțiuni, recidivă și pluralitatea intermediară de infracțiuni. Acestea reprezintă forme expres reglementate de către legiuitor, atât din punct de vedere al denumirii, cât și al condițiilor de existență și al regimului sancționator specific aplicabil.⁷ Alături de acestea se mai configurează și alte forme, denumite de către o parte a doctrinei: *pluralitate sui-generis* de infracțiuni (incidentă în cazul infractorilor minori – cel puțin la data comiterii celei dintâi infracțiuni – ca formă postcondamnatorie / posibil și postexecutorie de pluralitate infracțională, prin raportare la o primă infracțiune pentru care s-a aplicat definitiv o măsură educativă⁸), respectiv: *pluralitate nenumită* de infracțiuni (existentă în ipoteza în care, după executarea / considerarea ca executată a unei pedepse anterioare, dar anterior reabilitării / împlinirii termenului de reabilitare, fostul condamnat săvârșește o nouă infracțiune, fără a fi însă întrunite condițiile recidivei postexecutorii⁹).

Realitatea existenței acestor forme specifice sub care se poate manifesta, de asemenea, pluralitatea de infracțiuni, nu este cu nimic știrbită de împrejurarea că legiuitorul nu le conferă o denumire expresă ori o reglementare prin care să le consacre formal condițiile de existență / reținere. În plus, se poate afirma chiar că

(stare) generală de agravare a răspunderii penale, din moment ce, potrivit dispozițiilor cuprinse în art. 44 alin. 2 C. pen., în sancționare, aceasta împrumută (ca regulă) regimul sancționator specific concursului de infracțiuni, la care legiuitorul face referire expresă în art. 79 alin. 2 C. pen.

⁷ A se vedea, în acest sens, dispozițiile cuprinse în Codul penal la articolele 38-45 (raportat la ipoteza standardului de subiect activ al infracțiunii: persoana fizică majoră), dar și acelea inserate în cuprinsul art. 128 și 129 alin. 1 (pentru situația infractorilor minori), respectiv al art. 146 și 147 (raportat la infractorul – persoană juridică).

⁸ Astfel, regimul sancționator specific infractorilor minori, care presupune diferențierea în sancționare față de situația infractorilor majori, prin aplicare de sancțiuni penale specifice – măsurile educative, iar nu de pedepse (potrivit dispozițiilor cuprinse în art. 114 C. pen.), face imposibilă în cazul acestora îndeplinirea condițiilor de existență ale recidivei sau pluralității intermediare de infracțiuni (care solicită o primă condamnare la o *pedeapsă* – potrivit prevederilor din art. 41, respectiv 44 C. pen.), în ipoteza săvârșirii unei noi infracțiuni după aplicarea măsurii educative pentru o infracțiune anterioară, definitiv judecată (fie înainte de executarea / considerarea ca executată a măsurii educative respective, fie chiar și după respectivul moment). Fără doar și poate, însă, această ipoteză evidențiază, pentru infractorul respectiv, manifestarea unei pluralități infracționale, iar nu a unei unități de infracțiune. Cum această formă specifică de pluralitate infracțională nu se poate încadra în niciuna dintre cele expres reglementate ca denumire și condiții de existență de către legiuitor, ea este identificată în (parte din) doctrina penală sub denumirea de *pluralitate sui-generis* de infracțiuni. În acest sens a se vedea: M.I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *op. cit.*, p. 776-778.

⁹ Situația desemnează o formă de pluralitate de infracțiuni similară pluralității intermediare, cu diferența că aceasta din urmă se naște în condițiile comiterii unei noi infracțiuni fără a se verifica o recidivă postcondamnatorie (noua infracțiune este comisă înainte de executarea / considerarea ca executată a pedepsei anterior definitiv aplicate), în timp ce pluralitatea nenumită desemnează comiterea unei noi infracțiuni fără a se verifica o recidivă postexecutorie. În acest sens, a se vedea: M.I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea: *op. cit.*, pp. 778, 779. Noțiunea de *pluralitate nenumită de infracțiuni* este utilizată în parte a doctrinei și într-un sens care cumulează sensul ante-indicat al conceptului precum și ipotezele descrise anterior sub denumirea de *pluralitate sui-generis* de infracțiuni – în acest sens: F. Streteanu, D. Nițu: *op. cit.*, p. 87.

legiuitorul nu le ignoră în mod complet, putându-se identifica unele dispoziții penale generale care le reglementează, direct sau indirect, cel puțin sub aspectul efectelor produse în urma manifestării lor (așadar, din punct de vedere al regimului sancționator).¹⁰

Din nefericire (după cum vom indica în continuare [și] pe parcursul prezentului articol), uneori însăși existența acestor forme posibile de manifestare a pluralității de infracțiuni este ignorată, cu efecte dintre cele mai grave apte a se produce în materie juridico-penală (sens în care subliniem, încă odată, importanța recunoașterii existenței lor, separat de împrejurarea că legea nu le denumeste expres / nu consacră o reglementare formală condițiilor lor de existență!).

În coerența reglementărilor privind pluralitatea de infracțiuni se strecoară, însă, uneori - sincope / fracturi logice, care pot conduce la soluții necorelate, ori chiar absurde. Asemenea derapaje pot fi uneori imputate legiuitorului, altele sunt rezultatul impactului produs de soluțiile jurisprudenței naționale obligatorii. În articolul de față ne propunem să le (re)trecem în revistă pe unele dintre ele, în speranța că sesizări suficiente provenind din partea literaturii de specialitate se vor acumula, la un moment dat, într-o masă critică suficientă pentru a motiva / sensibiliza legiuitorul să intervină, adoptând o atitudine activă de asanare a legislației în vederea acoperirii acestor „scăpări”, pentru o firească revenire la normalitate...

Astfel, în rândurile ce urmează, vom adresa, pe scurt, de o manieră critică, următoarele chestiuni pe care le apreciem a reprezenta probleme actuale legate de pluralitatea de infracțiuni:

- eterogenitatea sancționării stării de recidivă postcondamnatorie după cum infractorul recidivist este o persoană fizică ori o persoană juridică;
- eterogenitatea priorității în sancționare a formelor cumulate de pluralitate de infracțiuni reprezentate de concurs și recidivă, atunci când apare un concurs de infracțiuni în stare de recidivă postcondamnatorie sau (după caz) postexecutorie (în general, precum și cu aplecare asupra ipotezei speciale privind eterogenitatea soluțiilor prin raportare – din nou – la perspectiva infractorilor persoane fizice, respectiv a persoanelor juridice);
- absurditatea unor dispoziții legale în materie de sancționare a persoanei juridice pentru unele infracțiuni, prevederi prin a căror corelare se ajunge la manifestarea recidivei drept *cauză de atenuare* (!) a răspunderii penale;
- caracterul controversat / controversabil al unor ipoteze de coexistență a unui concurs de infracțiuni, cu forme eterogene de vinovăție, în primul termen al unei (discutabile) stări de recidivă;

¹⁰ În acest sens, a se vedea – pentru pluralitatea *sui-generis* de infracțiuni, dispozițiile cuprinse în Codul penal la art. ...; pentru *pluralitatea nenumită* de infracțiuni, putem invoca dispoziția de la art. 74 alin. 1 lit. e) C. pen., care, în materia criteriilor generale de individualizare a pedepsei (a răspunderii penale), indică (printre altele) și criteriul reprezentat de „*natura și frecvența infracțiunilor care constituie antecedente penale ale infractorului*”, în cadrul căruia se poate considera efectuată referirea implicită și la instituția pluralității nenumite de infracțiuni.

- criticabila soluție obligatorie impusă de instanța supremă printr-o decizie pronunțată în soluționarea unui recurs în interesul legii (Decizia RIL nr. 7/2020 a ÎCCJ) în ipoteza sancționării unor situații în care s-ar cumula concursul de infracțiuni și starea de pluralitate intermediară de infracțiuni;
- criticabila soluție obligatorie impusă de către Curtea Constituțională a României (prin Decizia nr. 601/2018) în materia sancționării unui infractor major care comite o nouă infracțiune (pentru care este sancționat cu pedeapsa închisorii) după o alta, săvârșită în timpul minorității (pentru care a fost sancționat cu măsură educativă privativă de libertate), din perspectiva existenței unei pluralități *sui-generis* de infracțiuni – soluție care conduce, în anumite situații, la stimularea / încurajarea la comiterea unei noi infracțiuni, în speranța că infractorul va obține o situație juridică mai favorabilă decât aceea în care se află deja...

Problema eterogenității soluțiilor privind sancționarea stării de recidivă postcondamnatorie după cum infractorul recidivist este o persoană fizică ori o persoană juridică

Regula actuală în materia sancționării recidivei postcondamnatorii în legislația penală din România este reprezentată de sistemul cumulului aritmetic: pedeapsa stabilită pentru noua infracțiune și pedeapsa definitiv aplicată pentru infracțiunea anterioară, sau - după caz - restul rămas de executat din această pedeapsă la momentul comiterii noii infracțiuni se cumulează (se adaugă una alteia), condamnatul urmând a executa rezultanta astfel obținută. În acest sens se dispune atât în materie de sancționare a recidivei în care se găsește un infractor persoană fizică (art. 43 alin. 1-3 C. pen.), cât și în ipoteza în care infractorul recidivist ar fi o persoană juridică (art. 146 alin. 3 C. pen.).¹¹

Diferența o reprezintă limitele de pedeapsă prevăzută de lege (pedeapsa abstractă) între care urmează a se stabili pedeapsa concretă pentru infracțiunea comisă în stare de recidivă postcondamnatorie. Astfel, în ipoteza persoanei fizice, acestea sunt limitele obișnuite ale respectivei pedepse prevăzute de lege pentru infracțiunea nou comisă (practic: la momentul stabilirii pedepsei pentru infracțiunea comisă în stare de recidivă, instanța ar trebui cumva să ignore starea de recidivă existentă, pentru a nu agrava de două ori răspunderea penală a infractorului pe același motiv; valorificarea existenței stării de recidivă postcondamnatorie urmează a interveni, în această ipoteză, abia ulterior stabilirii pedepsei pentru infracțiunea comisă în stare de recidivă, în momentul etapei secunde de sancționare, atunci când instanța, adăunând pedepsele celor doi termeni ai recidivei, determină pedeapsa rezultantă – procedeu în care rolul său este minim: efectuarea unei operațiuni matematice de adunare). Aceasta, spre deosebire de

¹¹ Acest sistem, dintr-o anumită perspectivă, ar reprezenta consecința firească a comiterii unei pluralități de infracțiuni, fără a marca o veritabilă agravare a răspunderii penale (care ar semnifica doar o reacție represivă mai intensă decât cea bazată pe simpla adăunare a unor pedepse stabilite separat pentru două infracțiuni succesive – spre exemplu, un spor peste suma celor două pedepse).

Considerații critice referitoare la unele reglementări și soluții ale jurisprudenței naționale

ipoteza apariției unei noi infracțiuni în stare de recidivă postexecutorie, unde valorificarea existenței stării de recidivă apare din start, existând doar o singură etapă de sancționare – stabilirea pedepsei individuale aferentă infracțiunii nou comise, între limitele majorate cu jumătate ale pedepsei prevăzute de lege pentru aceasta (art. 43 alin. 5 C. pen.).¹²

Spre deosebire de această soluție, în cazul persoanei juridice, atât în caz de recidivă postcondamnatorie, cât și de recidivă postexecutorie, sancționarea se realizează prin parcurgerea cu prioritate a etapei de majorare a limitelor pedepsei (amenzii) prevăzute de lege pentru infracțiunea comisă în stare de recidivă (art. 146 alin. 2 C. pen.)¹³, abia ulterior trecându-se (doar) în cazul recidivei postcondamnatorii, la adăugarea pedepsei concrete astfel stabilite pentru noua infracțiune cu pedeapsa stabilită prin hotărâre definitivă pentru infracțiunea din primul termen al recidivei / cu restul rămas de executat din această pedeapsă la momentul comiterii noii infracțiuni. Așadar, în această ipoteză, sistemul cumulului aritmetic este prevăzut doar ulterior unei prealabile majorări a pedepsei abstracte incidente pentru infracțiunea comisă în stare de recidivă (ceea ce evidențiază o veritabilă cauză de agravare a răspunderii penale, din toate perspectivele de abordare).

În opinia noastră, această neomogenitate în sancționarea recidivei postcondamnatorii, după cum subiectul activ al infracțiunilor comise este o persoană fizică (regim mai blând de sancționare) sau o persoană juridică (regim mai sever de sancționare) nu este justificată (ba este chiar discriminatorie, prin urmare: criticabilă). Împrejurarea că în cazul persoanei juridice este vorba despre pedeapsă pecuniară, pe când, în cazul persoanei fizice este, cel mai adesea (dar nu în mod necesar¹⁴) vorba despre o pedeapsă privativă de libertate, nu credem că

¹² Din perspectiva logică anterior configurată de o parte a doctrinei, doar sistemul sancționator aferent recidivei postexecutorii ar reprezenta, în cazul persoanei fizice, manifestarea unei veritabile cauze de agravare a răspunderii penale, conducând la depășirea reacției represive prin simplu cumul aritmetic (astfel, pedeapsa anterioară a fost deja executată / considerată ca executată, iar noua pedeapsă se va stabili între limite superioare celor prevăzute de lege în mod normal pentru infracțiunea comisă).

¹³ În cazul persoanei juridice, dispoziția din art. 146 alin. 2 C. pen. (“În caz de recidivă, limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege pentru noua infracțiune se majorează cu jumătate, fără a depăși maximul general al pedepsei amenzii”) este incidentă atât în raport de recidiva postcondamnatorie, cât și de recidiva postexecutorie, din moment ce prevederea legală nu face nicio precizare limitativă, referindu-se generic la reținerea stării de recidivă, de orice fel ar fi aceasta (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). Abia norma cuprinsă în art. 146 alin. 3 C. pen. vizează, limitativ, doar ipoteza recidivei postcondamnatorii, din moment ce dispune că: “Dacă amenda anterioară nu a fost executată, în tot sau în parte, amenda stabilită pentru noua infracțiune, potrivit alin. (2), se adaugă la pedeapsa anterioară sau la restul rămas neexecutat din aceasta”. De menționat că exprimarea legiuitorului din art. 146 alin. 2 C. pen. nu este cu totul în afară de critică, din moment ce fracția de majorare cu jumătate a limitelor pedepsei abstracte a amenzii prevăzute de lege pentru persoana juridică care a comis infracțiunea în stare de recidivă nu vizează direct și propriu-zis limitele speciale ale pedepsei amenzii, ci doar o componentă care stă la baza determinării acestora, anume: limitele speciale ale numărului de zile-amendă (nu și limitele valorii la care se poate aprecia o zi-amendă, care sunt doar limite generale, conform art. 137 C. pen.).

¹⁴ Deși adeseori nu este cazul, pedeapsa concretă pentru infracțiunea comisă în stare de recidivă ar putea fi și în cazul infractorilor persoane fizice – pedeapsa cu amenda. Condiția de gravitate a

este de natură a contrazice perspectiva potrivit căreia, din imperativul unui principiu al simetriei (și non-discriminării), sancționarea persoanei fizice și a celei juridice în caz de recidivă (postcondamnatorie) ar trebui să se realizeze după un sistem comun, iar nu divergent. În viziunea noastră, legiuitorul ar trebui să valorifice recidiva postcondamnatorie și în cazul persoanelor fizice cu titlu de veritabilă cauză de agravare a răspunderii penale, reglementând obligativitatea sporirii limitelor pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea comisă în stare de recidivă postcondamnatorie (eventual cu o fracție mai redusă decât aceea incidentă în caz de recidivă postexecutorie), similar manierei în care se procedează în cazul persoanelor juridice.

Problema eterogenității soluțiilor privind ordinea de prioritate în sancționare atunci când se comit mai multe infracțiuni concurente în stare de recidivă postcondamnatorie, respectiv postexecutorie (ținând cont și de identitatea subiectului activ: persoană fizică ori juridică)

Legea penală generală actuală a operat o inovație în materia sancționării persoanei care prin activitatea sa infracțională cumulează cele două forme de manifestare ale pluralității de infracțiuni reprezentate de starea de recidivă postcondamnatorie și concursul de infracțiuni (în ipoteza săvârșirii mai multor infracțiuni concurente în stare de recidivă postcondamnatorie)¹⁵, dar numai pentru ipoteza în care subiectul activ este o persoană fizică. Astfel, prin dispoziția expresă cuprinsă în art. 43 alin. 2 C. pen.¹⁶, se impune prioritatea în sancționare a concursului de infracțiuni, urmând ca abia ulterior pedeapsa rezultantă astfel stabilită să fie cumulată aritmetic cu pedeapsa din primul termen al recidivei postcondamnatorii, ori cu restul rămas de executat din aceasta la data săvârșirii primei infracțiuni concurente din termenul secund al respectivei recidive.

termenului secund al recidivei vizează pedeapsa prevăzută de lege (abstractă) pentru infracțiunea nou comisă (să fie închisoarea de 1 an sau mai mare), iar nu pedeapsa concretă. Astfel, în cazul comiterii în stare de recidivă a unei infracțiuni precum este furtul, sancționată alternativ, fie cu închisoare (cu maxim de 1 an sau mai mare), fie cu amendă, condiția privind existența stării de recidivă se realizează în abstract, prin raportare la maximul special al pedepsei prevăzute pentru sancțiunea alternativă mai severă, fără a interesa pedeapsa concret stabilită, care poate fi (teoretic) chiar pedeapsa alternativă mai puțin drastică – amenda.

¹⁵ M.I.Michinici, M. Dunea – în T. Toader, *op. cit.*, p. 112; F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, pp. 159-162.

¹⁶ Textul de lege indicat stipulează: „Când înainte ca pedeapsa anterioară să fi fost executată sau considerată ca executată sunt săvârșite mai multe infracțiuni concurente, dintre care cel puțin una se află în stare de recidivă, pedepsele stabilite se contopesc potrivit dispozițiilor referitoare la concursul de infracțiuni, iar pedeapsa rezultată se adaugă la pedeapsa anterioară neexecutată ori la restul rămas neexecutat din aceasta”. Apreciem că, dincolo de soluția legislativă discutabilă pe fond pe care o cuprinde, norma este criticabilă și sub aspectul formulării, deoarece face referire, într-o primă etapă, la *contopirea* pedepselor potrivit dispozițiilor de la concursul de infracțiuni. Or, în materia regimurilor de sancționare incidente pentru concursul de infracțiuni, este general acceptat în doctrină că noțiunea de *contopire* face referire (doar) la sistemul cumulului juridic de pedeapsă, care nu este singurul sistem de sancționare reglementat de legiuitorul român actual (conform art. 39 C. pen.) în materia concursului de infracțiuni...

În perioada de activitate a fostului Cod penal, în lipsa unei dispoziții exprese în materie, opinia majoritară a doctrinei (însușită în practică) era cea care soluționa, din contra, cu prioritate starea de recidivă postcondamnatorie (respectiv – dacă era cazul în raport de unele dintre infracțiunile concurente nou comise – starea de pluralitate intermediară), ajungându-se la o serie de pedepse rezultante parțiale față de care, ulterior, se aplicau regulile sancționatorii atrase de existența concursului de infracțiuni. Procedul era apreciat drept firesc / natural din mai multe motive, inclusiv cronologia apariției formelor de pluralitate de infracțiuni suprapuse (întâi conturându-se fie recidiva postcondamnatorie, fie pluralitatea intermediară, prin săvârșirea primei infracțiuni dintre cele concurente, ulterior unei condamnări definitive), cât și evitarea atragerii în aplicarea regimului sancționator specific recidivei postcondamnatorii a unor infracțiuni care nu întruneau, de fapt, condițiile impuse pentru existența termenului secund al stării de recidivă (care se rețineau în pluralitate intermediară de infracțiuni raportat la primul termen); în plus, sistemul astfel configurat asigura unitatea de tratament în stabilirea ordinii de prioritate a sancționării concursului de infracțiuni comis în stare de recidivă, indiferent de tipul recidivei: postcondamnatorie sau postexecutorie.

Din diverse motive (inclusiv acela că prin acordarea priorității în sancționare stării de recidivă, iar nu concursului de infracțiuni, era posibilă atingerea unei pedepse rezultante finale mai grave, în sarcina infractorului, decât în ipoteza în care ordinea priorităților în sancționare ar fi inversă)¹⁷, legiuitorul penal actual

¹⁷ Potrivit Expunerii de motive a noului Cod penal (Legea nr. 286/2009), în legătură cu soluția legislativă atinsă prin dispozițiile art. 43 alin. 2 C. pen. s-a precizat că „Pentru ipoteza în care termenul al doilea al recidivei este alcătuit dintr-un concurs de infracțiuni, a fost stabilit un algoritm de aplicare a pedepsei diferit de cel existent astăzi, aplicându-se mai întâi dispozițiile referitoare la concurs și apoi cele incidente în cazul recidivei. Acest tratament este aplicabil chiar dacă numai una dintre infracțiunile concurente se află în stare de recidivă, restul fiind în pluralitate intermediară, deoarece calitatea de recidivist trebuie să atragă tratamentul specific acestei forme de pluralitate. În același timp, tratamentul sancționator propus este mai puțin sever decât cel care ar rezulta din aplicarea mai întâi a dispozițiilor privind recidiva sau pluralitatea intermediară pentru fiecare infracțiune în parte și apoi regulile referitoare la concursul de infracțiuni” - Expunerea de motive a proiectului noului Cod penal, pct. 2.11 – pag. 14, document consultat în format electronic – online, la adresa de internet: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi99fjpt4b9AhVDDOwKHVuhCb4QFnoECBIQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.avocanet.ro%2Farticles%2Fdownload%2F27594dd98162e6a0f16f508136c53140&usq=AOvVaw38cCJMPEM5_Mmqi_o8nFI0 . În opinia noastră, rațiunea soluției nu este una profund juridică, fiind – în plus – în opoziție cu motivarea criminologică a rațiunii pentru care recidiva (inclusiv cea postcondamnatorie) reprezintă o cauză de agravare a răspunderii penale. Dacă pericolozitatea infractorului este sporită prin reiterarea comportamentului infracțional (de o anumită gravitate) intenționat (sau praeterintenționat), ulterior rămânerii definitive a unei hotărâri de condamnare pentru o infracțiune anterioară (de o anumită gravitate), de asemenea comisă cu intenție ori cu intenție depășită, cu atât mai mult cu cât reiterarea este repetată (concurs de infracțiuni), se justifică în mod logic un sistem sancționator care să marcheze un stadiu sporit de represivitate etatică; configurarea unei sancțiuni penale rezultante mai drastice este chiar de esența regimului sancționator al recidivei, astfel încât o modificare a naturii / firescului în această materie, pe motiv că respectiva sancțiune ar ajunge să fie (tocmai!) una drastică, ne apare a nu caracteriza cea mai

a renunțat la acest sistem firesc / natural de sancționare a situației ante-indicate, în care concursul de infracțiuni se suprapune peste recidiva postcondamnatorie.

Pe de altă parte, în materia sancționării infractorului (persoană fizică) care comite un concurs de infracțiuni în stare de recidivă postexecutorie, nu s-a mai impus o asemenea soluție legislativă expresă. Dispozițiile incidente (art. 43 alin. 5 C. pen.) nu reiau / adaptează o soluție similară celei prevăzute în art. 43 alin. 2 C. pen. În contextul controversabil al valorii ce poate fi acordată tăcerii legiuitorului (în sensul de a determina dacă suntem în prezența unei omisiuni intenționate ori a unei „scăpări” ce ar trebui acoperită prin invocarea principiului simetriei și a identității de rațiune) ne pronunțăm ferm (și cu această ocazie¹⁸) în sensul interpretării omisiunii legiuitorului ca fiind una intenționată. Este clar, din rațiuni obiective, că legiuitorul, atunci când a dorit a impune un sistem de sancționare care contrazice firescul lucrurilor, a dispus expres în acest sens, iar pentru ipotezele în care o asemenea prevedere legală lipsește, reiese că a revenit la un sistem sancționator natural.

Rațiunile obiective pe care le avem în vedere țin de maniera particulară de sancționare aferentă unei infracțiuni comise în stare de recidivă postexecutorie (majorarea cu jumătate a limitelor speciale ale pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea comisă – art. 43 alin. 5 C. pen.), comparativ cu tipul regimului sancționator incident în cazul recidivei postcondamnatorii (cumulul aritmetic al pedepsei stabilite pentru infracțiunea nou comisă – în stare de recidivă – și pedeapsa / restul rămas de executat din pedeapsa primului termen al recidivei). În primul caz, agravarea se produce în planul abstract de referință, prin majorarea limitelor speciale ale pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea săvârșită, limite majorate între care se va stabili apoi pedeapsa concretă; reiese că la momentul individualizării pedepsei pentru infracțiunea comisă în stare de recidivă instanța ține cont de existența stării de recidivă, cu titlu de cauză de agravare a răspunderii penale.¹⁹

În celălalt caz, dimpotrivă, se cumulează aritmetic două pedepse stabilite, fiecare în parte, în urma unui proces de individualizare care a ignorat existența stării de recidivă (pentru a nu ajunge să se agraveze de două ori răspunderea penală a infractorului pe același motiv: faptul că este recidivist). În această ultimă ipoteză, agravarea (improprie – dintr-o anumită perspectivă...) decurge ca un efect automat al sistemului cumulului aritmetic dintre cele două pedepse concrete deja individualizate (de principiu) între limitele speciale (nemajorate) ale pedepsei prevăzute de lege pentru fiecare dintre ele (sau – eventual – între limite derivate din acestea, dar pe baza unui alt motiv decât reținerea stării de recidivă).

Or, în cazul concursului de infracțiuni, aplicarea regulilor sancționatorii specifice acestei forme a pluralității de infracțiuni conduce la stabilirea unei

coerentă abordare criminologică în domeniul stabilirii regimului sancționator aplicabil infractorilor recidiviști (mai ales a celor care comit multiple infracțiuni, concurente, în stare de recidivă)...!

¹⁸ Pentru aprecieri anterioare a se vedea: M.I. Michinici, M. Dunea – în T. Toader, *op. cit.*, p. 113; M.I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *op. cit.*, pp. 816, 817.

¹⁹ În același sens, C-tin. Mitrache, C. Mitrache, *op. cit.*, pp. 366, 367.

pedepse concrete (individualizate efectiv) ca pedeapsă rezultantă. Este așadar obiectiv imposibil ca, ulterior unei eventuale priorități acordate sancționării corespunzătoare regulilor de la concursul de infracțiuni (care generează o pedeapsă concretă rezultantă) să se mai poată da efect, ulterior, regimului sancționator al recidivei postexecutorii, care impune o agravare în planul abstract: majorare limitelor pedepselor prevăzute de lege pentru infracțiunile concurente comise în termenul al II-lea al recidivei postexecutorii! Singura soluție viabilă este aceea impusă de modul natural de sancționare a unui concurs de infracțiuni săvârșit în stare de recidivă: acordarea priorității în sancționare recidivei (postexecutorii), iar abia ulterior aplicarea regulilor de sancționare specifice concursului de infracțiuni, prin utilizarea pedepselor concrete stabilite între limitele deja majorate (pe motiv de recidivă) ale pedepselor prevăzute de lege pentru infracțiunile concurente comise în stare de recidivă (postexecutorie).²⁰

Prin urmare, este de observat că soluția legislativă curentă în materie de sancționare a unei persoane fizice pentru un concurs de infracțiuni comis în stare de recidivă diferă (în mod criticabil) după cum recidiva în cauză este una postcondamnatorie sau una postexecutorie. Desigur, o asemenea rezolvare nu ne apare (din multiple motive) ca fiind una dezirabilă.

De altfel, ridicolul soluției devine și mai evident în cazul comiterii unor infracțiuni concurente în stare de dublă recidivă (atât postexecutorie cât și postcondamnatorie), situație în care ordinea operațiilor în sancționare pendulează astfel:

- aplicarea regimului sancționator al recidivei postexecutorii pentru fiecare infracțiune concurentă care întrunește condițiile reținerii sale drept termen secund al recidivei;
- aplicarea sistemului sancționator al concursului de infracțiuni între pedepsele individual stabilite astfel, pentru identificarea unei pedepse rezultante care valorifică starea de recidivă postexecutorie, dar nu și pe cea de recidivă postcondamnatorie în care s-au comis infracțiunile concurente (etapă în care sunt incluse toate pedepsele stabilite pentru infracțiunile concurente, inclusiv eventualele pedepse concrete aferente unor infracțiuni care nu întrunesc condițiile reținerii drept termen secund al recidivei postexecutorii);
- în final revenirea la sistemul sancționator al recidivei – de data aceasta: al recidivei postcondamnatorii – prin cumulul aritmetic dintre pedeapsa rezultantă a concursului (stabilită în etapa anterioară) și pedeapsa / restul de pedeapsă rămas de executat din primul termen al recidivei...

Apreciem că acest veritabil joc de ping-pong sancționator, astfel cum a fost ilustrat, este în suficientă măsură edificator pentru caracterul criticabil al soluției legislative curente (eterogene) în materie de sancționare a concursului de infracțiuni comis în stare de recidivă (după caz: postcondamnatorie ori postexecutorie), pentru a fundamenta propunerea *de lege ferenda* de a reveni la o

²⁰ În același sens: F. Streteanu, D. Nițu: *op. cit.*, p. 173.

soluție sancționatorie comună, unică (și naturală / firească) în toate ipotezele de comitere a unui concurs de infracțiuni în stare de recidivă!

La cele ante-indicate mai adăugăm doar mențiunea că în cazul persoanei juridice care comite un concurs de infracțiuni în stare de recidivă (fie acesta postcondamnatorie, fie postexecutorie), situația este diferită, sancționându-se întotdeauna cu prioritate recidiva, iar abia apoi dându-se efect sancționării concursului de infracțiuni (cum este și normal). Astfel, ca efect al dispozițiilor (anterior invocate) cuprinse în art. 146 alin. 2 și 3 C. pen., sistemul sancționator la recidivei în cazul persoanei juridice presupune în toate cazurile majorarea limitelor speciale ale pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea comisă în stare de recidivă – similar manierei de sancționare incidentă în cazul persoanei fizice doar pentru ipoteza recidivei postexecutorii. Din motivele deja invocate în această ultimă ipoteză, dacă o persoană juridică săvârșește mai multe infracțiuni, concurente, în stare de recidivă, indiferent dacă aceasta ar fi una post-condamnatorie sau una postexecutorie, recidiva va avea prioritate în sancționare față de concursul de infracțiuni²¹, niciun alt sistem nefiind obiectiv posibil!

Această împrejurare potențează caracterul izolat și nefiresc al soluției normative impuse de dispozițiile art. 43 alin. 2 C. pen., sens în care milităm pentru unificarea ordinii de prioritate sancționatorie în caz de concurs de infracțiuni comis în stare de recidivă, indiferent de tipul recidivei (post-condamnatorie ori postexecutorie) sau de identitatea subiectului activ (persoană fizică ori persoană juridică), în sensul de a se conferi în toate situațiile prioritate sancționatorie recidivei, urmând abia apoi a se soluționa și concursul de infracțiuni, așa cum ordinea naturală a lucrurilor o impune!

Problema absurdității unor dispoziții legale în materie de sancționare a persoanei juridice pentru unele infracțiuni prin a căror corelare se ajunge la existența unor maxime speciale superioare maximului general al pedepsei amenzii, precum și la manifestarea recidivei, uneori, drept cauză de atenuare a răspunderii penale pentru persoana juridică

Chestiunea pe care o vom (re)aminti la acest punct s-a aflat constant în atenția noastră²² încă de la momentul apariției sale în legislația autohtonă, ca efect al completării Codului penal prin O.U.G. nr. 18/2016²³; problema a fost în mai multe rânduri semnalizată legiuitorului de către doctrină, din păcate (până la acest moment) fără nicio reacție sau speranță de reacție viitoare.

²¹ A se vedea și: C-tin. Mitrache, C. Mitrache, *op. cit.*, p. 374.

²² M. Dunea, *Observații referitoare la impactul produs asupra unor instituții generale ale dreptului penal de modificările apportate prin OUG nr. 18/2016*, în *Analele științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Seria Științe Juridice*, tomul LXII, nr. 1/2016, pp. 63-100; articolul poate fi consultat și online, în format electronic, la adresa de internet (accesată la data de 9 feb. 2023): <http://pub.law.uaic.ro/ro/volume-publicate/2016/anale-uaic-tomul-lxii-stiine-juridice-2016-nr.-i/tiinte-penale/M.-dunea-observaii-referitoare-la-impactul-produs>

²³ M. Of. nr. 389 din 23.05.2016.

Considerații critice referitoare la unele reglementări și soluții ale jurisprudenței naționale

Prin dispozițiile acestui act normativ, într-o extrem de discutabilă aplicare a regulii *specialia generalibus derogant* (care în opinia noastră nu ar trebui să poată știrbi caracterul axiologic al unor principii fundamentale ale dreptului penal – așa cum este principiul legalității sancțiunilor), s-au creat, în sancționarea unor infracțiuni determinate (Nerespectarea regimului materialelor nucleare sau al altor materii radioactive – art. 345 C. pen.; Infectarea apei – art. 356 C. pen.), unele excepții de la prevederile cuprinse în art. 137 alin. 2 C. pen. – referitoare la limitele generale ale pedepsei amenzii incidentă pentru infractorii persoane juridice. Concret, prin majorarea excepțională a valorilor speciale între care poate fi evaluată o zi-amendă pentru persoana juridică (de la 500 la 25000 lei), în cazul anumitor infracțiuni, prin derogare de la limitele generale ale acestor valori (100-5000 lei), legiuitorul a ajuns să consacre maxime speciale ale pedepsei amenzii pentru persoana juridică superioare maximului general²⁴.

Dincolo de caracterul profund neortodox, sub aspect teoretic, al acestei soluții normative (fiind aberant a accepta posibilitatea existenței unui maxim special de pedeapsă superior maximului general al aceleiași categorii de sancțiune penală – ceea ce încalcă legalitatea incriminării sub aspectul prevederii cuprinse în art. 2 alin. 3 C. pen.²⁵), se adaugă o limită logică suplimentară, prin corelare cu instituția pluralității de infracțiuni manifestată sub forma recidivei.

Astfel, după cum am indicat și anterior, în cazul recidivei, persoanei juridice urmează a i se majora limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea comisă în termenul secund al recidivei (art. 146 alin. 2 C. pen.), cu precizarea legală expresă (considerată inițial drept inutilă – redundantă, dată fiind dispoziția cuprinsă în art. 2 alin. 3 C. pen.²⁶) că astfel nu se poate ajunge la depășirea maximului general al pedepsei amenzii incidente pentru persoana juridică. Cum prin dispozițiile actuale cuprinse în art. 345 alin. 6 și art. 356 alin. 3 C. pen. se stipulează expres că se realizează o excepție de la prevederile din art. 137 alin. 2 C. pen., fără a se menționa însă că excepția vizează, deopotrivă, și

²⁴ Maximul general al pedepsei amenzii pentru persoana juridică este, potrivit calculelor bazate pe dispozițiile art. 137 alin. 2 C. pen., de 3 milioane de lei. În sancționarea celor două infracțiuni preindicate, raportat inclusiv la forme agravate ale acestora, prin aplicarea dispozițiilor derogatorii cuprinse în art. 345 alin. 6 și 356 alin. 3 C. pen. se stabilesc maxime speciale ale aceleiași categorii de pedeapsă care depășesc de două-trei ori (sau chiar mai mult) respectivul maxim general (de exemplu: 6.000.000 lei, 7.500.000 sau 10.500.000 lei)!

²⁵ Dispoziția la care facem referire împiedică, cu titlu de principiu fundamental de drept penal, a se stabili și aplica pedepse superioare maximului general aferent respectivelor sancțiuni penale. În această lumină, existența unui maxim special superior maximului general al unei anumite categorii de pedeapsă apare ca o construcție contra naturii; o asemenea construcție legislativă anihilează însăși esența conceptului de "limite generale" de pedeapsă...

²⁶ De altfel, însăși dispoziția din art. 2 alin. 3 C. pen. a fost inițial apreciată de o parte a doctrinei drept inutilă, tocmai pentru că prin definiție, limitele generale ale unei categorii de sancțiuni NU pot fi niciodată depășite, nici prin limite speciale inferioare / superioare acestora, nici în urma individualizării judiciare, prin pedepse concrete stabilite / aplicate în afara lor – în acest sens, a se vedea: G. Antoniu, *Comentariu la art. 2 C. pen.*, în G. Antoniu (coord.), *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol. I (art. 1-52), Editura Universul Juridic, București, 2010, pp. 37, 38; George Antoniu, *Comentariu la art. 2 C. pen.*, în G. Antoniu, T. Toader (coord.), *Explicațiile noului Cod penal*, vol. I (art. 1-52), Editura Universul Juridic, București, 2015, pp. 51, 52.

prevederile din art. 146 alin. 2 C. pen., se ajunge la o situație absurdă: *dacă o persoană juridică care nu acționează în stare de recidivă comite respectivele infracțiuni, amenda penală i se poate stabili până la un maxim special superior maximului general; în schimb, dacă aceeași persoană juridică săvârșește aceeași infracțiune în stare de recidivă, limitele speciale (cu maximul special deja superior celui general) trebuie majorate, dar fără ca astfel maximul special să depășească maximul general... !* Cum acest maxim special era deja – în forma nemajorată – superior maximului general, reiese că în acest caz, *majorarea atrasă de starea de recidivă va conduce de fapt la o ... atenuare (!)*, amenda maximă până la care se va putea sancționa persoana juridică în cauză fiind inferioară (cel mult 3.000.000 lei) celei până la care i s-ar fi putut aplica sancțiunea dacă nu se reținea starea de recidivă (de pildă: 7.500.000 lei ori 10.500.000 lei).

Lipsa profundă (și ridicolă) de logică elementară a situației, cumulată cu împrejurarea că astfel se încalcă și un principiu fundamental de drept penal, precum și fireasca apreciere a recidivei drept cauză de agravare a răspunderii penale – ea ajungând, dimpotrivă, în mod absurd, să joace aici rolul unei cauze de atenuare – ne permit, fără rezerve, formularea concluziei că legiuitorul trebuie să intervină de urgență pentru a repune în ordine firească sancționarea persoanei juridice, sub aspectul respectării relației normale dintre limitele speciale și cele generale de pedeapsă, precum și sub aspectul reglementării recidivei drept cauză de agravare, iar nu – paradoxal – de atenuare a răspunderii penale!

Problema controversabilei apariții a primului termen al recidivei în cazul comiterii unui concurs de infracțiuni de mică gravitate prezentând forme eterogene de vinovăție

După ce în rândurile anterioare am abordat (parțial) problema existenței și sancționării cumulului dintre formele de manifestare a pluralității de infracțiuni reprezentate de recidivă și concursul de infracțiuni, atunci când acesta din urmă se manifestă după o condamnare definitivă anterioară (așadar: în termenul secund al recidivei), vom puncta - pe scurt - și unele probleme ridicate de prezența concursului de infracțiuni în structura primului termen al recidivei. În acest sens, alături de unele situații clare / necontrovertate, se pot identifica și unele ipoteze care au rămas marcate de controversă (sau au, cel puțin, caracter controversabil) încă din perioada de aplicare a fostului Cod penal. Momentul intrării în vigoare a Codului penal actual a reprezentat, din păcate, o ocazie ratată de a pune capăt acestor discuții / potențiale discuții, printr-o eventuală dispoziție legală expresă, care să fie lămuritoare în materia în analiză.

Astfel, este în afara discuției faptul că ulterior unei condamnări definitive pentru un concurs de infracțiuni persoana condamnată poate intra în stare de recidivă (fie postcondamnatorie, fie postexecutorie), primul termen al acesteia fiind reprezentat de pedeapsa rezultantă aplicată pentru concursul de infracțiuni în cauză. Este, de asemenea, fără controversă, faptul că dacă toate infracțiunile concurente respective sunt intenționate sau praeterintenționate, iar pedepsele stabilite individual pentru fiecare dintre ele întrunesc *per se* condiția de gravitate

impusă primului termen al recidivei (pedeapsă cu închisoarea mai mare de un an), atunci rezultanta lor va reprezenta primul termen al stării de recidivă.

Există, de principiu, consens doctrinar și raportat la situația în care pedepsele individual stabilite pentru infracțiunile concurente intenționate sau praeterintenționate nu satisfac, fiecare în parte, condițiile existenței primului termen al recidivei, atât timp cât rezultanta lor întrunește aceste condiții, admitându-se că și în această ipoteză va fi satisfăcută cerința legală privitoare la existența termenului întâi al recidivei.²⁷

Fără doar și poate, este clară și ipoteza unui concurs format doar din infracțiuni comise din culpă, în sensul că rezultanta aplicată pentru acesta nu va putea niciodată genera starea de recidivă (dacă ulterior rămânerii definitive a hotărârii de condamnare prin care este aceasta fixată, același infractor comite o nouă infracțiune, chiar dacă aceasta din urmă ar întruni condițiile termenului secund al recidivei), indiferent de gravitatea pedepsei pronunțate.

Discuții apar însă atunci când în structura concursului de infracțiuni situat în primul termen (a ceea ce se dorește a se determina a fi – sau nu – o stare de recidivă) se regăsesc atât infracțiuni comise cu intenție ori intenție depășită, pe de o parte, cât și infracțiuni săvârșite din culpă, pe de altă parte. Doctrina majoritară²⁸ tinde a admite, într-o asemenea situație, că se pot considera întrunite condițiile de reținere a primului termen al recidivei atunci când se poate identifica, în structura acelu concurs, cel puțin o infracțiune cu o pedeapsă proprie care să poată genera, chiar și singură (chiar dacă nu ar fi fost parte din structura respectivului concurs de infracțiuni) starea de recidivă (și aceasta, de principiu, indiferent dacă acea infracțiune a furnizat sau nu pedeapsa de bază din structura pedepsei rezultante aferente acelu concurs de infracțiuni).

În acest caz, se apreciază, de regulă, că întreaga pedeapsă rezultantă a concursului de infracțiuni (incluzând și sancțiunea aferentă respectivei infracțiuni, care ar fi putut singură genera termenului 1 al recidivei) va fi considerată termen prim al stării de recidivă, chiar dacă în structura sa au fost cumulate / contopite / absorbite și pedepse aferente unor infracțiuni din culpă (care nu puteau singure genera recidiva) și chiar dacă acestea ar fi mai numeroase, ori mai severe decât cea / cele aferente infracțiunilor intenționate ori

²⁷ Spre exemplu, dacă o persoană comite o nouă infracțiune de lovire după ce a fost definitiv condamnată anterior pentru un concurs de infracțiuni format dintr-o infracțiune de lovire, pentru care i s-a stabilit o pedeapsă de 10 luni închisoare, precum și pentru o amenințare, pentru care i s-a stabilit o pedeapsă cu închisoarea pe durată de 9 luni, pedeapsa rezultantă fiind de 13 luni (1 an și 1 lună) [conform art. 39 alin. 1 lit. b) C. pen.], atunci se va reține starea de recidivă, deși niciuna dintre pedepsele individual stabilite pentru infracțiunile concurente inițial comise nu ar fi putut genera, singură, termenul 1 al recidivei.

²⁸ Viorel Pașca, *Drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 343; M. Udroi, *Drept penal. Partea generală – Noul Cod penal*, ed. a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2015, p. 193, 194; M.I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *op. cit.*, p. 805; F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 147 ș.u.; C-tin. Mitache, C. Mitache, *op. cit.*, pp. 352, 353.

praeterintenționate (inclusiv dacă pedeapsa de bază a concursului respectiv ar corespunde unei infracțiuni din culpă).²⁹

Discuțiile cele mai intense sunt apte de configurare în raport de ipoteza în care există mai multe infracțiuni intenționate sau / și praeterintenționate în structura respectivului concurs de infracțiuni, alături de una sau mai multe infracțiuni din culpă, iar niciuna dintre pedepsele individual stabilite pentru cele dintâi nu respectă, în sine, condițiile de gravitate ale primului termen al recidivei, deși o rezultantă parțială formată (imaginar) doar din aceste pedepse, utilizându-se regulile de sancționare specifice concursului de infracțiuni, ar genera cu certitudine o pedeapsă rezultantă care ar întruni condiția recidivei raportat la primul său termen.³⁰ O asemenea soluție era discutată încă din perioada activității legislației penale anterioare, unde, însă, rata sa de succes era puternic diminuată de sistemul sancționator cel mai des întâlnit în tragerea la răspundere penală a unui infractor care comisesse un concurs de infracțiuni, anume: cumulul juridic cu spor *facultativ* și *variabil* de pedeapsă.

Într-adevăr, rămânea o chestiune supusă hazardului, la acel moment, încercarea de a determina, în cadrul unei pedepse rezultante stabilite pentru un concurs de infracțiuni, care ar fi fost potențiala sub-rezultantă (fictivă) incidentă doar pentru o parte din infracțiunile componente ale respectivului concurs de infracțiuni (anume, doar pentru acelea comise cu intenție sau intenție depășită), din moment ce nu era clar dacă instanța ar fi valorificat posibilitatea de sporire (și cu cât) în eventualitatea în care doar acele infracțiuni ar fi dat conținut respectivului concurs.

La momentul de față, însă, este evident că asemenea rețineri nu mai pot fi invocate! Pentru ipotezele în care legiuitorul a menținut în sancționarea concursului de infracțiuni sistemul cumulului juridic de pedeapsă, acesta a fost modificat, fiind adoptată varianta cumulului juridic cu spor *obligatoriu* și *fix* [art. 39 alin. 1 lit. b) și c) C. pen.], în detrimentul celei a cumulului juridic cu spor

²⁹ De pildă, dacă o persoană comite o nouă infracțiune, de furt, după ce a fost definitiv condamnată pentru un concurs de infracțiuni cuprinzând oucidere din culpă, pentru care s-a stabilit o pedeapsă de 5 ani închisoare, o infracțiune de lovire, pentru care s-a dispus o pedeapsă de 1 an și 2 luni închisoare și o vătămare corporală din culpă, pentru care s-a stabilit închisoarea pe o durată de 7 luni – pedeapsa de bază a concursului fiind cea de 5 ani aferentă uciderei din culpă, iar pedeapsa rezultantă a întregului concurs fiind de 5 ani și 7 luni [conform art. 39 alin. 1 lit. b) C. pen.], atunci se va aprecia drept existentă starea de recidivă, al cărei prim termen va fi reprezentat de rezultanta concursului: 5 ani și 7 luni.

³⁰ Spre exemplu, dacă o persoană comite o nouă infracțiune de lovire după ce a fost definitiv condamnată anterior pentru un concurs de infracțiuni format dintr-o infracțiune de ucidere din culpă, pentru care i s-a stabilit o pedeapsă de 5 ani, precum și dintr-o infracțiune de lovire, pentru care i s-a stabilit o pedeapsă de 11 luni închisoare, și pentru o amenințare pentru care i s-a stabilit o pedeapsă cu închisoarea pe durată de 10 luni, pedeapsa rezultantă fiind de 5 ani și 7 luni [conform art. 39 alin. 1 lit. b) C. pen.], deși pedeapsa rezultantă care ar decurge doar în ipoteza în care în cadrul concursului de infracțiuni s-ar reține numai lovirea și amenințarea (cele două infracțiuni intenționate) ar fi, la rândul ei, cu certitudine [aplicând dispozițiile de sancționare specifice acestei ipoteze de concurs de infracțiuni: cumulul juridic cu spor obligatoriu și fix – art. 39 alin. 1 lit. b) C. pen.], o pedeapsă mai mare de 1 an, întrunind cerința de gravitate impusă de starea de recidivă primul ei termen.

facultativ și variabil. Prin urmare, imaginând o ipoteză în care în structura unui concurs de infracțiuni ar exista doar o parte din infracțiunile care îl compun în realitate, dacă sunt cunoscute pedepsele individual stabilite pentru fiecare dintre acestea de către instanță se poate imagina / prognostica în mod cert pedeapsa rezultantă aferentă, sub aspectul gravității sale. Impedimentul care nu permitea larga adoptare a soluției astfel indicate în legislația anterioară fiind ridicat, apreciem că rezolvarea corectă a problemei schițate nu poate fi - în mod logic, corect și funcțional -, decât aceasta, iar nu o alta.³¹

Ar fi, într-adevăr, lipsit de logică a considera că unui infractor care a comis un concurs de infracțiuni a cărui rezultantă ar putea genera starea de recidivă (ar întruni condițiile reținerii primului termen al recidivei) i s-ar putea „dizolva” acest statut odată adăugate respectivului concurs de infracțiuni și una sau mai multe infracțiuni comise din culpă! Acestea din urmă, augmentând sfera concursului de infracțiuni în cauză, au consecința de a spori pericolozitatea socială a infractorului (ori, în cel mai bun caz, de a o lăsa nemodificată sub aspectul scelerității sale criminale), dar nicidecum nu o pot diminua... O altă soluție ar conduce la nefireasca situație în care o persoană care ar comite un ansamblu faptic mai grav ar beneficia de o situație juridică mai favorabilă decât dacă ar fi rămas la stadiul unui ansamblu faptic mai puțin grav – ceea ce sfidează logica și (prin urmare) nu poate fi admis (din punctul nostru de vedere) drept soluție juridică viabilă a unei probleme de drept.

Problema criticabilei soluții obligatorii impusă de instanța supremă prin Decizia RIL nr. 7/2020 referitoare la sancționarea unor situații în care concursul de infracțiuni s-ar cumula cu starea de pluralitate intermediară de infracțiuni

Unele probleme contemporane în materia pluralității de infracțiuni nu sunt generate atât de prevederi (sau lipsa unor prevederi) normative, cât și ca efect al acțiunii instrumentelor de jurisprudență națională obligatorie în materie penală. Un exemplu în acest sens poate fi identificat (din punctul nostru de vedere), raportat la jurisprudența obligatorie ce poate emana de la instanța supremă, în soluția ce a fost impusă instanțelor, în mod obligatoriu, prin Decizia nr. 7/2020, pronunțată în soluționarea unui recurs în interesul legii de către completul specializat în acest sens aparținând Înaltei Curți de Casație și Justiție.³²

Astfel, după cum se indică și în cuprinsul deciziei, în ipoteza coexistenței dintre pluralitatea intermediară de infracțiuni și concursul de infracțiuni (în special în ipoteza comiterii unui concurs de infracțiuni în stare de pluralitate intermediară – infracțiunile concurente fiind săvârșite, așadar, în termenul

³¹ În același sens a se vedea (printre alte surse): M.I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *op. cit.*, p. 805; F. Streteanu, D. Nițu: *op. cit.*, p. 147 ș.u.; C-tin. Mitrache, C. Mitrache: *op. cit.*, p. 353.

³² M. Of. nr. 486 din 9.06.2020. Decizia poate fi consultată și online, în format electronic, pe site-ul oficial al instanței supreme, la adresa de internet (accesată la data de 9 feb. 2023): <https://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=160624#highlight=##>

secund al pluralității intermediare de infracțiuni), au existat multiple opinii (și în literatura de specialitate, precum și în practica judiciară) cu privire la ordinea și numărul operațiilor de desfășurat în vederea sancționării celui care a comis un asemenea ansamblu faptic infracțional. Acestea se coagulau în două sisteme principale, anume: întrebuintarea o singură dată a regimului sancționator al concursului de infracțiuni între toate infracțiunile incidente, indiferent de poziția lor (prim termen al pluralității intermediare sau componente ale concursului existent în termenul secund al pluralității intermediare); respectiv (pe de altă parte) sancționarea în etape succesive, pe rând, a formelor diferite de pluralitate de infracțiuni existente (pluralitate intermediară, respectiv concurs de infracțiuni), chiar dacă, de principiu, cu întrebuintarea în mod repetat a aceluiași reguli de sancționare, din moment ce art. 44 alin. 2 C. pen. dispune în sancționarea pluralității intermediare de infracțiuni, ca regulă, „împrumutarea” regimului sancționator al concursului de infracțiuni.³³

Doctrina majoritară³⁴ ajunsese să fie formulată, cu puțin înainte de pronunțarea acestei decizii, în mod covârșitor, în susținerea soluției în urmă indicate (inclusiv prin reconsiderarea opiniilor anterioare, constante în sens contrar, ale unor autori³⁵). Din păcate, instanța supremă a ignorat aceste evoluții doctrinare și în mare parte sub impulsul unei practici care înclina, majoritar, înspre soluționarea problemei în primul sens indicat (pe o serie de motive dintre care unele profund nejuridice, referitoare la facilitatea operațiilor de calcul a pedepsei rezultante și – din nou – la grija pentru neatingerea unei pedepse rezultante prea drastice pentru infractor...), a decis că „*în cazul pluralității intermediare de infracțiuni, în ipoteza în care primul și/sau al doilea termen al pluralității intermediare este format dintr-un concurs de infracțiuni, contopirea tuturor*

³³ Aceasta este, de fapt, sursa problemei: criticabila decizie a legiuitorului penal de a consacra pluralitatea intermediară, în mod expres (spre deosebire de Codul penal anterior) drept formă autonomă a pluralității de infracțiuni, dar fără a îi atribui și un regim sancționator specific, intermediar între acela tipic pentru concursul de infracțiuni și cel specific recidivei (postcondamnatorii). Astfel, între (de regulă) cumulul juridic cu spor obligatoriu și fix de 1/3 din suma acelor pedepse care nu sunt de bază, spor adăugat pedepsei de bază, în caz de concurs de infracțiuni și (pe de altă parte) cumulului aritmetic specific recidivei postcondamnatorii, am propune legiuitorului, *de lege ferenda*, să reglementeze, în caz de pluralitate intermediară de infracțiuni, un sistem (de bază) de cumul juridic cu spor obligatoriu și facultativ în cazul căruia sporul adăugat la pedeapsa de bază să fie de 1/2 sau 2/3, sau chiar 3/4 din suma celorlalte pedepse.

³⁴ M.I. Michinici, M. Dunea – în T. Toader ș.a., *op. cit.*, p. 116; M. Udriou, *op. cit.*, pp. 218, 378, 379, 403, 404; M.I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *op. cit.*, pp. 830, 831; F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 183; M.I. Mărculescu-Michinici: *Când (nu) există pluralitatea intermediară de infracțiuni? (II) Regimul sancționator – particularități*, în *Analele științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*, seria *Științe Juridice*, tomul LXIII, nr. 1/2017, pp. 131-133 [articolul poate fi consultat și online, în format electronic, la adresa de internet (accesată la data de 9 feb. 2023): <http://pub.law.uaic.ro/ro/volume-publicate/2017/anale-uaic-tomul-lxiii-stiine-juridice-2017-nr.i/tiine-penale/cand-nu-exist-pluralitate-intermediar-de-infracțiuni-ii-regimul-sancionator-particulariti>]. În sens contrar – C-tin Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, ed. a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 396.

³⁵ C-tin. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, ed. a III-a, Editura Universul Juridic, București, 2019, pp. 375-378.

Considerații critice referitoare la unele reglementări și soluții ale jurisprudenței naționale

pedepselor stabilite se realizează, în cadrul unei operațiuni unice, potrivit dispozițiilor referitoare la concursul de infracțiuni”.

Această soluție, impusă obligatoriu, ridică o serie de probleme, dintre care spicuiem:

- nesocotește existența unor multiple forme, cumulate, de pluralitate de infracțiuni (unele antecondamnatorii, altele postcondamnatorii) – separat de coincidența modului de sancționare comun (ca regulă) dintre acestea;
- poate ajunge să nesocotească (parțial, cel puțin) autoritatea de lucru judecat cu privire la o pedeapsă rezultantă anterior aplicată prin hotărâre definitivă pentru un concurs de infracțiuni, atunci când în condițiile pluralității intermediare de infracțiuni s-ar comite, ulterior, o nouă infracțiune / un nou concurs de infracțiuni înainte de executarea sau considerarea ca executată a pedepsei rezultante inițiale;
- este o soluție care nu se poate aplica în toate cazurile în care se comit mai multe infracțiuni concurente în termenul secund al unei pluralități intermediare de infracțiuni, anume atunci când regimul sancționator al pluralității intermediare nu mai este (prin derogare de la regulă) cel al concursului de infracțiuni [cum este, de pildă, situația comiterii în cadrul aceluși concurs de infracțiuni, săvârșit în stare de pluralitate intermediară, a unei infracțiuni asimilate evadării, faptă incriminată potrivit dispozițiilor art. 285 alin. 3 lit. a) și b) C. pen., în raport de care operează regimul sancționator special, prevăzut în art. 285 alin. 4 C. pen., care impune cumulul aritmetic al pedepsei pentru respectiva evadare asimilată la pedeapsa ce se execută ori la restul rămas din aceasta].

Pentru aceste motive (printre altele), apreciem că soluția impusă prin Decizia RIL nr. 7/2020 nu este una corectă și funcțională în materia suprapunerii dintre concursul de infracțiuni și starea de pluralitate intermediară de infracțiuni și considerăm că rezolvarea corespunzătoare ar putea proveni din partea legiuitorului, care să modifice regimul sancționator aplicabil, ca regulă, pluralității intermediare de infracțiuni, în sensul de a-i conferi un sistem propriu de sancționare, printr-o bază reprezentată de cumulul juridic cu spor obligatoriu și fix într-un quantum mai ridicat decât corespondentul său din materia concursului de infracțiuni.

Problema soluției parțial criticabile impusă obligatoriu de către Curtea Constituțională a României prin Decizia nr. 601/2018 – soluție care conduce, în anumite ipoteze, la posibila stimulare / încurajare a unor persoane la comiterea unei noi infracțiuni, în speranța obținerii unei situații juridice mai favorabile decât cea preexistentă

În rândul jurisprudenței naționale obligatorii care ridică unele probleme în materia coerenței privind regimul juridic și mecanismele specifice funcționării pluralității de infracțiuni se impune a aminti, din nefericire, și unele decizii ale

Curții Constituționale a României, precum Decizia nr. 601/2018.³⁶ După cum am mai indicat și cu alte ocazii³⁷ (aspect semnalat relativ constant în doctrină)³⁸, această hotărâre, parțial justă, devine profund criticabilă sub un anumit aspect, care ține tocmai de imperativul recunoașterii faptului că formele pluralității de infracțiuni apte a se manifesta *de lege lata* nu se reduc doar la concursul de infracțiuni, recidivă și pluralitatea intermediară de infracțiuni, trebuind recunoscute și alte forme, uneori denumite în parte a doctrinei: *pluralitate sui-generis* de infracțiuni, respectiv *pluralitate nenumită* de infracțiuni. În situația aici preluată spre scurtă analiză este vorba despre ignorarea, de către Curtea Constituțională, la momentul pronunțării acestei decizii, a existenței pluralității *sui-generis* de infracțiuni în raport de un infractor minor la data comiterii (cel puțin) a unei prime infracțiuni. Astfel, magistrații Curții Constituționale au abordat chestiunea exclusiv din perspectiva în care minoritatea infractorului este compatibilă doar cu pluralitatea de infracțiuni manifestată sub formă de concurs, iar nu și cu vreo altă formă de manifestare a pluralității de infracțiuni. O asemenea abordare este incorectă, tocmai în considerarea așa-numitei pluralități *sui-generis* de infracțiuni, instituție care deși nu este expres denumită de legiuitor și nu cunoaște reglementarea expresă a condițiilor sale de existență, prin norme juridice, are dedicate totuși o serie de texte legale privind sancționarea; printre acestea inclusiv textul legal cu privire la care s-a pronunțat Decizia CCR nr. 601/2018 – art. 129 alin. 2 C. pen.

În esență, potrivit art. 129 C. pen., se reglementează ipoteza particulară a comiterii mai multor infracțiuni (așadar, a săvârșirii unei pluralități de infracțiuni) de către un infractor care era minor la data debutului infracțional (prima infracțiune / primele infracțiuni fiind comise în perioada minorității), dar nu și la momentul finalizării ansamblului faptic (fiind major la comiterea ultimei infracțiuni / a unor infracțiuni din structura aceleiași pluralități infracționale care a debutat în timpul minorității). Primul alineat vizează expres doar situația unui concurs de infracțiuni; în schimb, dispozițiile alineatului al doilea nu se mai limitează doar la concursul de infracțiuni (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus!*). Desigur, reglementarea din art. 129 alin. 2 C. pen. poate fi reținută ca incidentă în ipoteze de concurs de infracțiuni, dar nu numai – fiind pasibilă de reținere și față de situații specifice așa-numitei pluralități *sui-generis* de infracțiuni (ceea ce Curtea Constituțională a ignorat cu desăvârșire).

³⁶ M. Of. nr. 1057 din 13.12.2018. Decizia poate fi consultată și online, în format electronic, pe site-ul oficial al Curții Constituționale, la adresa de internet (accesată la data de 9 feb. 2023): https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2020/07/Decizie_601_2018.pdf.

³⁷ M. Dunea, *Implicații ale unor intervenții legislative sau de jurisprudență obligatorie relativ recente asupra protecției victimei infracțiunii* – material aflat în curs de publicare în volumul „Protecția victimelor infracțiunii. Lecțiile unui deceniu” – lucrare adunând lucrările Conferinței internaționale bienale organizată de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, ed. a XIV-a (20-21 octombrie 2022).

³⁸ F. Streteanu, *Succinte observații cu privire la decizia nr. 601/2018 a Curții Constituționale. Notă critică*, în *Caiete de drept penal*, nr. 4/2018, p. 165-171.

Considerații critice referitoare la unele reglementări și soluții ale jurisprudenței naționale

În acest context, art. 129 alin. 2 C. pen. prevede consecințele sancționatorii ale ipotezei în care un infractor care era minor la data comiterii unei prime infracțiuni, comite ulterior o nouă infracțiune (concurrentă cu prima sau în pluralitate *sui-generis* față de acesta – după cum noua infracțiune este săvârșită înainte sau după condamnarea definitivă a infractorului în cauză la o măsură educativă aferentă primei infracțiuni!), după împlinirea vârstei majoratului. Desigur, aferentă primei infracțiuni va fi o sancțiune penală specifică minorilor infractori – o măsură educativă, iar corespunzătoare acestei ultime infracțiuni, comise după majorat, va fi o pedeapsă. Dispozițiile de la lit. a)-d) ale art. 129 alin. 2 C. pen. prevăd modalități distincte de soluționare sancționatorie a ipotezelor posibile, după cum fie măsura educativă, fie pedeapsa (fie ambele) sunt, după caz, privative sau neprivative de libertate.

Art. 129 alin. 2 lit. b) C. pen. vizează ipoteza în care atât măsura educativă cât și pedeapsa sunt privative de libertate – mai exact, situația în care pedeapsa este (și ea) privativă de libertate pe durată determinată, anume: pedeapsa închisorii. În acest caz, legiuitorul a decis că, în urma comparației dintre cele două sancțiuni penale, va avea câștig de cauză pedeapsa, care se va dispune ca bază a sancționării rezultante a infractorului respectiv, urmând însă a se aplica acesteia și un spor, preluat din durata măsurii educative dispuse sau din durata părții neexecutate integral din respectiva măsură educativă. Potrivit viziunii inițiale a legiuitorul, sporul respectiv era obligatoriu și variabil, în sensul că se indica limita inferioară a sporului ($1/4$ din durata măsurii educative ori din restul rămas neexecutat din aceasta la data comiterii infracțiunii de după majorat), fără a se stabili și limita sa superioară. De aici rezulta că instanța putea decide și utilizarea unui spor mai drastic, de exemplu, de $1/3$, sau $1/2$, sau $2/3$ ori $3/4$ din durata măsurii educative / restul neexecutat din aceasta, putând ajunge chiar până la cumul aritmetic între durata pedepsei și durata măsurii educative privative de libertate dispuse / restul rămas neexecutat din aceasta la data comiterii infracțiunii de după majorat).

Raportat la ipoteza comiterii unui concurs de infracțiuni (și doar a unui concurs de infracțiuni), dispoziția pornea dintr-un punct de severitate mai scăzută a sporului decât în cazul sancționării concursului de infracțiuni comis de către un infractor major [unde sporul este obligatoriu și fix – $1/3$ din cealaltă pedeapsă / suma celorlalte pedepse, potrivit art. 139 alin. 1 lit. b) și c) C. pen.], dar putea ajunge la un nivel de severitate sancționatorie mai sporită. Desigur, o asemenea ipoteză nu era logică, din moment ce legea actuală tinde a adopta *de plano* o atitudine sancționatorie diversificată – și, de principiu, mai puțin represivă – în cazul infractorilor minori, prin comparație cu situația infractorilor majori.

Raportat, însă, la posibilitatea aplicării aceleiași dispoziții în cazul unei pluralități *sui-generis* de infracțiuni, norma era firească, tocmai pentru a preveni situații de natura acelorora la care se poate ajunge ulterior pronunțării Deciziei CCR nr. 601/2018: potențiala încurajare a unor infractori la comiterea unei noi infracțiuni în încercarea (paradoxală) de a-și atrage o situație juridică mai favorabilă decât cea în care se găsesc dacă nu ar comite noua infracțiune...! Astfel,

infractorul minor condamnat la o măsură educativă privativă de libertate de lungă durată, care devenea major imediat după pronunțare (sau era, poate, deja major la momentul pronunțării) nu era tentat să comită o nouă infracțiune de gravitate medie / scăzută în speranța că durata privării sale de libertate va scădea, din moment ce instanța, alegând pedeapsa (potențial mai redusă decât măsura educativă) o putea spori pe aceasta nu doar fix cu 1/4 din durata măsurii educative (ceea ce poate conduce la o rezultată inferioară duratei măsurii educative / restului rămas de executat din aceasta), ci putea să și cumuleze integral durata măsurii educative / restului neexecutat din ea la durata pedepsei închisorii.

În schimb, prin Decizia CCR nr. 601/2018, sintagma „cel puțin” din cuprinsul art. 129 alin. 2 lit. b) C. pen. a fost declarată neconstituțională, rezultând că (prin inactivitatea legiuitorului, care nu a reacționat nici astăzi) textul legal rămas activ, la acest moment, este după cum urmează: *„În cazul săvârșirii a două infracțiuni, dintre care una în timpul minorității și una după majorat, pentru infracțiunea comisă în timpul minorității se ia o măsură educativă, iar pentru infracțiunea săvârșită după majorat se stabilește o pedeapsă, după care: (...) b) dacă măsura educativă este privativă de libertate, iar pedeapsa este închisoarea, se aplică pedeapsa închisorii, care se majorează cu o durată egală cu [cel puțin] o pătrime din durata măsurii educative ori din restul rămas neexecutat din aceasta la data săvârșirii infracțiunii comise după majorat”*. Practic, prin Decizia CCR 601/2018 s-a transformat sporul obligatoriu și variabil în spor obligatoriu și fix de 1/4 din valoarea neexecutată a măsurii educative la momentul comiterii noii infracțiuni, de după majorat.

În anumite ipoteze particulare descrise deja în doctrină³⁹ (măsură educativă privativă de libertate de lungă durată; împlinirea vârstei majoratului de către infractor imediat după aplicarea acesteia / existența vârstei majoratului infractorului chiar la momentul aplicării măsurii educative; comiterea unei noi infracțiuni, de gravitate redusă, sancționată cu închisoarea pe scurtă durată, la o dată la care mai este de executat cea mai mare parte din durata – mult mai îndelungată – a măsurii educative privative de libertate), în urma acestei decizii, se poate ajunge, practic, la o situație absurdă / paradoxală (și periculoasă), anume: încurajarea infractorului la comiterea unei noi infracțiuni, doar pentru a-și reduce durata privării de libertate pe care o mai are de executat, cu titlu de sancțiune penală, dacă nu ar săvârși o nouă infracțiune!

Concluzie

Deși materia pluralității de infracțiuni reprezintă unul dintre cele mai „așezate” și mai larg reglementate segmente ale edificiului normativ și doctrinar penal (încă de suficient de mult timp), este posibil a mai identifica, totuși (uneori cu surprindere), spațiu pentru îmbunătățirea reglementării. Fie subzistă încă situații controversate / controversabile insuficient clarificate de către legiuitor (cu

³⁹ *Ibidem*, pp. 165-171.

Considerații critice referitoare la unele reglementări și soluții ale jurisprudenței naționale

ratarea, la momentul elaborării și intrării în vigoare a unui nou Cod penal a șanse de a le asana), fie apar altele noi acolo unde soluțiile anterioare erau clare și juste (câteodată din rațiuni care țin de insuficienta viziune și informare a însuși legiuitorului cu privire la materia asupra căreia legiferează), fie se strecoară soluții nefericite în interpretarea obligatorie impusă de instanța supremă ori în procesul tranșării constituționalității / neconstituționalității unor dispoziții legale infraconstituționale, prin activitatea Curții Constituționale a României.

Implicațiile profunde pe care asemenea probleme le pot determina în materia pluralității de infracțiuni și mizele ridicate pe care le implică pentru numeroase persoane, justifică demersul de analiză întreprins și ar întemeia intervenții legislative punctuale, concordante propunerilor coerente formulate, pe baze științifice și logice, de către o parte semnificativă a specialiștilor în materie juridico-penală, prin intervenții doctrinare (și nu numai). Putem doar spera – și de această dată – că în timp va exista conștientizare și disponibilitate legislativă de optimizare, cel puțin în legătură cu problemele actuale care au implementate soluții ilogice, absurde sau neconforme substanței esențiale a dreptului penal!

Referințe

- Antoniou G. (coord.), *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol. I (art. 1-52), Editura Universul Juridic, București, 2010.
- Antoniou G., Toader T. (coord.), *Explicațiile noului Cod penal*, vol. I (art. 1-52), Editura Universul Juridic, București, 2015.
- Dunea M., *Observații referitoare la impactul produs asupra unor instituții generale ale dreptului penal de modificările apportate prin OUG nr. 18/2016*, în *Analele științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*, seria *Științe Juridice*, tomul LXII, nr. 1/2016.
- Dunea M., *Implicații ale unor intervenții legislative sau de jurisprudență obligatorie relativ recente asupra protecției victimei infracțiunii – material aflat în curs de publicare în volumul „Protecția victimelor infracțiunii. Lecțiile unui deceniu” – lucrare adunând lucrările Conferinței internaționale bienale organizată de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Ediția a XIV-a (20-21 octombrie 2022)*.
- Mărculescu-Michinici M.I., Dunea M., *Drept penal. Partea generală - curs teoretic în domeniul licențe (I)*, Editura Hamangiu, București, 2017.
- Mărculescu-Michinici M.I., *Când (nu) există pluralitatea intermediară de infracțiuni? (II) Regimul sancționator – particularități*, în *Analele științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*, seria *Științe Juridice*, tomul LXIII, nr. I/2017.
- Mitrache C-tin, Mitrache C., *Drept penal român. Partea generală*, ed. a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2016.
- Mitrache C-tin, Mitrache C., *Drept penal român. Partea generală*, ed. a III-a, Editura Universul Juridic, București, 2019.
- Mitrache C-tin, Mitrache C., *Drept penal român. Partea generală*, ed. a IV-a, Editura Universul Juridic, București, 2022.
- Pașca V., *Drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2014.
- Streteanu F., *Concursul de infracțiuni*, Editura Lumina Lex, București, 1999.
- Streteanu F., Nițu D., *Drept penal. Partea generală (curs universitar)*, Vol. II, Editura Universul Juridic, București, 2018.
- Streteanu F., *Succinte observații cu privire la decizia nr. 601/2018 a Curții Constituționale. Notă critică*, în *Caiete de drept penal*, nr. 4/2018.

Toader T., Michinici M.I., Răducanu R., Crișu-Ciocîntă A., Rădulețu S., Dunea M., *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2014.

Udroiu M., *Drept penal. Partea generală – Noul Cod penal*, ed. a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2015.

Sesizarea – instrument de relevare a infracțiunilor

Intimation – a tool for detecting crimes

Ion Covalciuc¹

Rezumat: Comiterea faptelor penale nu presupun în mod automat inițierea unor investigații din partea organelor judiciare. Pe de o parte, autoritățile urmăresc relevarea faptelor penale iar, pe de altă parte, se vizează reducerea riscului unor investigații arbitrare. Instrumentul utilizat pentru soluționarea acestei dileme este *sesizarea* - calea prin care organul judiciar este informat despre comiterea unei infracțiuni. De măiestria cu care legiuitorul din Republica Moldova a reușit să reglementeze instituția sesizării în procesul penal, depinde, pe de o parte, eficacitatea organelor judiciare în relevarea faptelor penale, iar, pe de altă parte, protejarea societății de intervențiile arbitrare ale agenților statului. Rolul doctrinei în acest proces este unul ce nu poate fi neglijat. Inadvertențele identificate și - nu în ultimul rând - soluțiile propuse pentru remedierea acestora urmează a fi luate în calcul nu doar pentru perfecționarea cadrului normativ, ci și pentru aplicarea acestuia de către organele judiciare.

Cuvinte-cheie: proces penal, sesizare, organ de urmărire penală, plângere, plângere prealabilă, denunț.

Abstract: The commission of criminal acts does not automatically imply the initiation of investigations by judicial bodies. On the one hand, the authorities aim to reveal criminal facts and, on the other hand, to reduce the risk of arbitrary investigations. The tool used to solve this dilemma is the notification - as the instrument through which the judicial body is informed about the commission of a crime. On the one hand, the effectiveness of judicial bodies in revealing criminal facts and, on the other hand, the protection of society from the arbitrary interventions of state agents depends on the mastery with which the legislator manages to regulate the institution of notification in the criminal process. The role of the doctrine in this process is one that cannot be neglected. The inadvertences identified by the specialists in the field and – last, but not least - the solutions proposed for their remedy are to be taken into account not only for the improvement of the normative framework, but also for its application by the bodies judicial judicial bodies.

Key-words: criminal process, notification, criminal investigation body, complaint, preliminary complaint, denunciation.

¹ Lector univ. dr., Academia „Ștefan cel Mare” a Ministerului Afacerilor Interne din Republica Moldova, e-mail: ioncov75@gmail.com.

1. Introducere

Conform prevederilor art. 1 alin. (1) CPP RM², procesul penal reprezintă activitatea organelor de urmărire penală și a instanțelor judecătorești, cu participarea părților în proces și a altor persoane, desfășurată în conformitate cu prevederile Codului de procedură penală. Procesul penal se consideră început din momentul sesizării sau autosesizării organului competent despre pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni. Din această dispoziție rezultă că unica modalitate de investire a organelor judiciare pentru realizarea investigațiilor penale o reprezintă sesizarea. Sesizarea care, potrivit unei părți a doctrinei, reprezintă mijlocul prin intermediul căruia este informat organul judiciar despre comiterea infracțiunii³.

Modalitățile prin care organul judiciar este informat despre comiterea infracțiunii rezultă din prevederile art. 262 CPP RM, în conformitate cu care organul de urmărire penală poate fi sesizat despre săvârșirea sau pregătirea pentru săvârșirea unei infracțiuni prevăzute de Codul penal prin: 1) plângere; 2) denunț; 3) autodenunț; 3¹) proces-verbal cu privire la constatarea infracțiunii, întocmit de organele de constatare; 4) depistarea nemijlocită de către organul de urmărire penală sau procuror a bănuielii rezonabile cu privire la săvârșirea unei infracțiuni; 5) raportul de audit al Curții de Conturi și documentele aferente acestuia.

Conform aceleiași norme dacă, potrivit legii, pornirea urmăririi penale se poate face numai la plângere prealabilă, ori cu acordul organului prevăzut de lege, urmărirea penală nu poate începe în lipsa acestora. Iar în cazul depistării infracțiunii nemijlocit de către lucrătorul organului de urmărire penală, acesta întocmește un raport în care expune circumstanțele depistate și dispune înregistrarea infracțiunii.

La fel, în orice caz de deces al persoanei aflate în custodia statului, în legătură cu urmărirea penală sau executarea pedepsei, procurorul se autosesizează, în condițiile legii.

Modalitățile de sesizare au caracter limitativ, însă se pot prezenta sub diferite forme, iar natura juridică a unei sesizări se determină după criteriile substanțiale, nu formale⁴.

Având în vedere situația deosebită în care se află victimele torturii⁵, tratamentul inuman sau degradant, legiuitorul a prevăzut ca orice declarație, plângere sau alte informații ce oferă temei de a presupune că persoana a fost supusă acțiunilor de tortură, tratament inuman sau degradant, prevăzute la art.

² Codul de procedură penală al Republicii Moldova, adoptat de Parlamentul Republicii Moldova la 14.03.2003, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 104-110, 2003, în vigoare din 12 iunie 2003.

³ I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, ed. a II -a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 64.

⁴ M. Udroui et. al. *Codul de procedură penală, Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București 2015, p. 832.

⁵ D. Ursu, *Răspunderea penală pentru tortură, tratament inuman sau degradant*. Teză de doctor în drept, Chișinău, 2017, p. 35.

166¹ CP RM⁶, urmează a fi prezentate sau transmise imediat procurorului pentru a fi examinate în conformitate cu art. 274 alin. (3¹) din Codul de procedură penală.

Examinarea sesizărilor despre acțiunile Președintelui Parlamentului, Președintelui Republicii Moldova, Prim-ministrului și examinarea infracțiunilor comise de către aceștia, dat fiind specificul funcțiilor respective, se fac de către Procurorul General sau un procuror desemnat de acesta. Din aceleași raționamente, examinarea sesizărilor despre infracțiunile comise de către Procurorul General se face de către un procuror desemnat de către Consiliul Superior al Procurorilor. Pentru a asigura respectarea prevederilor respective, legiuitorul obligă organul de urmărire penală care a primit o sesizare despre infracțiunile săvârșite de persoanele menționate să o trimită imediat pentru examinare Procurorului General sau, după caz, Consiliului Superior al Procurorilor.

Totodată, revenind la prevederile art. 1 alin. (2) CPP RM, putem observa că procesul penal are ca scop protejarea persoanei, societății și statului față de comiterea de infracțiuni, precum și protejarea persoanei și societății de faptele ilegale ale persoanelor cu funcții de răspundere în activitatea lor legată de cercetarea infracțiunilor presupuse sau săvârșite, astfel ca orice persoană care a săvârșit o infracțiune să fie pedepsită potrivit vinovăției sale și nici o persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală și condamnată.

Astfel, din cele menționate, rezultă (pe de o parte) că sesizarea organului de urmărire penală reprezintă calea prin care organul judiciar este nu doar informat, ci și investit să realizeze investigațiile penale, iar (pe de altă parte) formele în care poate fi sesizat organul de urmărire penală sunt prevăzute expres în Codul de procedură penală. În acest sens au dreptate unii autori atunci când afirmă că organul de urmărire penală este obligat să înregistreze sesizarea potrivit normelor legale și doar după aceasta este în drept să efectueze acțiunile procesuale ce se impun⁷. Lipsa sesizării conform prevederilor procesual penale lipsește organul judiciar de posibilitatea de inițiere a investigațiilor.

În altă ordine de idei, așa după cum rezultă din cele menționate anterior, scopul procesului penal rezidă în protejarea persoanei, a societății și a statului de infracțiuni, astfel ca orice persoană care a săvârșit o infracțiune să fie pedepsită potrivit vinovăției. Totodată protejarea persoanei și societății de faptele ilegale ale persoanelor cu funcții de răspundere în activitatea lor legată de cercetarea infracțiunilor presupuse sau săvârșite, ... astfel ca nici o persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală și condamnată, reprezintă după noi condițiile în care urmează a fi realizat acest scop.

În concluzie, sarcina legiuitorului este nu doar de a prevedea formele de sesizare ale organului de urmărire penală, dar și de a face acest lucru de o asemenea manieră încât sesizarea să devină un instrument efectiv în relevarea faptelor infracționale, urmărind dinamizarea, în acest sens, nu doar a organelor judiciare, ci și a celorlalți actori care pot avea anumite informații despre

⁶ Codul penal al Republicii Moldova, adoptat de Parlamentul Republicii Moldova la 18.04.2002, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 128-129/1012, 2002, în vigoare din 12 iunie 2003.

⁷ T. Osoianu, D. Ostafciuc, *Urmărirea penală*, Editura Cartea Militară, Chișinău, 2021, p. 28.

comiterea faptelor penale. Dar, nici într-un caz sesizarea, nu ar trebuie să constituie un instrument de paralizare a activității organelor judiciare, în activitatea de relevare a faptelor penale.

De altfel, cele afirmate se pliază perfect prevederilor art. 28 alin. (1) CPP RM, în conformitate cu care procurorul și organul de urmărire penală au obligația, în limitele competenței lor, de a porni urmărirea penală în cazul în care sunt sesizați, în modul prevăzut de legislația procesual penală, că s-a săvârșit o infracțiune și de a efectua acțiunile necesare în vederea constatării faptei penale și a persoanei vinovate. Or, pe de o parte, putem observa că legiuitorul a instituit în procesul penal principiul oficialității urmăririi penale, iar, pe de altă parte, a condiționat pornirea procesului penal de prezența sesizării. Mai mult, felul în care este reglementat începutul procesului penal în art. 1 CPP RM, ne face să credem că rolul organului de urmărire penală în această etapă nu este unul decizional, el doar urmând să verifice dacă sesizarea corespunde criteriilor prevăzute de lege.

În altă ordine de idei, plasarea de către legiuitorul autohton a fazei urmăririi penale ulterior pornirii procesului penal (cu toate criticile pe care le comportă această abordare), repune în joc organul de urmărire penală prin posibilitatea de a hotărî fie începerea, fie neînceperea urmăririi penale⁸.

2. Formele speciale de sesizare a organului de urmărire penală

Desigur, de la principiul oficialității pot exista anumite excepții, doar că, așa cum am menționat și anterior, acestea nu ar trebui să constituie o barieră în relevarea și cercetarea infracțiunilor, încadrându-se în politica penală a statului. Or, dacă modalitățile de sesizare bazate pe principiul oficialității nu constituie un impediment în relevarea infracțiunilor de către organele judiciare, atunci, cu excepțiile de la acest principiu și felul în care ele au fost reglementate de către legiuitor, pot în opinia noastră ridica anumite probleme în acest sens. Considerente pentru care ne vom focaliza analiza asupra modalităților speciale de sesizare a organului de urmărire penală.

O primă excepție de la principiul oficialității îl constituie instituția plângerii prelabile, reglementată de art. 276 CPP RM, în conformitate cu care legiuitorul a prevăzut că pentru o anumită categorie de infracțiuni urmărirea penală se pornește numai în baza plângerii prelabile a victimei, enumerând infracțiunile respective. Acestea sunt faptele incriminate în următoarele articole ale CPP RM: 152 alin. (1) [vătămarea intenționată medie a integrității corporale sau a sănătății]; art. 155 [amenințarea cu omor ori cu vătămarea corporală gravă a integrității corporale ori a sănătății]; art. 157 [vătămarea gravă ori medie a integrității corporale sau a sănătății cauzată din imprudență]; art. 161 [efectuarea fecundării artificiale sau a implantării embrionului fără consimțământul pacientei]; art. 173 [hărțuirea sexuală]; art. 177 [violarea dreptului la secretul corespondenței]; art. 179 alin. (1) și (2) [violarea domiciliului]; art. 193 [tulburarea de posesie]; art. 194 [însușirea sau utilizarea ilicită a energiei electrice,

⁸ T. Osoianu, D. Ostafciuc, *op. cit.*, p. 28.

termice sau a gazelor naturale]; art. 197 alin. (1) [distrugerea sau deteriorarea intenționată a bunurilor]; art. 204 alin. (1) [divulgarea secretului adopției]; art. 246¹[concurența neloială], din CP RM, precum și în cazul furtului avutului proprietarului săvârșit de minor, de soț, rude, în paguba tutorelui, ori de persoana care locuiește împreună cu victima sau este găzduită de aceasta.

Deși o parte din faptele menționate de către art. 276 CPP RM între timp au fost decriminalizate, astfel că menținerea indicării lor nu se mai justifică (iar pentru altele, cum ar fi, spre exemplu, infracțiunea prevăzută la art. 173 CP RM, urmare a schimbării quantumului pedepsei nu se mai justifică pornirea urmăririi penale la plângerea victimei, aceasta fiind contrară prevederilor art. 109 CP RM), nu putem trece cu vederea că legiuitorul a ales să introducă această procedură de sesizare a organului de urmărire penală având la bază anumite criterii. În acest sens, deși cu referire la legislația procesual penală a României, dar nu putem să nu îi dăm dreptate, profesorului N. Volonciu., precum că necesitatea plângerii prealabile pornește de la împrejurarea că infracțiunile respective, prin natura lor, sunt dintre acelea care privesc interesele personale ale părților⁹, or, altfel spus, interesele persoanele ale părților prevalează asupra interesului public, a cărui existență în cauză, de asemenea, nu poate fi negată. Afirmație pe care o considerăm perfect valabilă și pentru legislația procesual penală a Republicii Moldova. În cadrul urmăririi penale, la împăcarea părții vătămate cu bănuitul/învinuitul/ inculpatul în cazurile menționate, urmărirea penală încetează, pe când lipsa ori retragerea plângerii prealabile constituie, conform prevederilor art. 275 pct. 6 CPP RM, circumstanțe ce exclud urmărirea penală.

La fel, legiuitorul a prevăzut, prin derogare de la prevederile art. 276 alin. (1) CPP RM, că în cazul în care organul de urmărire penală depistează nemijlocit, sau este sesizat despre săvârșirea sau pregătirea pentru săvârșirea infracțiunilor prevăzute la art. 185² CP RM, [încălcarea dreptului asupra obiectelor de proprietate industrial]cu excepția infracțiunilor prevăzute la alin. (2)³, și la art. 185³ CP RM, [declarațiile intenționat false în documentele de înregistrare ce țin de protecția proprietății intelectuale] acesta notifică titularul de drepturi sau autoritatea abilitată conform legislației privind protecția indicațiilor geografice, denumirilor de origine și specialităților tradiționale garantate despre acestea. Dacă titularul de drepturi sau autoritatea abilitată conform legislației privind protecția indicațiilor geografice, denumirilor de origine și specialităților tradiționale garantate, în termen de 15 zile lucrătoare de la data primirii notificării, nu depune plângerea prealabilă, organul de urmărire penală nu începe urmărirea penală.

Dincolo de interesul personal al părților, legiuitorul a luat în calcul și situațiile în care, în urma infracțiunii, au avut de suferit mai multe persoane, admitând posibilitatea ca urmărirea penală să fie pornită chiar dacă plângerea prealabilă se înaintează doar de către una din victime. În aceste cazuri, accentual

⁹ N. Volonciu, *Tratat de procedură penală, parte specială*, vol. II., ed. rev. și ad., Editura PAIDEIA, București, 1996, p. 111.

este pus, pe lângă interesul privat, și pe interesul public – anume acela de combatere a infracțiunilor.

Aceiași formulă este utilizată și dacă la comiterea unei infracțiuni au participat mai mulți făptuitori. În aceste situații, chiar dacă plângerea prealabilă a fost depusă numai în privința unuia din subiecții activi ai infracțiunii, urmărirea penală se efectuează în privința tuturor făptuitorilor.

La fel, legiuitorul a prevăzut și situațiile în care victima, care figurează într-un proces privitor la o infracțiune pentru care urmărirea penală se pornește la plângerea prealabilă, nu este în stare să-și apere drepturile și interesele legitime din cauza incapacității sau a capacității de exercițiu limitate, a stării de neputință sau a dependenței față de bănuț sau din alte motive. În asemenea cazuri, procurorul pornește urmărirea penală chiar dacă victima nu a depus plângere.

Așa cum am menționat anterior, conducându-se de interesul părților, legiuitorul Republicii Moldova, a prevăzut împăcarea părții vătămate cu bănuțul, învinutul, inculpatul, ca instrument de încetare a urmăririi penale. Instrument pentru care, la fel, au prevăzute situațiile în care în cauză pot figura fie mai multe victime, fie mai mulți făptuitori și în conformitate cu care împăcarea este personală și produce efect doar dacă intervine până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești.

Iar pentru persoanele incapabile, împăcarea se poate face numai de reprezentanții lor legali. Persoanele cu capacitate de exercițiu limitată se pot împăca cu încuviințarea reprezentanților lor legali. Împăcarea poate avea loc și în cazul în care urmărirea penală a fost pornită de către procuror din oficiu.

La fel, împăcarea părților poate avea loc și prin aplicarea medierii conform Legii cu privire la mediere¹⁰.

Spre deosebire de plângere, plângerea prealabilă nu poate fi suplinită prin nici o altă modalitate de sesizare¹¹. Cu toate acestea, poziția legiuitorului, de a renunța de la principiul oficialității în favoare disponibilității părților, pare a fi una întemeiată, luând în calcul categoriile de infracțiuni și calitatea persoanelor pentru care a fost introdusă această modalitate de sesizare, dar și instrumentele de intervenție din oficiu pentru anumite situații.

Deși se pot aduce anumite critici (dar care depășesc limitele prezentului demers) modului în care a fost reglementată în legislația procesual penală instituția plângerii prealabile, considerăm instituția ca fiind una conformă actualei politici penale a statului. Totodată, din perspectiva de instrument de relevare a faptelor infracționale, plângerea prealabilă se încadrează în paradigma procesual penală, reprezentând soluția ideală între necesitatea relevării infracțiunilor și protejarea intereselor personale ale părților. Astfel, statul a lăsat la discreția părților dreptul de a decide soarta procesului atât la etapa de pornire a acestuia

¹⁰ Legea cu privire la mediere, nr. 137, din 03.07.2015, Monitorul Oficial nr. 224-233/445, 21.08.2015.

¹¹ I. Neagu, *Tratat de procedură penală partea specială*, ed. a II-a, rev., București, Editura Universul Juridic, 2010, p. 67, în: T. Osoianu, D. Ostafciuc, *Urmărirea penală*, Chișinău, Editura Cartea Militară, 2021, p. 48.

cât și ulterior, prin posibilitatea încetării procesului penal, doar în măsura în care în cadrul investigațiilor s-a stabilit că infracțiunea investigată face parte din categoria celor prevăzute la art. 276 CPP RM, fie la art. 109 CP RM, iar părțile nu sunt afectate de vulnerabilitățile menționate supra.

În altă ordine de idei, plângerea prealabilă nu reprezintă, de fapt, unica procedură specială de sesizare a organului de urmărire penală. Astfel, conform prevederilor art. 276¹ CPP RM, în cazul în care în sesizarea depusă la organul de urmărire penală conține semne clare care justifică bănuirea rezonabilă de săvârșire a unei infracțiuni prevăzute la art. 223, art. 224 alin. (1), art. 227 alin. (1), art. 228 lit. a) și b), art. 241, 242, 244, 244¹, 246, 246¹, 250, 257, 258, 262, 263 CP RM, inclusiv în cazul autosesizării organului de urmărire penală sau a procurorului în privința infracțiunilor menționate, organul competent să exercite urmărirea penală solicită opinia organului de stat competent (organului de control) asupra activității de întreprinzător sau a altui organ competent în controlul respectării prevederilor legislației din domeniul în care a fost săvârșită fapta, în vederea expunerii, în limita competențelor sale, asupra existenței sau nu a încălcării legislației din domeniu și prejudiciului cauzat prin încălcare. Solicitarea organului de urmărire penală trebuie să conțină exact faptele și informațiile cu privire la care se solicită opinia organului de control.

Organul de urmărire penală nu are dreptul să dispună sau să solicite organului de control inițierea unui control în sensul Legii nr. 131/2012 privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător ¹².

Felul în care a fost reglementată modalitatea de sesizare conform art. 276¹ CPP RM, ne permite să afirmăm că, de fapt, prin această modalitate de sesizare se anihilează posibilitatea organului de urmărire penală de a iniția din oficiu pornirea procesului penal, așa cum acest principiu rezultă din prevederile art. 28 CPP RM. Mai mult, pare de neînțeles însuși felul în care legiuitorul a ales să reglementeze această instituție, în situația în care, pe de o parte, legiuitorul prevede atât posibilitatea de sesizare cât și de autosesizare a organului de urmărire penală, iar, pe de altă parte, obligă organul de urmărire penală să solicite opinia altor autorități cu privire la „*încălcarea legislației în domeniu*”. Încălcarea, care, de fapt, reprezintă fapta săvârșită sau presupus săvârșită și care constituie obiectul material al procesului penal și care, împreună cu raportul juridic de drept penal ca manifestare a conflictului de drept survenit¹³) constituie atributul urmăririi penale, care are ca obiect colectarea probelor necesare cu privire la existența infracțiunii, la identificarea făptuitorului, pentru a se constata dacă este sau nu cazul să se transmită cauza penală în judecată, în condițiile legii, și pentru a se stabili răspunderea acestuia, conform art. 252 CPP RM. Astfel, într-un mod inexplicabil, legiuitorul a ales să pună în sarcina unor organe nejudiciare rezolvarea problemelor legate de obiectul cauzei penale, în acest sens având

¹² Legea privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător nr. 131 din 08.06.2012, Monitorul Oficial 181-184/595, 31.08.2012.

¹³ N. Volonciu, *Tratat de procedură penală, parte specială*, vol. I., Editura PAIDEIA, București, 1996. p. 15.

dreptate unii autori când afirmă că formele speciale de sesizare a organului de urmărire penală reprezintă „invenția” actuală a legiuitorului. Pentru început, această abordare a fost aplicată în procesul penal rusesc, pentru intentarea cauzelor penale privind infracțiunile din domeniul financiar-fiscal. În acord cu normele procesual penale în vigoare, la pornirea procesului penal puteau servi doar materialele remise în adresa organului de urmărire penală de către organele fiscale, administrate conform legislației fiscale. Această modificare a căilor tradiționale de sesizare din oficiu a organelor de urmărire penală este (conform autorului citat) cauzată de tendința apărută la finele anului 2010, de a considera necesară limitarea posibilităților organelor judiciare, de a influența procesele economice prin intermediul represiunilor penale. Concomitent, prezența oricărui motiv „monopolizat” de sesizare a organului de urmărire penală, consideră autorul, exclude nu doar posibilitatea utilizării în această etapă a rezultatelor activității operative de investigație, ci și relevarea infracționalității latente, de către organele de constatare special constituite în acest sens. Recurgerea la modalitățile speciale de sesizare contravine principiului oficialității procesului penal, reprezintă o tendință eronată, în reglementarea etapei pornirii urmăririi penale¹⁴.

De altfel, abordarea respectivă pare să ignore prevederile art. 1 alin. (1) CPP RM, în conformitate cu care procesul penal se consideră început din momentul sesizării sau autosesizării organului competent despre pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni. La fel prin această abordare se neglijează rolul organului de urmărire penală în procesul penal care rezultă din art. 55 alin. (4) CPP RM, în conformitate cu care dacă există indici ai infracțiunii, organul de urmărire penală, concomitent cu înregistrarea sesizării despre aceasta, pornește procesul de urmărire penală și, călăuzindu-se de dispozițiile prezentului cod, efectuează acțiuni de urmărire penală în vederea descoperirii ei și fixării probelor care confirmă sau infirmă săvârșirea infracțiunii, ia măsuri în vederea asigurării acțiunii civile sau a unei eventuale confiscări a bunurilor dobândite ilicit. Prevederi care, în mod evident, sunt în opoziție cu abordarea legiuitorului din art. 276¹ CPP RM.

Solicitarea organului de urmărire penală adresată în conformitate cu prevederile art. 276¹ alin. (1) CPP RM, se examinează de organul de control competent în conformitate cu prevederile Legii nr. 131/2012 privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător. Adică, urmând logica de mai sus, după pornirea procesului penal, contrar prevederilor art. 2 alin. (4) CPP RM (care, la fel, nu este în afara criticii), urmează anumite investigații în afara procesului penal desfășurate de către un organ nejudiciar. Întrebarea care apare în acest sens este dacă activitățile respective sunt, ori nu, conforme prevederilor art. 6 CEDO¹⁵, iar răspunsul, după noi, este la suprafață – modalitățile respective de investigații nu satisfac cerințele CEDO, în materie.

¹⁴ Л. Головки и другие, Курс Уголовного процесса. Изд. Статут, Москва, 2017, с. 596. (L. Golovco et al., *Tratat de procedură penală*, Editura Statut, Moscova, 2017, p. 596.)

¹⁵ Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale din 04.11.1950.

La fel, în situațiile prevăzute la art. 276¹ alin. (1) CPP RM, în cazul când solicitarea excede competența organului de control, acesta, în termen de 5 zile de la recepționare, restituie organului de urmărire penală solicitarea și materialele anexate la aceasta, în partea care excede competența organului de control. Fără însă ca legiuitorul să prevadă și ulterioarele acțiuni ale organului de urmărire penală, inclusiv felul în care ar urma acesta să procedeze, dacă, spre exemplu, infracțiunea investigată face parte din categoria celor prevăzute de lege, pentru care este necesară modalitatea specială de sesizare conform art. 276¹ CPP RM, iar, pe de altă parte, organul specializat se declară incompetent să realizeze controlul.

Recapitulând cele relatate mai sus, putem observa că actuala construcție procesual penală a Republicii Moldova, prevede că urmărirea penală se pornește ulterior pornirii procesului penal. Astfel în contextul modalității speciale de sesizare a organului de urmărire penală reglementată de art. 276¹ CPP RM nu putem trece cu vederea că interdicția ca în cazul infracțiunilor menționate supra, pentru procuror (fără a se referi din motive neclare la organul de urmărire penală) de a decide asupra pornirii urmăririi penale până la recepționarea sesizării organului de control de stat, expediată în conformitate cu prevederile art. 29 alin. (11) din Legea nr. 131/2012 privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător, fie ale art. 251 din CF RM¹⁶, pare la fel, cel puțin discutabilă. Aceasta deoarece, pe de o parte, așa cum am menționat și anterior, legiuitorul prevede atât posibilitatea sesizării cât și autosesizării organului de urmărire penală anterior solicitării opiniei organului de control, după care, din motive neclare, se revine asupra necesității unei sesizări repetate din partea organului de control de stat. Sesizare, față de care legiuitorul, la fel - contrar interdicției prevăzute la art. 2 alin. (4) CPP RM, dar și a art. 262 CPP RM, impune respectarea condițiilor prevăzute în art. 29 alin. (11) din Legea nr. 131/2012 privind controlul de stat asupra activității de întreprinzător fie ale art. 251 CF RM.

În altă ordine de idei, conform prevederilor art. 29 alin. (11) din Legea nr. 131/2012, legiuitorul obligă organele de control de stat, în cazul și în termenul indicat la art. 28 alin. (9) și (9¹) din lege, să transmită organului de urmărire penală o sesizare privind identificarea semnelor unei componente de infracțiune, la care se anexează procesul-verbal de control și materialele ce țin de controlul în cauză. În procesul-verbal de control se face consemnarea privind neexecutarea prescripției stabilite și mențiune despre restituirea (sau nu, a) prejudiciului stabilit sau a contravalorii lui.

Totodată, conform prevederilor art. 28 alin. (9), din lege, la stabilirea încălcărilor ce conțin semne ale componentei unei infracțiuni, dar care nu s-au soldat cu cauzarea de prejudicii vieții și sănătății persoanei, organul de control întocmește procesul-verbal de control, în care se indică prejudiciul pe care l-a stabilit, în limita competențelor, ca fiind cauzat prin încălcările constatate ale legislației, precum și prescripția privind înlăturarea acestor încălcări. Organul de control sesizează procurorul sau organul de urmărire penală competent cu privire

¹⁶ Codul fiscal al Republicii Moldova, adoptat de Parlamentul Republicii Moldova la 24.04.1997, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 62/522, 1997, în vigoare din 01.01.1998.

la identificarea semnelor componente de infracțiune, printr-o sesizare, la care, în mod obligatoriu, se anexează procesul-verbal de control și materialele ce țin de controlul în cauză, care se transmite acestuia în termen de 5 zile lucrătoare.

Iar, conform prevederilor alin. (1) art. 251 CF RM stabilind cauzele și condițiile săvârșirii încălcării fiscale, Serviciul Fiscal de Stat poate prezenta propuneri de lichidare a acestor cauze și condițiile aferente.

În procesul examinării cazurilor de încălcare fiscală în care se constată semne ale componente de infracțiune, Serviciul Fiscal de Stat adoptă decizia asupra cazului de încălcare fiscală, în care se indică exact prejudiciul cauzat prin încălcările admise, măsurile de înlăturare a acestor încălcări și repararea prejudiciului cauzat prin încălcare (achitarea la buget a sumelor de impozite, taxe, contribuții de asigurări sociale de stat obligatorii și/sau prime de asigurare obligatorie de asistență medicală, calculate în procesul controlului).

Conform aceleiași norme, la sesizarea privind identificarea semnelor componente de infracțiune, în mod obligatoriu, se anexează actul de control, decizia asupra cazului de încălcare fiscală și materialele ce țin de controlul în cauză. În sesizare se face consemnarea privind executarea sau neexecutarea măsurii de înlăturare a încălcării stabilite și privind restituirea sau nu a prejudiciului cauzat sau a contravalorii lui (achitarea la buget a sumelor de impozite, taxe, contribuții de asigurări sociale de stat obligatorii și/sau prime de asigurare obligatorie de asistență medicală, calculate în procesul controlului).

Astfel, nu este greu de observat că niciunul din actele nominalizate nu reglementează obligațiile organelor de control, sau a celor fiscale și modul în care acestea ar trebui să denunțe infracțiunile relevate, la fel cum nu se reglementează nici condițiile de fond și formă ale sesizării. Mai mult, din normele enunțate rezultă că, de fapt, legiuitorul s-a îngrijit mai mult de reglementarea procedurii de soluționare a pretinzelor încălcări din perspectiva legislației fiscale sau de altă natură decât cea penală, decât de sesizarea organului de urmărire penală, pentru investigarea unui eventual conflict de drept penal.

La fel, din motive neclare, legiuitorul stabilește de fapt o nouă circumstanță ce exclude urmărirea penală pentru categoriile de infracțiuni menționate supra. Astfel, conform prevederilor art. 276¹ alin. (6) CPP RM, în cazul în care din sesizarea depusă la organul de urmărire penală sau la procuror nu reies semne clare care să justifice bănuirea rezonabilă de săvârșire a unei infracțiuni, se informează organul de control competent, care va continua examinarea conform atribuțiilor sale. Organul judiciar urmând a proceda conform prevederile art. 274 alin. (4)–(7) CPP RM, adică urmează a se refuza în pornirea urmăririi penale. Abordare care nu poate fi înțeleasă, atâta timp cât *lipsa semnelor clare care să justifice bănuirea rezonabilă de săvârșire a unei infracțiuni* nu este prevăzută la art. 275 CPP RM printre circumstanțele ce exclud urmărirea penală, iar, pe de altă parte, standardul respectiv este net superior celui utilizat de legiuitor în art. 1 CPP RM.

4. Concluzii

În concluzie, nu ne rămâne decât să reiterăm că, deși legiuitorul este cel care determină politica penală a statului, felul în care la acest moment sunt reglementate formele speciale de sesizare ale organului de urmărire penală, mai ales când este vorba de infracțiunile economice, ridică mai multe semne de întrebare. Or, pe lângă gradul nejustificat de înalt al protecției oferit celor care comit infracțiunile de genul celor menționate la art. 276¹ CPP RM, putem observa inclusiv paralizarea posibilităților de investigație a organelor judiciare, acestea, în ultima instanță, fiind dependente de eventuala poziție a organelor de control. Situația respectivă, din punctul nostru de vedere, nu corespunde imperativelor timpului și necesită a fi remediată, iar cea mai bună cale de remediere ar fi renunțarea la procedura respectivă de sesizare.

Referințe

- Neagu I., *Tratat de procedură penală partea specială*, ed. a II-a, rev. și ad., Editura Universul Juridic, București, 2010.
- Osoianu T., Ostafciuc D., *Urmărirea penală*, Editura Cartea Militară, Chișinău, 2021.
- Udroiu M. et. al., *Codul de procedură penală, Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2015.
- Ursu D., *Răspunderea penală pentru tortură, tratament inuman sau degradant*, Teză de doctor în drept, Chișinău, 2017.
- Volonciu N., *Tratat de procedură penală, parte specială*, vol. I., ed. rev. și ad., Editura PAIDEIA, București, 1996
- Volonciu N., *Tratat de procedură penală, parte specială*, vol. II, ed. rev. și ad., Editura PAIDEIA, București, 1996
- Головко Л. и другие, Курс Уголовного процесса. Изд. Статут, Москва, 2017; (L. Golovco et. al., *Tratat de procedură penală*, Editura Statut, Moscova, 2017, c. 596.)

Rolul pluralității de perspective în criminalistică

The role of multiple perspectives in forensic science

Ancuța Elena Franț¹

Rezumat: Criminalistica este un domeniu în care, prin excelență, sunt îmbinate informații din domenii multiple, pentru a se ajunge la obținerea unei imagini cât mai apropiate de adevărul obiectiv. Aceste domenii (Fizică, Chimie, Biologie, Informatică etc.) sunt, din punctul de vedere al obiectului lor de studiu, îndepărtate față de domeniul juridic, dar se dovedesc a fi indispensabile pentru soluționarea corectă a unor diferite cauze, penale și nu numai. Atunci când expertizele, din diferite domenii de specialitate, au fost corect realizate, concluziile lor sunt greu de combătut. Însă, întotdeauna, probele trebuie coroborate, iar concluzia unui expert trebuie să fie analizată critic, indiferent de gradul de specializare al domeniului și de renumele expertului. Altfel spus, în criminalistică este absolut necesar să existe o pluralitate de perspective, cel puțin în stare potențială, această idee fiind exprimată, de altfel, și în teoria tacticii criminalistice. Realitatea confirmă faptul că, în ciuda unor prime rezultate aparent indubitabile, cercetări ulterioare pot infirma ipotezele inițiale. Elocvente în acest sens sunt cazurile *Stallings* și *Fairchild*, în care investigațiile aprofundate în medicină, chimie și biologie au dus la infirmarea concluziilor inițiale, care păreau certe.

Cuvinte-cheie: criminalistică, expertiză, aprecierea probelor, eroare judiciară

Abstract: Forensic science is a field in which, par excellence, information from multiple fields is combined, in order to get a picture as close as possible to the objective truth. These fields (Physics, Chemistry, Biology, Informatics etc.) are, from the point of view of their object of study, far from the legal field, but they prove to be essential for the correct resolution of various criminal cases, (and not only criminal cases). When the analyses from different specialized fields, are correctly carried out, it is difficult to fight against their conclusions. But, always, the evidence must be corroborated, and the conclusion of an expert must be critically examined, regardless of the degree of specialization of the field and the reputation of the expert. In other words, in forensics it is absolutely necessary to have a plurality of perspectives, at least in a potential state, this idea also being expressed in the theory of forensic tactics. The reality confirms the fact that, despite some apparently indubitable first results, further research can disprove the initial hypotheses. Eloquent in this regard are the cases of *Stallings* and *Fairchild*, where

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: ancuta.frant@uaic.ro.

thorough investigations in medicine, chemistry and biology led to the disproving of the initial conclusions, which seemed beyond any doubt.

Keywords: forensics, expertise, evaluation of the evidence, judicial error

1. Necesitatea de a înțelege semnificația pluralității în criminalistică

Cuvântul *pluralitate* și alte cuvinte înrudite cu acesta sunt des folosite în vorbirea curentă, ceea ce poate da impresia că este ușor să înțelegem ce înseamnă pluralitatea în științe (în general) și pluralitatea în criminalistică (în special). Conform *Dicționarului explicativ al limbii române*², *pluralitate* înseamnă „număr, cantitate mare (de ființe, de lucruri etc.), mulțime; multiplicitate, diversitate”. O concluzie logică ce rezultă din această definiție este faptul că, atunci când ne referim la pluralitatea în științe, avem în vedere existența mai multor idei, a mai multor puncte de vedere, a mai multor perspective.

Una dintre valențele acestei pluralități în științe este faptul că pluralitatea se manifestă înainte de a se obține răspunsuri certe pentru anumite întrebări, adică atunci când, în absența certitudinilor, sunt avansate mai multe ipoteze pentru a explica un anumit fenomen. Dacă, la un moment dat, se ajunge la o certitudine, atunci, teoretic, nu mai putem vorbi de o pluralitate. Însă problema pluralității în științe este mult mai complexă.

Pluralitatea poate exista și atunci când, aparent, avem o certitudine, deoarece pot exista concepții minoritare, chiar în științe considerate „exacte”, cum este Fizica. Iar în științele în care cuantificarea rezultatelor este mai greu de realizat (cum sunt științele socio-umane și umaniste), pluralitatea este o dimensiune omniprezentă. Mai mult, unii gânditori au văzut în marea varietate de domenii științifice și în pluralitatea de direcții din cadrul acestora premisele unei *unități științifice*, așa cum vom arăta în continuare.

În acest context, este important să înțelegem cum trebuie să interpretăm pluralitatea de perspective existentă în diferite domenii științifice. Dincolo de importanța sa teoretică, înțelegerea semnificației pluralității are o importantă latură pragmatică, mai ales în disciplinele în care este esențial să se ajungă la soluții cu aplicabilitate practică, așa cum este (și) cazul științelor juridice.

Din cadrul științelor juridice, Criminalistica prezintă o serie de particularități care o diferențiază clar de celelalte. Una din trăsăturile sale specifice este faptul că, prin chiar definiția ei, aceasta implică utilizarea unei pluralități de metode, împrumutate din alte domenii, non-juridice, pentru a se soluționa conflicte de natură juridică. Așadar, putem spune că pluralitatea este de *esență* Criminalisticii. Însă ce urmări are această concluzie asupra aplicabilității concrete a Criminalisticii? Cât de mult se poate extinde această pluralitate, astfel încât să se obțină rezultate viabile?

În cuprinsul acestei lucrări, ne propunem să căutăm un răspuns cu privire la rolul pluralității de perspective în Criminalistică. Pentru o bună înțelegere a

² *Dicționarul explicativ al limbii române* (ed. a II-a rev. și ad.), Academia Română, Institutul de Lingvistică, Editura Univers Enciclopedic Gold, 2009.

subiectului, vom analiza, mai întâi, semnificația pluralității în științe, în general, și a pluralității în științele juridice, în particular. Acest demers va fi efectuat printr-o analiză sistematică a literaturii de specialitate cu privire la tema analizată. Apoi ne vom concentra atenția asupra domeniului criminalisticii, pentru a afla, inclusiv prin analiza unor cazuri reale, cât de importantă este acceptarea pluralității de perspective în Criminalistică.

2. Aspecte generale privind noțiunea de pluralitate în științe

Noțiunea de pluralitate în științe nu se referă doar la o analiză a multiplelor elemente care se pot manifesta în legătură cu un anumit domeniu sau cu un anumit subiect, ci reprezintă chiar un curent filosofic, ce se referă la modul în care ar trebui percepute științele, mai ales prin compararea unora cu altele.

Pluralitatea în științe sau *pluralismul științific* este un concept opus celui de *unitate în științe*. *Teoria unității științifice*, promovată de școala pozitivismului logic, începând cu deceniul al treilea al secolului al XX-lea, susținea ideea că toate investigațiile științifice, din orice domeniu, au o metodologie comună și un limbaj comun, chiar dacă similaritățile dintre diferite științe ar putea fi dificil de observat la prima vedere³. Această teorie a unității științifice, manifestată în prima jumătate a secolului al XX-lea, a fost un curent de gândire foarte puternic, promovat de Cercul de la Viena, iar adepții săi au planificat realizarea unei lucrări intitulată *International Encyclopedia of Unified Science*⁴, care a fost doar parțial publicată.

³ Unii autori au arătat că, de fapt, filosofii care au susținut teoria unificării științifice nu au fost radicali în viziunea lor. De fapt, radicalismul în abordarea unificată a științelor a caracterizat persoanele care nu erau filosofi. În acest sens, a se vedea J. A. Fodor, *Special Sciences (Or: The Disunity of Science as a Working Hypothesis)*, Synthese, Vol. 28, nr. 2/1974, pp. 97-115, [Online] la <http://www.jstor.org/stable/20114958> (accesat la 02.12.2022).

⁴ *International Encyclopedia of Unified Science (Enciclopedia Internațională a Științei Unificate*, tr. ns.) a fost planificată ca o lucrare dedicată științei unificate. Ideea realizării acesteia a fost perfecționată în cadrul Institutului Mundaneum, iar publicarea sa a debutat în 1938, în Statele Unite ale Americii. Doar două volume au fost publicate. Inițiativa realizării acestei lucrări a fost cristalizată în cadrul Congresului Internațional pentru Unitatea Științei, organizat de Cercul de la Viena. Unii autori consideră că lucrarea nu s-a ridicat la înălțimea așteptărilor, în special cu privire la științele sociale. Aproximativ în același timp cu *International Encyclopedia of Unified Science* a fost publicată lucrarea *Encyclopaedia of the Social Sciences (Enciclopedia Științelor Sociale*, tr. ns.), ce este considerată de unii autori o operă mai importantă decât *International Encyclopedia of Unified Science*. Pentru o mai bună înțelegere a subiectului în discuție, precizăm că Cercul de la Viena este numele dat unui grup de oameni de știință care, între anii 1924 și 1936, au organizat periodic întâlniri la Universitatea din Viena, sub coordonarea lui Moritz Schlick. Concepția filosofică promovată de Cercul de la Viena este *neopozitivismul* (numit inițial *pozitivism logic*, apoi *empirism logic*). În esență, în ceea ce privește abordarea filosofică, Cercul de la Viena a militat pentru debarasarea filosofiei de speculații, astfel încât filosofia să dobândească un caracter riguros, prin folosirea logicii științifice. În centrul concepției promovate de Cercul de la Viena stă *principiul verificării*, conform căruia doar afirmațiile care pot fi verificate prin observații directe sau prin utilizarea regulilor logice, trebuie luate în considerare. Pentru detalii, a se vedea G. A. Reisch, *Planning science: Otto Neurath and the International Encyclopedia of Unified Science*, The British Journal for the History of Science, Vol. 27, nr. 2/1994, pp. 153-175, [Online] la <https://doi.org/10.1017/S0007087400031873> (accesat la 02.12.2022); T. Uebel, *Vienna Circle*, în E. N.

Pozitivismul logic, în cadrul căruia s-a dezvoltat teoria unificării științifice, s-a îndepărtat însă de obiectivele propuse, în special prin faptul că a încercat să impună reguli stricte demersului științific. Deși rigoarea sa s-a diminuat după al Doilea Război Mondial (când pozitivismul logic s-a transformat în ceea ce a fost denumit *empirism logic*), totuși, spre anii '70 ai secolului al XX-lea, importanța pozitivismului logic s-a diminuat considerabil, lăsând totuși o amprentă imposibil de șters în istoria gândirii umane, influențând evoluția acesteia⁵. Ulterior, unii autori au dat o nouă formă teoriei unității științifice, ceea ce ilustrează faptul că această teorie nu a fost abandonată, ci este, în continuare, luată în considerare⁶.

Pluralismul științific respinge teoria unității științifice. Adepții acestui curent consideră că științele nu pot fi unificate, din motive care, de regulă, se încadrează în una din următoarele trei categorii: metafizica subiectului lor; epistemologia cunoașterii științifice; metodele de cercetare și modelele care ar trebui folosite. În continuare, vom detalia câteva aspecte privind aceste trei categorii.

În ceea ce privește *metafizica subiectului științelor*, unii pluraliști arată că unitatea științifică este imposibilă, datorită aspectelor inerente fiecărei științe în parte. De exemplu, științe precum Psihologia și Sociologia nu ar putea fi niciodată unificate cu Fizica, deoarece pur și simplu au în vedere categorii diferite de fapte⁷. Mai mult, unii autori susțin că, deși, de regulă, există unitate în cadrul fiecărei științe, există aspecte care ilustrează faptul că poate exista pluralitate chiar în cadrul unei singure științe. De exemplu, în cadrul Fizicii, în funcție de tipul de cauzalitate, ar trebuie utilizate metode diferite pentru analiza comportamentului determinist, respectiv probabilistic⁸.

Abordarea pluralistă centrată pe epistemologie susține că este dificil să se facă o conexiune între obiectele de studiu ale diferitelor științe, chiar dacă s-ar

Zalta, Uri Nodelman (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2022 Edition), [Online] la <https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/vienna-circle/> (accesat la 03.12.2022).

⁵ Cu privire la pozitivismul logic, John Passmore afirmă: „Logical positivism... is dead, or as dead as a philosophical movement ever becomes. But it has left a legacy behind.” („Pozitivismul logic... este mort, sau la fel de mort cum poate deveni o mișcare filosofică. Dar a lăsat o moștenire în urmă.” Tr. ns.). - J. Passmore, *Logical Positivism*, în P. Edwards (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol. 5, 1967, pp. 52-57, Macmillan, New York, p. 57.

⁶ În acest sens, a se vedea: A. Breitenbach, Y. Choi, *Pluralism and the Unity of Science*, *The Monist*, Vol. 100, No. 3, *Laws of Nature: Contemporary and Historical Perspectives*, Oxford University Press, 2017, pp. 391-405, [Online] la <https://doi.org/10.1093/monist/onx017> (accesat la 03.12.2022); S. Rupy, *Scientific Pluralism Reconsidered: A New Approach to the (Dis)Unity of Science*, University of Pittsburgh Press, 2016, pp. xi-xii, [Online] la <https://doi.org/10.2307/j.ctt1mtz6n9> (accesat la 03.12.2022).

⁷ N. Cartwright, *The Dappled World: A Study of the Boundaries of Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 25.

⁸ D. Ludwig, S. Rupy, *Scientific Pluralism*, în E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2021 Edition), [Online] la <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/scientific-pluralism/> (accesat la 03.12.2022); J. Cat, *The Unity of Science*, în E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2022 Edition), [Online] la <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/scientific-unity/> (accesat la 03.12.2022).

accepta unitatea la nivel metafizic. De exemplu, nu se poate compara comportamentul oamenilor cu modul în care se comportă particulele subatomice⁹.

Alți adepți ai teoriei pluraliste consideră că, chiar dacă s-ar accepta o unitate epistemologică, există diferențe majore între metodele de cercetare și modelele utilizate de diferite științe. În acest context, pentru a susține unitatea, aceasta ar trebui demonstrată empiric. Cum o astfel de demonstrație nu a fost făcută de adepții teoriei științei unificate, singura soluție viabilă este să lăsăm fiecare știință să lucreze cu metodele și modelele care-i sunt specifice și care și-au demonstrat, de altfel, viabilitatea de-a lungul timpului¹⁰.

În esență, pluralismul științific pornește de la premisa că, din moment ce științele sunt variate și au forme clar conturate, nu există vreun motiv să credem că această variabilitate este greșită; o opinie contrară am putea susține doar dacă s-ar demonstra empiric faptul că variabilitatea științelor este greșită. În plus, considerarea științelor ca având, fiecare, specificul său, este utilă și din punct de vedere practic, deoarece se pot stabili standarde potrivite pentru fiecare în parte, astfel încât să se poată aplica în cel mai bun cadru posibil.

Teoria filosofică a pluralismului științific a început să se evidențieze începând cu anii '70 ai secolului al XX-lea. În această perioadă, unii gânditori au observat faptul că științele nu au evoluat în direcția unificării prezise de autorii lucrării *International Encyclopedia of Unified Science*. Dimpotrivă, științele au început să manifeste un grad din ce în ce mai mare de diferențiere, odată cu dezvoltarea lor, iar acest fapt a dus la mari deosebiri în limbajul și metodologia utilizate de fiecare știință în parte. În acest context, unii autori au militat împotriva reducționismului în abordarea științelor, cu privire la limbajul, subiectul și metoda utilizată de fiecare domeniu științific¹¹.

Pluralismul științific înseamnă și că există mai multe puncte de vedere cu privire la ceea ce ar trebui să însemne pluralismul științific. Astfel, există diferite „școli” ale pluralismului științific (Școala *Stanford*, Școala *Minnesota* etc.) ce au viziuni diferite cu privire la anumite aspecte¹². De exemplu, Școala *Minnesota* (care s-a conturat începând cu anul 2002) critică unele idei promovate de susținătorii timpurii ai pluralismului, susținând, în același timp, faptul că pluralismul ar trebui să fie acceptat ca o abordare standard a științei¹³.

⁹ D. Ludwig, S. Ruphy, *op. cit.*

¹⁰ S. H. Kellert, H. E. Longino, C. K. Waters (eds.), *Scientific Pluralism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2006, p. xxiii.

¹¹ În acest sens, a se vedea P. Suppes, *The Plurality of Science*, PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association, Vol. 2, Symposia and Invited Papers, 1978, The University of Chicago Press, pp. 3-16, JSTOR, [Online] la <http://www.jstor.org/stable/192459> (accesat la 03.12.2022).

¹² Pentru detalii, a se vedea S. Harding, *Objectivity and Diversity: Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago Press, Chicago, 2015, pp. 115-117; J. Cat, *op. cit.*

¹³ Fără a iniția o discuție amplă, subliniem doar faptul că dorința de a standardiza științele a fost unul dintre motivele care au dus la declinul teoriei unificării științifice. În acest context, doar avansăm ideea că, probabil, încercarea de a oferi șabloane standardizate în care să se încadreze științele nu este cea mai bună abordare, indiferent că se face din perspectiva unificării sau din perspectiva pluralistă.

În afara motivelor care susțin pluralismul științific pornind de la conținutul propriu-zis al științelor, există și opinii conform cărora pluralismul științific ar trebui promovată din motive etice, sociale și politice. De exemplu, s-a afirmat că teoria științelor unificate are în vedere, în mod invariabil, doar viziunea consacrată de ceea ce numim *cultura vestică*; astfel, această teorie ignoră elementele specifice de abordare științifică ale altor culturi¹⁴. În aceste condiții, cum am putea să ne referim la o teorie unificată a tuturor științelor, dacă ea ia în considerare doar o anumită perspectivă? De asemenea, există concepția conform căreia pluralismul științific este singura modalitate prin care se poate încuraja manifestarea de opinii diferite de cele majoritare și, în același timp, prin care pot fi oferite oportunități celor care, în mod „tradițional”, erau marginalizați din cauza ideilor lor¹⁵.

În analiza pluralismului științific trebuie evitată prezentarea sa ca o paradigmă filosofică în opoziție directă cu mișcarea unificării științifice, care a apărut în momentul în care teoria unității științifice a început să-și piardă influența. O astfel de abordare ar simplifica și ar denatura realitatea. În fapt, opiniile pluraliste au existat și s-au dezvoltat concomitent cu cele ale unității științifice, existând o bogată tradiție a gândirii pluraliste din prima jumătate a secolului al XX-lea. Mai mult, concepția pluralistă are multiple și complexe legături cu opinia unității științifice¹⁶. Din aceste motive, cele două modalități de abordare a științelor ar trebui analizate în interdependența lor, care este de natură să ducă la noi interpretări cu privire la conexiunea dintre științe. Dovadă a faptului că nu trebuie să avem o viziune simplistă asupra acestui aspect stau, de exemplu, perspectivele moderne cu privire la teoria unificării științifice, la care ne-am referit și anterior¹⁷.

3. Pluralitatea în științele juridice. Elemente de bază

Noțiunea de pluralism juridic are un sens foarte larg și include multe tendințe diferite, care au în comun ideea de bază că legea este mult mai mult decât legea unui stat. În esență, prin pluralism juridic se înțelege faptul că, într-o anumită societate sau un anumit teritoriu, se aplică mai mult de un sistem juridic.

Existența pluralismului juridic a fost discutată inițial cu referire la fostele colonii ale unor țări europene, în care s-a pus problema aplicării în mod concomitent atât a dreptului autorității coloniale, cât și a regulilor tradiționale ale populației indigene. Un moment important în consolidarea pluralismului juridic în această accepțiune este pronunțarea, în 1992, de către Înalta Curte a Australiei, a deciziei *Mabo vs. Queensland* (cunoscută drept *decizia Mabo*), prin care s-a

¹⁴ S. Harding, *op. cit.*, pp. 116-117.

¹⁵ D. Ludwig, S. Ruphy, *op. cit.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ În acest sens, a se vedea A. Breitenbach, Y. Choi, *op. cit.*, pp. 391-393; S. Ruphy, *op. cit.*, pp. xi-xii.

recunoscut dreptul teritorial al populației indigene australiene, drept existent înainte de perioada colonială¹⁸.

Treptat, noțiunea de pluralism juridic s-a extins, desemnând și alte situații. De exemplu, pluralismul juridic se referă și la ipoteza în care, în cadrul unui anumit stat, există instanțe judecătorești care judecă doar cauze privitoare la o anumită comunitate, cum este cazul instanțelor judecătorești islamice din India, care se adresează doar comunității musulmane¹⁹.

Dincolo de accepțiunea sa derivată din observarea concretă a sistemelor de drept recunoscute ca fiind aplicabile într-un anumit teritoriu, noțiunea de pluralism juridic este importantă și în domeniul filosofiei dreptului, pluralismul juridic fiind o temă majoră în studiile social-juridice. În continuare, vom evidenția câteva opinii relevante pentru modul în care pluralismul juridic este văzut în cadrul filosofiei dreptului.

În ceea ce privește studiul de față, este important să menționăm opinia lui Bronisław Kasper Malinowski, care asocia legea cu noțiunea de control social. Acesta considera că *legea trebuie să fie definită de funcția, nu de forma sa*. Același autor subliniază faptul că există unele societăți care nu au vreo instituție centralizată care să aplice legea, dar nu există nicio societate lipsită de reguli care să fie simțite și privite ca obligații ale unei persoane și pretenții îndreptățite ale alteia²⁰. Altfel spus, funcția legii este de a menține ordinea socială, iar ordinea socială poate fi găsită în modele de comportament real; mecanismul obligatoriu care menține aceste modele de comportament este complexul de obligații sociale (adică reciprocitatea). În concepția autorului sus-menționat, dar și a altora, normele juridice sunt norme abstracte extrapolate din modele reale de comportament, iar mecanismul legii rezidă în relațiile sociale înseși²¹.

Eugen Ehrlich a adus o contribuție importantă la înțelegerea sensului filosofic al noțiunii de pluralism juridic. Acesta a dezvoltat teoria „dreptului viu”, ca reacție la concepția care susținea că legea trebuie să depindă exclusiv de stat. Considerând că legea este în mare parte independentă de stat, Ehrlich afirmă că nu este un element esențial al conceptului de lege ca aceasta să fie creată de stat și nici să constituie temeiul hotărârilor instanțelor. La fel ca Malinowski, Ehrlich consideră că legea este în mod fundamental o chestiune de ordine socială, care se găsește peste tot, ordonând și susținând orice grupare umană. El arată că, de fapt, grupurile de oameni creează norme de control social, iar din aceste norme emerge dreptul. Cu alte cuvinte, dreptul este sinonim cu normativitatea (termenul

¹⁸ G. D. Meyers, J. Mugambwa, *The Mabo Decision: Australian Aboriginal Land Rights in Transition*, *Environmental Law*, Vol. 23, nr. 4/1993, pp. 1203-1247, JSTOR, [Online] la <http://www.jstor.org/stable/43266106> (accesat la 10.12.2022).

¹⁹ K. Lemons, *Sharia Courts and Muslim Personal Law in India: Intersecting Legal Regimes*, *Law & Society Review*, Vol. 52, nr. 3/2018, pp. 603-629, JSTOR, [Online] la <http://www.jstor.org/stable/45093930> (accesat la 10.12.2022).

²⁰ B. Dupret, *What is plural in the law? A praxiological answer*, *Égypte/Monde arabe*, No. 1/2005, pp. 159-172, [Online] la <https://doi.org/10.4000/ema.1869> (accesat la 11.12.2022).

²¹ B. Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and A Social Theory of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 104.

normativitate fiind utilizat aici cu sensul de conduită dezirabilă din punct de vedere social)²².

Georges Gurvitch consideră că nu există un principiu unitar fundamental în drept și susține că centralizarea realizată în cadrul statelor este rezultatul unor condiții istorice și politice specifice. El identifică trei tipuri principale de drept, care sunt ierarhizate în mod diferit în fiecare societate: dreptul de stat (care pretinde că monopolizează activitățile juridice), dreptul inter-individual sau inter-grup (care se referă la relațiile dintre persoane sau dintre grupuri de persoane) și dreptul social (care se referă la totalitatea indivizilor). Acest din urmă drept este, în opinia lui Gurvitch, în continuă transformare²³.

Leopold Jaroslav Pospíšil introduce conceptul de „niveluri juridice”, care este articulat în jurul ideii că există tot atâtea sisteme juridice câte subgrupuri sociale există. Aceste sisteme sunt organizate pe niveluri incluzive, fiecare nivel fiind alcătuit din suma sistemelor juridice ale subgrupurilor de același tip²⁴.

Teoriile prezentate mai sus au în comun viziunea pluralistă asupra dreptului, considerat ca fiind necentralizat, însă acestea s-au dezvoltat în mod independent. Începând cu anii '70 ai secolului al XX-lea s-a dezvoltat însă o viziune unitară care susținea pluralismul juridic, concomitent cu dezvoltarea coordonată a pluralismului științific. În esență, această nouă concepția asupra pluralismului juridic pune accent pe perspectiva socială și consideră că statul nu are monopol asupra legii. Este important de precizat că noua viziune este independentă de analiza sistemelor juridice din fostele colonii²⁵.

John Griffiths²⁶, unul dintre principalii susținători ai noii concepții asupra pluralismului juridic, susține o viziune descriptivă cu privire la pluralismul juridic. El arată că pluralismul juridic desemnează existența într-o zonă socială (înțeleasă în sens larg) a mai mult de o ordine juridică. Griffiths consideră că trebuie să renunțăm la ideologia centralismului juridic și arată că, de-a lungul timpului, mulți gânditori au confundat poziția normativă cu una descriptivă. Griffiths face distincția dintre ceea ce el numește *definiția puternică* și *definiția slabă* a pluralismului juridic. Definiția puternică se referă la sistemele juridice în care suveranul comandă (sau validează ori recunoaște) diferite ordini de drept pentru diferite grupări ale populației. Definiția slabă a pluralismului juridic oferă sistemului central al statului puterea supremă de a recunoaște sau de a nega existența unor ordini de drept diferite în cadrul statului respectiv. Definiția puternică a pluralismului juridic este cea care, potrivit lui Griffiths, este direct preocupată de o stare empirică a lucrurilor în societate. Dreptul, spune el, este autoreglarea fiecărui domeniu social, ceea ce devine sinonim cu controlul social.

²² B. Dupret, *op. cit.*, pp. 159-172

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

²⁶ Pentru detalii, a se vedea J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, Vol. 18, nr. 24/1986, pp. 1-55, [Online] la <https://doi.org/10.1080/07329113.1986.10756387> (accesat la 12.12.2022).

În ceea ce privește pluralismul juridic, acesta provine din faptul că dreptul devine organizarea juridică a societății, care este congruentă cu organizarea sa socială²⁷.

Autoarea Sally Falk Moore a propus o viziune echilibrată cu privire la pluralismul juridic, motiv pentru care opinia sa este apreciată de mulți specialiști în domeniu. Ea susține că *structura socială* este compusă din multe *câmpuri sociale semi-autonome*. Concepția lui Moore conține trei elemente fundamentale. Un prim element este faptul că aceste câmpuri sociale reprezintă unitatea fundamentală a controlului social, care este direct legată de normele comportamentale de conduită. Al doilea element rezidă în faptul că fiecare individ poate aparține simultan mai multor câmpuri sociale, ceea ce explică, în esență, complexitatea socială. Al treilea element se referă la faptul că un câmp social este, într-o anumită măsură, autonom, adică poate rezista intruziunii normelor externe, dar niciodată în totalitate, deoarece rezistența sa este legată de gradul de independență a membrilor săi și de capacitatea sa de a rezista normelor care provin din alte domenii; așadar, aceste câmpuri sociale sunt semi-autonome²⁸.

Pluralismul juridic a fost criticat de unii autori, criticile având în vedere, în special, trei aspecte considerate puncte slabe: definiția, natura sa funcționalistă și culturalismul său esențialist holistic²⁹.

Apreciem că analiza sensului pluralității din sfera juridică nu se oprește la direcțiile de cercetare precizate mai sus. De exemplu, în domeniul juridic, adesea se caută legea care trebuie aplicată din mai multe posibile legi aplicabile, caz în care vorbim de o pluralitate. Această pluralitate este, însă, una virtuală. În momentul în care se decide care lege este aplicabilă, pluralitatea dispare.

Desigur, este posibil ca legile care erau virtual aplicabile să conțină dispoziții similare sau chiar identice, ceea ce înseamnă că, în concret, este *ca și cum* s-ar fi aplicat concomitent toate legile aflate în discuție. Aceasta este, însă, doar o ipoteză pur teoretică, axată pe analiza literală a legilor respective. În realitate, în momentul în care se decide care este legea aplicabilă, în mod oficial nu (mai) există o pluralitate.

Bineînțeles, ar putea exista și ipoteza în care, în mod obiectiv, să fie aplicabile *concomitent* mai multe acte normative. De exemplu, am putea spune că, atunci când se aplică o dispoziție din orice lege a unei țări, se aplică, în același timp și *în primul rând* Constituția, deoarece acest act normativ stă la baza tuturor dispozițiilor legale dintr-o țară. Aceste aspecte sugerează faptul că *pluralitatea juridică* este un concept versatil, ceea ce obligă la o analiză aprofundată ori de câte ori apar probleme în înțelegerea sensului său.

²⁷ J. Griffiths, *op. cit.*, pp. 3, 4, 8, 38.

²⁸ S. F. Moore, *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, *Law & Society Review*, Vol. 7, nr. 4/1973, pp. 719-746, [Online] la <https://doi.org/10.2307/3052967>, (accesat la 12.12.2022). Subliniem faptul că autoarea nu a folosit expres termenul *lege*, preferând termeni precum: *reguli, obiceiuri, simboluri* (în original: *rules, customs, symbols* - tr. ns.).

²⁹ B. Dupret, *op. cit.*, pp 159-172.

4. Pluralitatea de perspective în Criminalistică

4.1. Semnificația primară a pluralității în Criminalistică

Așa cum am afirmat și la începutul acestei lucrări, Criminalistica se evidențiază prin faptul că, prin chiar natura sa, presupune utilizarea unor elemente din mai multe științe, cu scopul de a se soluționa conflicte de natură juridică. Altfel spus, prin chiar structura sa, Criminalistica implică o pluralitate.

În semnificația sa de bază, pluralitatea în domeniul criminalistic înseamnă că, întotdeauna, vor exista elemente din cel puțin două științe, care se vor aplica simultan. Un element este cel juridic, circumscris scopului Criminalisticii, de a contribui la soluționarea unui conflict juridic (penal, civil sau de altă natură). Al doilea element este dintr-o altă știință (Fizică, Chimie, Biologie, Psihologie etc.) și contribuie la stabilirea, pe baze obiective, a adevărului, pentru a se ajunge la o soluție corectă în cauza juridică în discuție.

Într-un caz concret, aplicarea Criminalisticii presupune însă, de cele mai multe ori, utilizarea unor elemente din mai mult de două științe, deoarece, de regulă, urmele care sunt analizate au o natură diferită (de exemplu: ca urmare a unui accident rutier rămân, adeseori, atât urme biologice, cât și alte urme - de combustibil, fragmente de caroserie auto etc.), sau pot fi analizate din perspective științifice diferite (de exemplu, un fragment textil poate fi analizat și din punct de vedere fizic, dar și din punct de vedere chimic).

Însă pluralitatea în domeniul criminalistic merge și mai departe. Ea se referă nu doar la pluralitatea de domenii științifice care pot fi implicate în cercetarea aceleiași urme, ci și la *pluralitatea de ipoteze emise din perspectiva unui singur domeniu științific* cu privire la analiza unei urme. Altfel spus, Criminalistica poate să forțeze limitele aparente ale unui domeniu al științei, căutând mai multe versiuni în cadrul aceleiași științe, cu scopul de a afla adevărul într-o cauză de natură juridică. În acest context, ne punem întrebarea: cât de extins poate fi sensul pluralității în Criminalistică? Pentru a afla un răspuns, în cele ce urmează ne vom îndrepta atenția asupra a două cazuri, în care limitele pluralității în domeniul criminalistic par a fi fost puse la încercare.

4.2. Cazul Patricia Stallings

Patricia Stallings a fost condamnată, în anul 1991, la privare de libertate pe viață, pe motiv că l-ar fi ucis pe fiul său, Ryan. Principala probă a acuzării a fost faptul că, aparent, în sângele băiatului mort a fost găsită o concentrație mare de etilenglicol, ceea ce a dus la acuzarea Patriciei Stallings de faptul că și-ar fi ucis fiul prin otrăvire cu această substanță.

În timp ce executa pedeapsa astfel aplicată, Stallings a născut un alt fiu, David, care a fost dat în plasament. La scurt timp după naștere, David a început să prezinte simptome similare cu cele pe care le avusese Ryan. David a fost diagnosticat cu acidemie metilmalonică, o afecțiune genetică în care organismul produce acid propionic, un compus care are o structură similară cu etilenglicolul.

În timpul procesului, avocatul lui Stallings a solicitat cercetarea ipotezei că Ryan a murit din cauza acidemiei metilmalonice, dar organele judiciare au considerat că diagnosticul lui David nu are legătură cu moartea lui Ryan, deoarece nu exista nicio dovadă că Ryan a fost afectat de această boală genetică³⁰.

Avocatul apărării a aflat însă că medicul care a declarat decesul lui Ryan a luat în considerare posibilitatea ca acesta să fi suferit de acidemie metilmalonice, dar nu a făcut analize asupra lui Ryan pentru a verifica această versiune. Cu privire la această informație, procurorii au susținut că există diferențe importante între etilenglicol și acid propionic și au afirmat că, chiar dacă Ryan ar fi avut acidemie metilmalonice, asta nu excludea ipoteza otrăvirii cu etilenglicol de către mama sa³¹.

Cazul *Stallings* a fost prezentat în cadrul unui episod din programul de televiziune *Unsolved Mysteries*. William Sly, biochimist la Universitatea Saint Louis, a văzut episodul și a solicitat permisiunea de a supune sângele lui Ryan unor noi analize. James Shoemaker, director al Laboratorului de screening metabolic de la Universitatea Saint Louis, a efectuat o serie de teste și a confirmat că Ryan avusese acidemie metilmalonice.

Totuși, etilenglicolul nu este un metabolit uman, chiar și în cazurile de acidemie metilmalonice; aceasta însemna că nu exista nicio altă explicație plauzibilă cu privire la prezența etilenglicolului în organismul lui Ryan decât otrăvirea. James Shoemaker a arătat însă că metoda utilizată inițial pentru a analiza sângele lui Ryan produce un rezultat care ar putea fi interpretat în mod greșit ca indicând prezența etilenglicolului. Pentru a-și verifica teoria, Shoemaker a trimis mostre de sânge cu acid propionic la mai multe laboratoare, care au utilizat aceleași metode folosite inițial în cazul *Stallings*. Unele dintre laboratoare au ajuns la concluzia greșită că sângele indica otrăvirea cu etilenglicol. Analiza ulterioară efectuată de către Piero Rinaldo, un genetician renumit de la Universitatea Yale, a confirmat că Ryan murise, de fapt, din cauza acidemiei metilmalonice, nu din cauză că ar fi fost otrăvit. Ca urmare a noilor probe, Patricia Stallings a fost achitată³².

Acest caz ilustrează faptul că, în cercetarea criminalistică, pluralitatea are o accepțiune largă, având atât valențe interdisciplinare, cât și intradisciplinare. Observăm că, pentru soluționarea cauzei, au fost utilizate în mod conjugat informații din multiple domenii (biologie, chimie și medicină). În același timp, au fost analizate mai multe ipoteze în cadrul aceluiași domeniu (de exemplu, au fost cercetate, din punct de vedere medical, ipotezele ca moartea lui Ryan să fi fost provocată de acidemia metilmalonice sau de ingerarea de etilenglicol). Astfel, este

³⁰ M. R. Cummings, *Human Heredity: Principles and Issues*, Cengage Learning, Boston, 2014, pp. 41-43; S. Juan, *Justice fails as illness mistaken for abuse*, *The Sydney Morning Herald*, 12 martie 1992, p. 14, [Online] la <https://www.newspapers.com/newspage/120258864/> (accesat la 13.12.2022); M. S. Perry, *Patricia Stallings: Other Female Exoneration Cases with False Forensics*, *The National Registry of Exonerations*, [Online] la <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3660> (accesat la 15.12.2022).

³¹ M. S. Perry, *op. cit.*; S. Juan, *op. cit.*, p. 14.

³² M. S. Perry, *op. cit.*

ilustrat faptul că, în Criminalistică, este de dorit să existe mai multe puncte de vedere, chiar cu privire la aceeași chestiune, atunci când apare necesitatea de a analiza mai multe versiuni. Doar astfel se poate ajunge la pronunțarea unei soluții corecte.

4.3. Cazul Lydia Fairchild

Un alt caz care ilustrează importanța pluralității de perspective în Criminalistică este cel al Lydiei Fairchild. Aceasta, în anul 2002, în timp ce era însărcinată cu al treilea copil, s-a despărțit de tatăl copiilor ei, Jamie Townsend, și a solicitat ajutor social. Pentru a putea beneficia de ajutor social, autoritățile i-au cerut să furnizeze dovezi genetice că Townsend era tatăl copiilor ei. Testele ADN efectuate au arătat că, într-adevăr, Townsend era tatăl copiilor. Însă aceste teste au arătat și un rezultat surprinzător, și anume că Lydia Fairchild nu era mama copiilor³³.

În baza acestor rezultate, Fairchild a fost acuzată de fraudă, pe motiv că ar fi pretins beneficii pentru copiii altor persoane sau că ar fi înscenat o înșelătorie, prin folosirea maternității-surogat. Procurorii au cerut ca cei doi copii ai Lydiei Fairchild să fie luați din custodia ei. Judecătorul a ordonat ca un martor să fie prezent la nașterea celui de-al treilea copil al Lydiei Fairchild, martor care a atestat faptul că au fost recoltate probe biologice atât de la copil, cât și de la Fairchild, imediat după naștere. Testele ADN au indicat că Fairchild nu era nici mama celui de-al treilea copil³⁴.

O posibilă explicație a fost întrezărită atunci când un procuror a identificat o situație similară la Karen Keegan, despre care s-a descoperit că prezenta himerism. Himerismul este o condiție genetică ce apare atunci când o femeie este însărcinată cu gemeni și un embrion moare, iar celălalt embrion absoarbe celulele embrionului care nu a supraviețuit. De asemenea, este posibil ca, inițial, să existe trei sau mai mulți embrioni, dintre care unii mor, fiind apoi absorbiți de un embrion supraviețuitor. Astfel, va rezulta un individ care conține țesuturi care au ADN diferit (unele au ADN-ul embrionului care i-a absorbit pe ceilalți, altele au ADN-ul embrionilor morți). Această condiție genetică, de multe ori, este neobservată, dar poate fi identificată atunci când sunt efectuate teste ADN. Karen Keegan a descoperit că prezintă himerism după ce testele ADN au arătat că doi dintre copiii săi nu erau fiii săi biologici. În cauza Keegan, testele au fost efectuate deoarece Keegan avea nevoie de un transplant de rinichi, iar copiii săi s-au oferit să fie donatori³⁵.

Procurorii au sugerat avocaților lui Fairchild posibilitatea ca ea să prezinte himerism, iar aceștia au solicitat efectuarea de teste suplimentare. Ca și în cazul Keegan, au fost prelevate probe de ADN de la membrii familiei extinse.

³³ A. Darby, *The Case of Lydia Fairchild and Her Chimerism (2002)*, Embryo Project Encyclopedia, 2021, [Online] la <http://embryo.asu.edu/handle/10776/13270> (accesat la 16.12.2022).

³⁴ *Idem*.

³⁵ K. Madan, *Natural human chimeras: A review*, European Journal of Medical Genetics, Vol. 63, nr. 9/2020, [Online] la <https://doi.org/10.1016/j.ejmg.2020.103971> (accesat la 17.12.2022).

ADN-ul copiilor indica faptul că ei erau nepoții mamei Lydiei Fairchild. De asemenea, s-a descoperit că ADN-ul de la țesutul din colul uterin al Lydiei Fairchild se potrivea cu cel al copiilor săi, deși ADN-ul din sângele, pielea și părul lui Fairchild nu se potrivea. Așadar, s-a demonstrat că Lydia Fairchild avea țesuturi cu două seturi diferite de ADN, ceea ce este o caracteristică definitorie a himerismului³⁶. Astfel, cazul a fost soluționat, stabilindu-se că Lydia Fairchild nu era vinovată de fraudă.

Cazul Lydiei Fairchild ilustrează, încă o dată, faptul că pluralitatea este esențială în Criminalistică. Aici, rolul cel mai important l-a avut analiza intradisciplinară din domeniul geneticii. Deși, inițial, pe baza regulilor standard din Genetică, se conturase o ipoteză considerată sigură, cercetările ulterioare din același domeniu au arătat că există și situații care, deși diferă de varianta standard, sunt, de asemenea, corecte.

5. Concluzii cu privire la rolul pluralității de perspective în domeniul criminalisticii

Aspectele prezentate mai sus ilustrează faptul că pluralitatea în materie criminalistică are o semnificație specială.

În primul rând, pluralitatea este chiar de esența Criminalisticii. În al doilea rând, este de dorit să existe cât mai multe științe care să contribuie la soluționarea unei cauze, prin intermediul Criminalisticii, deoarece pluralitatea de perspective care converg spre aceeași concluzie oferă un fundament solid soluției pronunțate în baza acestei concluzii.

Însă pluralitatea în Criminalistică merge și mai departe. Au dreptul criminaliștii să forțeze aparentele limite ale unei discipline, în demersul de căutare a adevărului? Pot criminaliștii să analizeze o pluralitate de ipoteze, din cadrul aceluiași domeniu? Noi apreciem că da, iar avantajele unui astfel de demers vor fi resimțite nu doar în domeniul criminalisticii (prin soluționarea cauzei conform adevărului obiectiv), ci și în domeniul științific în care s-a făcut analiza (prin popularizarea unor rezultate care erau puțin cunoscute sau chiar prin determinarea unor noi cercetări).

Așadar, pluralitatea în Criminalistică apare nu doar ca o pluralitate de domenii științifice implicate, ci și ca o pluralitate de cercetări potențiale care pot fi efectuate în cadrul aceluiași domeniu științific, chiar cu privire la aceeași urmă.

Referințe

- Breitenbach A., Choi Y., *Pluralism and the Unity of Science*, în *The Monist*, Vol. 100, nr. 3/2017, Oxford University Press, *Laws of Nature: Contemporary and Historical Perspectives*, pp. 391-405, DOI: 10.1093/monist/onx017, [Online].
- Cartwright N., *The Dappled World: A Study of the Boundaries of Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- Cat J., *The Unity of Science*, în Zalta E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2022 Edition), [Online].

³⁶ A. Darby, *op. cit.*

- Cummings M. R., *Human Heredity: Principles and Issues*, Cengage Learning, Boston, 2014
- Darby A., *The Case of Lydia Fairchild and Her Chimerism (2002)*, Embryo Project Encyclopedia, 2021, [Online].
- Dupret B., *What is plural in the law? A praxiological answer*, Égypte/Monde arabe, No. 1/2005, DOI: 10.4000/ema.1869, [Online].
- Fodor J. A., *Special Sciences (Or: The Disunity of Science as a Working Hypothesis)*, Synthese, Vol. 28, nr. 2/1974, pp. 97-115, [Online]
- Griffiths J., *What is Legal Pluralism?*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 18, nr. 24/1986, pp. 1-55, DOI:10.1080/07329113.1986.10756387, [Online].
- Harding S., *Objectivity and Diversity: Another Logic of Scientific Research*, The University of Chicago Press, Chicago, 2015.
- Juan S., *Justice fails as illness mistaken for abuse*, The Sydney Morning Herald, 1992, [Online].
- Kellert S. H., Longino H. E., Waters C. K. (eds.), *Scientific Pluralism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2006.
- Lemons K., *Sharia Courts and Muslim Personal Law in India: Intersecting Legal Regimes*, in *Law & Society Review*, Vol. 52, nr. 3/2018, pp. 603–629, [Online]
- Ludwig D., Ruphy S., *Scientific Pluralism*, in Zalta E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, [Online].
- Madan K., *Natural human chimeras: A review*, in *European Journal of Medical Genetics*, Vol. 63, nr. 9/2020, DOI: 10.1016/j.ejmg.2020.103971, [Online].
- Moore S. F., *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, in *Law & Society Review*, Vol. 7, Nr. 4/1973, pp. 719-746, DOI: 10.2307/3052967, [Online].
- Passmore J., *Logical Positivism*, in Edwards P. (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol. 5, pp. 52-57, Macmillan, New York, 1967.
- Perry M. S., *Patricia Stallings: Other Female Exoneration Cases with False Forensics*, The National Registry of Exonerations, [Online].
- Reisch G. A., *Planning science: Otto Neurath and the International Encyclopedia of Unified Science*, in *The British Journal for the History of Science*, Vol. 27, nr. 2/1994, pp. 153-175, DOI: 10.1017/S0007087400031873, [Online].
- Ruphy S., *Scientific Pluralism Reconsidered: A New Approach to the (Dis)Unity of Science*, University of Pittsburgh Press, 2016, DOI: 10.2307/j.ctt1mtz6n9, [Online].
- Suppes P., *The Plurality of Science*, PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association, Vol. 2/1978, The University of Chicago Press, pp. 3-16, [Online].
- Tamanaha B. Z., *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and A Social Theory of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- Uebel T., *Vienna Circle*, in Zalta E. N., Nodelman U. (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022, [Online].
- *** *Dicționarul explicativ al limbii române* (ed. a II-a), Academia Română, Institutul de Lingvistică, Editura Univers Enciclopedic Gold, 2009.

Acțiunea în repararea prejudiciului cauzat persoanei prin erori judiciare și de anchetă (cazul Republicii Moldova)

Action for repair of damage caused to the person by judicial errors and investigation (case of the Republic of Moldova)

Vasilisa Muntean¹

Rezumat: Persoana în privința căreia există un act procesual de reabilitare, poate solicita repararea prejudiciului material, compensarea prejudiciului moral și restabilirea unor drepturi încălcate. În cadrul cercetării se efectuează o analiză din perspectivă doctrinară și legală privind acțiunea civilă în repararea prejudiciului cauzat prin erori judiciare și de anchetă. La momentul actual, în doctrina juridică de specialitate din Republica Moldova, problematica definirii erorii judiciare a fost puțin abordată. În acest sens, prezentul articol științific constituie un demers științific orientat spre elucidarea curențelor și omisiunilor teoretico-normative care apar în domeniul reparării prejudiciului cauzat prin erori judiciare și de anchetă. În vederea atingerii scopului fixat, ne-am propus ca obiectiv formarea unui nucleu de idei și mecanisme de recomandare care să asigure o anumită omogenitate interpretativă și decizională în cercetarea acțiunii civile privind repararea prejudiciului cauzat prin erori judiciare și de anchetă.

Cuvinte-cheie: acțiune civilă, prejudiciu, eroare judiciară, eroare de anchetă, instanța de judecată, judecător, proces penal, hotărâre.

Abstract: The rehabilitated person may claim compensation for pecuniary damage, compensation for non-pecuniary damage and reinstatement of infringed rights. In this research I will analyze the civil action to repair the damage caused by judicial and investigative errors. At present, in the legal doctrine of the Republic of Moldova, the issue of defining judicial error has been little addressed. In this sense, this scientific article constitutes a scientific approach aimed at elucidating the theoretical and normative deficiencies and omissions that appear in the field of repairing the damage caused by judicial and even errors. We aimed to form a core of ideas and recommendation mechanisms that would ensure a certain interpretive and decisional homogeneity in the investigation of the civil action regarding the reparation of the damage caused by judicial and investigative errors.

¹ Doctorand, Școala Doctorală în Drept, Științe Politice și Administrative prin consorțiu ASEM – USPEE „C. Stere”, e-mail: va_russ@yahoo.com.

Keywords: civil action, prejudice, judicial error, error of investigation, court, judge, criminal trial, decision.

1. Considerații introductive

Realizarea dreptului la repararea prejudiciului cauzat prin erori judiciare și de anchetă poate fi asigurată pe deplin doar într-o societate democratică, în care persoana fizică are posibilitatea de a-și apăra drepturile fundamentale prin mijloace legale.

Actualitatea tematicii abordate rezidă în aceia că, în doctrina juridică din Republica Moldova, înaintarea cererilor de chemare în judecată privind repararea în beneficiul persoanei reabilitate a prejudiciului cauzat prin erori judiciare și de anchetă nu a mai fost cercetată din punct de vedere științific.

Scopul urmărit la elaborarea prezentului articol științific este de a analiza particularitățile teoretice și practice ale acțiunii în repararea prejudiciilor cauzate prin erori judiciare și de anchetă potrivit legislației din Republica Moldova.

În conformitate cu art. 20 din Constituția R.M., orice persoană are dreptul la satisfacție efectivă din partea instanțelor judecătorești competente împotriva actelor care violează drepturile, libertățile și interesele sale legitime. Art. 120 din Constituția R.M. stabilește că respectarea sentințelor și a altor hotărâri definitive ale instanțelor judecătorești este obligatorie.

În jurisprudența sa, Curtea Constituțională a R.M. a statuat că dreptul la executarea unei hotărâri judecătorești constituie parte integrantă a dreptului de acces la justiție. De asemenea, Curtea a relevat că respectarea hotărârilor judecătorești se exprimă prin obligativitatea executării acestora. Accesul la justiție semnifică nu doar posibilitatea juridică a persoanei de a se adresa unui organ de plină jurisdicție pentru soluționarea unei contestații și obținerea unei satisfacții, *ci și dreptul de a cere executarea hotărârii obținute*².

2. Acțiunea civilă ca instrument juridic de protecție a drepturilor subiective civile

Intentarea și desfășurarea unui proces civil implică o serie de cerințe impuse reclamantului pentru ca dreptul subiectiv civil pretins să fie recunoscut și protejat prin concursul forței de constrângere a statului. În acest sens, dreptul subiectiv este definit ca „posibilitatea recunoscută de legea civilă subiectului activ – persoană fizică sau juridică – în virtutea căreia aceasta poate, în limitele dreptului și moralei, să aibă o anumită conduită, să pretindă o conduită corespunzătoare – să dea, să facă ori să nu facă ceva – de la subiectul pasiv și să solicite concursul forței coercitive a statului, în caz de nevoie”³.

² Hotărârea Curții Constituționale a R.M. nr. 32 din 17.11.2016 privind excepția de neconstituționalitate a unor prevederi legale referitoare la executarea creanțelor împotriva statului (sesizarea nr. 80g/2016), în M. Of. al Republicii Moldova, 2017, nr. 40-49.

³ V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu, *Drept procesual civil*, ed. a II-a. Editura Național, 2018, p. 27.

Instrumentul juridic procesual prin care se asigură protecția dreptului subiectiv civil este acțiunea civilă. Aceasta poate fi depusă de către persoana ce pretinde că i-a fost încălcat un drept subiectiv civil, împotriva persoanei prezumate a fi culpabilă.

Acțiunea civilă este mijlocul cel mai important de apărare legală a drepturilor încălcate sau a intereselor ocrotite de lege. Pentru exercitarea acțiunii civile este necesar ca persoana să pretindă un drept subiectiv civil sau să se prevaleze de o situație juridică, pentru a cărei realizare este obligatorie calea judecătii⁴. Pentru a putea fi dedus judecătii, dreptul litigios trebuie să fie recunoscut de lege, să fie exercitat în limitele materiale și juridice stabilite de normele legale și să fie actual.

Conform unei definiții acordate în doctrina de specialitate, acțiunea civilă este mijlocul legal prin care o persoană cere instanței judecătorești, fie recunoașterea dreptului său, fie realizarea acestui drept, prin încetarea piedicilor puse de o altă persoană în exercitarea dreptului sau printr-o despăgubire care i se datorează⁵. Într-o altă accepțiune, s-a menționat că acțiunea civilă reprezintă un mijloc procedural care întreține și justifică întreaga activitate a instanței sesizate cu o pretenție și care nu poate fi redusă la cererea de chemare în judecată, care este doar prima manifestare practică a acesteia⁶. De asemenea, s-a indicat că acțiunea civilă este ansamblul mijloacelor procesuale consacrate și garantate legal, pentru apărarea prin intermediul instanței de judecată a dreptului subiectiv prezumat încălcat sau prezumat contestat⁷.

Trebuie de menționat că, deși, în frecvente cazuri, noțiunea de acțiune civilă este utilizată pentru a desemna cererea de chemare în judecată, este necesar să nu se pună semnul egalității între cererea de chemare în judecată și acțiunea civilă. Cererea de chemare în judecată nu se confundă cu acțiunea civilă, ci reprezintă numai una dintre formele concrete de manifestare a acțiunii civile (cea prin care se pune în mișcare acțiunea civilă)⁸. În acest sens, uneori este destul de dificil să delimităm câte acțiuni civile se conțin într-o singură cererea de chemare în judecată în care sunt inserate mai multe pretenții (capete de cerere)⁹. Deci, cererea de chemare în judecată constituie primul mijloc dintr-o serie întregă de acte procesuale, prin intermediul cărora acțiunea civilă este pusă în mișcare.

În această ordine de idei, dintr-o perspectivă proprie, am putea defini acțiunea civilă ca fiind adresarea în instanța de judecată cu privire la examinarea

⁴ M. Văleanu, „Acțiunea civilă – mijloc de restabilire a dreptului subiectiv încălcat”, în *Acta Universitatis George Bacovia (România)*, Seria Juridica, Vol. 3, nr. 1/2014, p. 34.

⁵ С.Ф. Афанасьев. Гражданское процессуальное право: учебник, 6-е изд., пер. и доп. Москва: Юрайт, 2022, p. 54.

⁶ M. Bojincă, *Condițiile exercitării acțiunii civile*, în *Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu (România)*, Seria Științe Juridice, nr. 3/2010, pp.7-8.

⁷ Р. Курбанов, В. Гуреев. Гражданское процессуальное право. Учебник. Москва: Проспект, 2022, p. 38.

⁸ G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 32.

⁹ E. Belei, A. Borș, F. Chifa et. al., *Drept procesual civil. Partea generală*. Editura Lexon-Prim, 2016, p. 243.

într-o anumită ordine procesuală a pretențiilor material-juridice ale unei persoane față de alta, care rezultă din raportul material litigios.

Mijloacele procesuale prin care se pune în aplicare acțiunea civilă sunt cererea de chemare în judecată, referința, cererea reconvențională, cererile de apel, recurs, revizuire, cererea de executare silită etc. Totodată, nu putem considera că acțiunea civilă, ca totalitate de mijloace procesuale, aparține doar reclamantului. Un proces civil echitabil, în care sunt implicate două părți cu interese contrare, dar care beneficiază de „egalitate de arme”, oferă părâtului toate mijloacele procesuale necesare apărării, inclusiv exercitarea căilor de atac și a mijloacelor procesuale în cadrul executării silite.

Cel mai important mijloc procesual de manifestare a acțiunii civile este cererea de chemare în judecată. În conformitate cu art. 165 din Codul de Procedură Civilă al R.M.¹⁰, oricine pretinde un drept împotriva unei alte persoane sau are un interes pentru constatarea existenței sau inexistenței unui drept trebuie să depună în instanța de judecată o cerere de chemare în judecată.

Conținutul cererii de chemare în judecată trebuie să corespundă cerințelor stabilite la art. 166 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă. În conținutul cererii de chemare în judecată poate să fie incluse și alte date, importante pentru soluționarea cauzei. De asemenea, reclamantul poate formula în cererea de chemare în judecată mai multe pretenții, dacă acestea sunt conexe prin temeiurile de apariție sau prin dovezi.

În literatura de specialitate dreptului la acțiune îi sunt atribuite două sensuri: procesual și material. Dreptul la acțiune *în sens procesual* reprezintă dreptul la intentarea acțiunii, pe când în sens material semnifică dreptul la admiterea ei. Altfel spus, în sens procesual prin acțiune se realizează dreptul persoanelor de a cere instanței soluționarea unei pricini civile în ordine procesuală¹¹. Dreptul la admiterea acțiunii (*în sens material*) este un drept – pretenție adresat în interiorul termenului de prescripție prin intermediul instanței de judecată către părât pentru ca acesta să-și execute obligațiile sale ce decurg dintr-un raport material litigios¹².

Prin urmare, dreptul la intentarea acțiunii (*sensul procesual*) este posibilitatea garantată de lege a persoanelor interesate de a cere examinarea și soluționarea unei pricini civile de către o instanță judecătorească competentă. Respectiv acestui drept îi corespunde obligația instanței de a primi cererea și de a o examina pronunțând o hotărâre.

Cu referire la admiterea acțiunii (*sensul material*), avem în vedere soluționarea pricinii printr-o hotărâre judecătorească prin care pretențiile reclamantului au fost admise. Pentru admiterea acțiunii, persoana interesată trebuie să respecte anumite condiții cu privire la pretenția pe care o înaintează.

¹⁰ Codul de Procedură Civilă al R.M., nr. 225 din 30.05.2003, M. Of. al Republicii Moldova, nr. 285-294, 2018.

¹¹ E. Belei, A. Borș, F. Chifa et. al., *op. cit.*, p. 251.

¹² P.A. Курбанов, Е.В. Богданов, В.А. Гуреев. Гражданское процессуальное право: учебник. Москва: Проспект, 2022, p. 23.

Astfel, pretenția trebuie să fie întemeiată de fapt și de drept, să fie înaintată în cadrul termenului de prescripție extinctivă și să fie dovedită prin probe.

Din punct de vedere structural, orice acțiune civilă constă din trei elemente interdependente: obiect, teme și părți ale acțiunii civile. În acest sens, Codul de Procedură Civilă al R.M. identifică acțiunea civilă în funcție de obiect, teme și părți. Articolele 169 alin. (1) lit.(b), 265 lit.(b), 254 alin. (3) din Cod se referă la un litigiu între aceleași părți, asupra aceluiași obiect și având aceleași temeiuri. Astfel, potrivit art. 254 alin. (3) din Cod, după ce hotărârea judecătorească rămâne irevocabilă, părțile și ceilalți participanți la proces, precum și succesorii lor în drepturi, nu pot înainta o nouă cerere de chemare în judecată cu aceleași pretenții și în același teme, nici să conteste în alt proces faptele și raporturile juridice stabilite în hotărârea judecătorească irevocabilă.

Obiectul acțiunii civile îl formează pretenția formulate de către reclamant împotriva pârâtului, adresată instanței de judecată în scopul apărării propriilor drepturi. Obiectul acțiunii civile depinde de metodele de apărare a drepturilor civile prevăzute detaliat în art. 16 din Codul civil, precum: recunoașterea dreptului; restabilirea situației anterioare încălcării dreptului; declararea nulității actului emis de o autoritate publică; repararea prejudiciilor, desființarea sau modificarea raportului juridic, neaplicarea de către instanța de judecată a actului ce contravine legii emis de o autoritate publică etc. În acest sens, conchidem că obiectul acțiunii civile se poate rezuma la cerințe concrete referitor la: anularea unui act juridic/administrativ, repararea unor prejudicii materiale și/sau morale, somarea privind executarea unor obligații, recunoașterea unor drepturi etc.

Temeiul înaintării acțiunii civile constituie circumstanțele de fapt și de drept invocate de către reclamant pentru justificarea propriei pretenții. Circumstanțele de fapt constau din fapte juridice (acțiuni, inacțiuni, evenimente) care potrivit legii material aplicabile raportului litigios au generat, modificat sau stins anumite consecințe juridice¹³. Întrucât reclamantul are nevoie nu doar să-și întemeieze pretențiile pe circumstanțe de fapt, dar și să le întemeieze pe norme juridice concrete, aplicabile raportului material litigios, spunem că temeiul de drept al pretențiilor sunt normele juridice ce aparțin dreptului material care sunt relevante litigiului dintre părți.

Al treilea element structural al acțiunii civile sunt *părțile* la proces. În urma adresării subiectului dreptului pretins încălcat sau contestat în instanța de judecată, persoanele litigante devin subiecți ai raporturilor juridice procesual civile și nimeresc în sfera de influență a dreptului procesual civil, dobândind calitatea procesuală de „părți”¹⁴. Părțile în proces sunt întotdeauna în număr de două: reclamantul și pârâtul. Numărul părților în proces rămâne neschimbat și în cazul participării mai multor subiecți ai raportului material juridic litigios de partea reclamantă și/sau de partea pârâtă (coreclamant și/sau copârât).

Pentru a fi parte în proces, legea procesuală impune condiția prezenței capacității de folosință (art. 57 CPC) și adresarea în instanța de judecată cu o

¹³ E. Belei, A. Borș, F. Chifa *et. al.*, *op. cit.*, p. 244.

¹⁴ L. Smarandă, *Drept procesual civil*, Editura Universul Juridic, București, 2018, p. 53.

cerere de chemare în judecată (condiție ce se referă la reclamant) sau identificarea persoanei în calitate de pârât de către reclamant (condiție ce se referă la pârât) (articolele 166 și 167 CPC).

Luând în considerație opiniile care au fost expuse în doctrina de specialitate, deducem că părțile sunt subiecții raporturilor juridice, ce acționează în proces în apărarea propriilor interese material-juridice și procesuale, asupra cărora se răsfrânge puterea legală a hotărârii judecătorești și care suportă cheltuielile de judecată.

Potrivit art. 59 din Codul de Procedură Civilă, parte în proces (reclamant sau pârât) poate fi orice persoană fizică sau juridică prezumată, la momentul intentării procesului, ca subiect al raportului material litigios. În cazurile prevăzute de lege, pot fi parte în proces asociațiile și societățile care nu au personalitate juridică, dar care dispun de organe de conducere proprii. Parte în proces civil poate fi și statul, reprezentată de Guvern și de organele împuternicite să exercite o parte din funcțiile Guvernului, precum și unitățile administrativ-teritoriale, reprezentate prin împuterniciții lor în modul prevăzut de lege. Părțile au drepturi procedurale și obligații procedurale egale.

3. Acțiunea în repararea prejudiciilor cauzate prin erori judiciare și de anchetă

În conformitate cu art. 5 al Legii privind modul de reparare a prejudiciului cauzat prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală, ale procuraturii și ale instanțelor judecătorești nr. 1545/1998¹⁵, cauzele cu privire la repararea prejudiciului material și moral se examinează în conformitate cu normele de procedură civilă în vigoare, iar organul care reprezintă statul în instanța de judecată pe această categorie de cauze este Ministerul Justiției. Cererea de chemare în judecată privind repararea prejudiciului se depune în termen de 3 ani de la data apariției dreptului la repararea prejudiciului.

Reglementări cu privire la acțiunea pentru repararea prejudiciului cauzat prin erori judiciare și de anchetă sunt cuprinse în Codul de Procedură Penală. În conformitate cu art. 525 alin. (1) din Cod, acțiunea pentru repararea prejudiciului poate fi înaintată în termen de trei ani de la data apariției dreptului la repararea prejudiciului, în acord cu dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 1545/1998.

Cu referire la momentul începerii curgerii termenului de prescripție pentru înaintarea acțiunii, actele legislative sus-menționate prevăd că acțiunea pentru repararea prejudiciului poate fi înaintată în termen de trei ani de la data apariției dreptului la repararea prejudiciului. Totodată, în art. 6 al Legii nr. 1545/1998, legiuitorul stabilește situațiile în care dreptul la repararea prejudiciului poate lua naștere: a) devenirea definitivă și irevocabilă a sentinței de achitare; b) scoaterea persoanei de sub urmărire penală sau încetarea urmăririi penale pe

¹⁵ Legea R.M. privind modul de reparare a prejudiciului cauzat prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală, ale procuraturii și ale instanțelor judecătorești, nr. 1545 din 25.02.1998, M. Of. al Republicii Moldova, 1998, nr. 50-51.

temeiuri de reabilitare; c) adoptarea de către instanța judecătorească a hotărârii cu privire la anularea arestului contravențional în legătură cu reabilitarea persoanei fizice; d) adoptarea, de către judecătorul de instrucție, în condițiile art. 313 alin. (5) din Codul de Procedură Penală, în privința persoanei achitate sau scoase de sub urmărire penală, a încheierii privind declararea nulității actelor sau acțiunilor organului de urmărire penală sau organului care exercită activitate specială de investigații.

În doctrina de specialitate, autorul *Iosof R.* și-a expus opinia că momentul începerii curgerii termenului de prescripție pentru înaintarea acțiunii în despăgubire împotriva statului trebuie să fie data rămânerii definitive a hotărârii de constatare a erorii judiciare. Dacă hotărârea prin care s-a constatat eroarea judiciară nu a fost comunicată persoanei vătămate, termenul de prescripție va începe a curge de la data când persoana vătămată a luat ori trebuia să ia cunoștință de hotărâre. În acest scop, cu titlu *de lege ferenda*, autorul a propus ca hotărârile respective să fie comunicate întotdeauna persoanelor vătămate¹⁶.

Pentru comparație, în România, noile modificări introduse în Codul de Procedură Penală prevăd că acțiunea în repararea prejudiciului împotriva statului poate fi introdusă în termen de 6 luni de la data rămânerii definitive a hotărârii instanței de judecată (art. 541 alin. (2)). În comparație cu reglementările penale anterioare, care prevedeau că acțiunea poate fi introdusă în termen de 18 luni de la data rămânerii definitive a hotărârii instanței de judecată, în noile reglementări acest termen a fost redus substanțial de la 18 luni la 6 luni.

În legătură cu efectuarea prezentei cercetări, manifestă interes faptul că reglementarea din legislația română a constituit subiectul unei excepții de neconstituționalitate pe care o vom analiza în cele ce urmează.

Autorul excepției și-a motivat cererea înaintată prin faptul că natura juridică a dreptului la repararea prejudiciului produs prin erori judiciare este una de răspundere civilă delictuală, iar termenul de prescripție al unei asemenea acțiuni civile este cel general de 3 ani. Din acest punct de vedere, norma legală care stabilește un drept la acțiune în termen de 6 luni reprezintă o inechitate și o încălcare a principiului constituțional în fața legii.

Curtea Constituțională a României a stabilit că termenul special de prescripție de 6 luni prevăzut în Codul de Procedură Penală, este un termen de prescripție a dreptului la acțiune rezonabil, care asigură condițiile optime celui prejudiciat pentru a exercita acțiune în justiție în scopul obținerii reparațiilor legale, în concordanță cu prevederile art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și cu cele cuprinse în art. 21 alin. (3) din Constituție, care consacră dreptul la un proces echitabil. De altfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat în jurisprudența sa faptul că dreptul de acces la justiție nu este un drept absolut și că acesta „poate fi supus la restricții legitime, cum ar fi termenele legale de prescripție”.

¹⁶ R. Iosof, *Răspunderea civilă a statului în cazul erorilor judiciare*. Rezumatul tezei de doctorat. Cluj-Napoca, 2013, p. 31.

Argumentele menționate mai sus au dus la respingerea, ca neîntemeiată, a excepției de neconstituționalitate¹⁷.

Într-o altă cauză asemănătoare aflată pe rolul Curții Constituționale a României, autorul excepției de neconstituționalitate a menționat că termenul de 6 luni prevăzut de lege nu este unul rezonabil, fiind prea scurt. Această situație limitează până la imposibilitate accesul la justiție, deoarece demersurile pe care trebuie să le întreprindă reclamantul pentru formularea acțiunii în reparare constau în obținerea unei copii legalizate a sentinței penale, obținere care deseori este îngreunată de neredactarea hotărârii în termen și de aducerea cu întârziere a dosarului în arhiva instanței de fond.

Curtea a respins ca neîntemeiată excepția de neconstituționalitate ridicată, motivând că termenul de 6 luni, prevăzut de art. 541 alin. (2) din Codul de Procedură Penală, este un termen de prescripție a dreptului la acțiune, rezonabil, care asigură condițiile optime celui prejudiciat pentru a exercita acțiune în justiție în scopul obținerii reparațiilor legale. De altfel, exercițiul nici unui drept fundamental recunoscut de Constituție sau de tratatele internaționale privind drepturile omului nu trebuie absolutizat, motiv pentru care instituirea prin lege a unor condiții procesuale de valorificare a respectivului drept, cum este, în speță, instituirea unui termen de 6 luni pentru introducerea acțiunii, nu este incompatibilă cu exigențele constituționale¹⁸.

În opinia cercetătorului R. Iosof, acțiunea în repararea prejudiciului împotriva statului trebuie formulată în termen de un an, de când victima a luat sau trebuia să ia cunoștință de hotărârea prin care s-a constatat eroarea judiciară. În viziunea cercetătorului, instituirea unui asemenea termen ar asigura atât aflarea adevărului, cât și repararea mai rapidă a prejudiciului. De asemenea, ar obliga victima erorii judiciare la o diligență sporită în acțiunile sale pentru repararea propriului patrimoniu¹⁹. Pe de altă parte, autorul D.Ciuncan a exprimat o părere contrară, și anume, că nu există motive rezonabile pentru limitarea de către legiuitor a termenului pentru adresarea acțiunii în despăgubire împotriva statului. Limitarea acestui termen constituie o manifestare inutilă²⁰.

Accentuăm faptul că până în anul 2013, actele legislative din Republica Moldova care reglementau repararea prejudiciilor pentru erori judiciare și de anchetă conțineau neconcordanțe în partea ce se referă la termenul de prescripție pentru exercitarea dreptului la repararea prejudiciului. Astfel, Legea nr. 1545/1998 stabilea termenul de prescripție „de 3 ani de la data apariției dreptului la repararea prejudiciului”, Codul de Procedură Penală, însă, prevedea că acest termen este de „un an de la data devenirii definitive sau, după caz, irevocabile a hotărârii judecătorești sau a ordonanței organului de urmărire penală, prin care a fost constatat

¹⁷ Decizia Curții Constituționale a României nr. 435/2016 referitoare la respingerea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 506 alin. (2) din Codul de Procedură Penală.

¹⁸ Decizia Curții Constituționale a României nr. 788/2015 referitoare la respingerea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 541 alin. (2) din Codul de Procedură Penală.

¹⁹ R. Iosof, *op. cit.*, p. 31.

²⁰ D. Ciuncan, *Eroarea judiciară în exercitarea funcției de magistrat cu rea-credință sau gravă neglijență (I)*, în *Universul Juridic* (România), nr. /2018, p. 23.

caracterul ilicit al acțiunii procesuale respective". Totodată, se remarcă și faptul că, momentul de apariție al dreptului la repararea prejudiciului reglementat de Codul de Procedură Penală nu corespundea momentelor de apariție a acestui drept prevăzut de art. 6 din Legea nr. 1545/1998.

La rândul său, Legea cu privire la procuratură nr. 294/2008²¹ (abrogată), care era în vigoare la acel moment, în art. 63 alin. (4) stabilea că termenul general de prescripție este de „un an, dacă legea nu prevede alte termene”. Vedem că norma respectivă, deși stabilea că termenul de prescripție pentru înaintarea acțiunii civile este de un an, totuși, lăsa loc de interpretare și admitea prezența altor termene, în cazul existenței unor dispoziții legale cu caracter special, așa cum sunt, spre exemplu, cele din Legea nr. 1545/1998. În pofida acestui fapt, am constatat că norma de la art. 63 alin. (4) al Legii cu privire la procuratură nr. 294/2008 (abrogată) avea un caracter lacunar, deoarece nu specifica cu exactitate momentul din care acest termen de prescripție începea să curgă.

Având scopul de a exclude dubbele standarde la reglementarea aceluiași obiecte juridice, s-a considerat oportun de a coordona dispozițiile actelor legislative menționate supra, fapt care a fost realizat prin modificările operate de Legea nr. 222 din 27.09.2013²².

În cadrul cercetării pe care o efectuăm, prezintă interes de a elucida normele de procedură care urmează a fi aplicate la examinarea cauzelor de reparare a prejudiciului provocat prin erori judiciare și de anchetă. Astfel, art. 5 al Legii nr. 1545/1998 prevede că cauzele cu privire la repararea prejudiciului material și moral se examinează în conformitate cu normele de procedură civilă în vigoare. Vedem că legiuitorul a precizat în mod expres că acțiunea în repararea prejudiciului va fi examinată nu în ordinea procedurii penale, dar în ordinea procedurii civile.

În literatura de specialitate autohtonă s-a propus modificarea art. 5 al Legii nr. 1545/1998, cu reformularea acestuia în redacția: „Prejudiciul material, cauzat persoanei fizice sau juridice prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală, ale procuraturii sau ale instanțelor judecătorești, se repară în ordinea prevăzută de legislația procesual penală”²³.

În ceea ce ne privește, nu putem agreea opinia doctrinară prin care a fost propusă consacrarea pe cale legislativă a ordinii procesual penale de examinare a cererii de reparare a prejudiciului material și moral cauzat prin erori judiciare și de anchetă. Considerăm că recomandarea nominalizată a fost preluată din doctrina Federației Ruse care, la rândul ei, este întemeiată pe normele legislației materiale și procesuale ale acestui stat.

²¹ Legea R.M. cu privire la procuratură nr. 294 din 25.12.2008 (abrogată), Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2009, nr. 55-56.

²² Legea R.M. pentru modificarea unor acte legislative nr. 222 din 27.09.2013. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2013, nr. 238-242.

²³ L. Brânză, *Repararea prejudiciului material cauzat prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală și ale instanțelor judecătorești cu prilejul desfășurării procesului penal*, în *Revista științifică „Studia Universitatis”*, nr. 6/2007, pp. 222-223.

În conformitate cu art. 135 alin. (5) din Codul de Procedură Penală al Federației Ruse²⁴, prejudiciul cauzat persoanelor prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală, ale procuraturii sau ale instanțelor judecătorești se repară în ordinea stabilită de legislația procesual penală. În consecință, conchidem că propunerea cu privire la modificarea art. 5 al Legii nr. 1545/1998 în sensul schimbării procedurii de examinare a cauzelor de reparare a prejudiciului cauzat prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală sau ale instanțelor judecătorești din Republica Moldova, a fost întemeiată pe reproducerea textului de lege preluat din legislația altui stat și nu poate să justifice apartenența raporturilor respective la ramura dreptului procesual penal.

Privitor la locul depunerii acțiunii în repararea prejudiciului, în art. 525 alin. (2) din Codul de Procedură Penală este stabilit că acțiunea pentru repararea prejudiciului poate fi inițiată în instanța judecătorească în a cărei rază teritorială domiciliază persoana căreia i-a fost cauzat prejudiciul sau, după caz, succesorii ei, în ordinea procedurii civile, chemând în judecată statul, care este reprezentat de către Ministerul Justiției.

Norma prevăzută la art. 525 alin. (2) din Codul de Procedură Penală este în acord cu dispozițiile privind competența teritorială prevăzute în articolele 38 și 39 din Codul de Procedură Civilă. Astfel, conform art. 38 din Codul de Procedură Civilă, reclamantul poate intenta acțiunea în oricare din sediile instanței în a cărei rază teritorială se află domiciliul pârâtului. Acțiunea împotriva unei persoane juridice se intentează în unul dintre sediile instanței în a cărei rază teritorială se află sediul persoanei juridice respective. Cu titlu de excepție, în art. 39 pct. (7) din Codul de Procedură Civilă este prevăzut că acțiunile ce țin de restabilirea în dreptul la muncă, la pensie, la locuință, de revendicare a bunurilor sau a valorii lor, de reparare a prejudiciului cauzat prin condamnare ilegală, tragere ilegală la răspundere penală, prin aplicare ilegală a măsurii preventive sub forma arestului preventiv sau sub forma impunerii angajamentului scris de a nu părăsi localitatea ori prin aplicarea ilegală a sancțiunii administrative a arestului pot fi intentate și în oricare dintre sediile instanței de la domiciliul reclamantului.

4. Concluzii

Cercetările efectuate ne permit să formulăm un șir de **concluzii teoretico-științifice** în domeniul reparării prejudiciului cauzat prin erori judiciare și de anchetă, pe care le expunem într-o formulă de sinteză.

Acțiunea în repararea prejudiciului cauzat persoanei prin erori judiciare și de urmărire penală se examinează în ordinea procedurii civile. Calitatea de reclamant o poate avea persoana fizică sau persoana juridică în privința căreia procesul penal a fost încetat pe temeieri de reabilitare. Cererea de chemare în judecată se depune împotriva Ministerul Justiției al R.M., căruia revine calitatea de reprezentant al statului în pricinile de acest fel.

²⁴ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации N 58-ФЗ от 22 ноября 2001 года. În: Собрание Законодательства Российской Федерации (Federația Rusă), nr. 22, 2002.

Subiecții care beneficiază de dreptul la repararea prejudiciului cauzat prin erori judiciare și de anchetă în temeiul Legii nr. 1545/1998 pot fi: bănuitul, învinuitul, inculpatul, condamnatul și contravenientul, dacă aceștia au fost trași la răspundere penală ori contravențională pe nedrept și dacă procesul în privința lor a fost încetat pe temei de reabilitare. În cazuri de deces a persoanei reabilite, dreptul la repararea prejudiciului poate trece la succesorii defunctului.

Partea vătămată, partea civilă, partea civilmente responsabilă, apărătorul, asistentul procedural, interpretul, traducătorul, specialistul, expertul și alte persoane enumerate în articolele 60-88 din Codul de Procedură Penală al R.M., care au fost prejudiciați prin acțiuni ilicite ale organului de urmărire penală, nu pot beneficia de prevederile Legii nr. 1545/1998. Repararea prejudiciului pentru aceste persoane se face prin înaintarea unei acțiuni civile, în cadrul procesul penal sau într-un proces aparte, conform normelor de procedură civilă.

Hotărârea judecătorească privind repararea prejudiciului cauzat prin erori judiciare și de anchetă se execută după ce a devenit definitivă. Instanța de judecată are obligația de a prezenta din oficiu titlul executoriu spre executare Ministerului Justiției care, la rândul său are obligația de a remite Ministerului Finanțelor titlul executoriu, împreună cu hotărârile judecătorești emise pe cauza respectivă, și datele bancare ale creditorului. Plata despăgubirilor în beneficiul persoanei reabilite se va face, conform titlului executoriu, de către Ministerul Finanțelor.

Executarea hotărârilor definitive privind repararea prejudiciului cauzat prin erori judiciare și de anchetă se face în termen de 3 luni. Acest termen este acordat pentru executarea benevolă a titlului executoriu și începe a curge de la data primirii titlului executoriu de către Ministerul Finanțelor. Dacă organul de stat va refuza executarea benevolă a documentului executoriu, persoana reabilitată poate solicita executorului judecătoresc pornirea executării silite împotriva statului.

Hotărârile Curții Europene nu pot constitui o dovadă convingătoare de eroare judiciară, care să constituie temei pentru exercitarea acțiunii în regres de către stat împotriva judecătorului. Judecătorul nu poate fi tras la răspundere civilă pentru simplul fapt al pronunțării de către el a unei hotărâri care a fost casată mai apoi de Curtea Europeană. Răspunderea civilă a judecătorului poate fi angajată numai dacă statul va dovedi, prin intermediul unei sentințe definitive pronunțată de instanța națională, că judecătorul a comis sau a admis cu rea-credință ori din culpă gravă eroarea judiciară.

Referințe:

- Belei E., Borș A., Chifa F. et. al., *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura Lexon-Prim, Chișinău, 2016.
- Bojincă M., *Condițiile exercitării acțiunii civile*, în *Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu. Seria Științe Juridice*, nr. 3/2010, pp. 7-20.
- Boroi G., Stancu M., *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, București, 2015.
- Brînză L., *Repararea prejudiciului material cauzat prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală și ale instanțelor judecătorești cu prilejul desfășurării procesului penal*, în *Studia Universitatis*, nr. 6/2007, pp. 222-223.

- Ciuncan D., *Eroarea judiciară în exercitarea funcției de magistrat cu rea-credință sau gravă neglijență (I)*, în *Universul Juridic*, nr. 6/2018.
- Ciobanu V.M., Briciu T.C., Dinu C.C., *Drept procesual civil*, ed. a II-a, Editura Național, București, 2018.
- Smarandi L., *Drept procesual civil*, Editura Universul Juridic, București, 2018.
- Văleanu M., *Acțiunea civilă – mijloc de restabilire a dreptului subiectiv încălcat*, în *Acta Universitatis George Bacovia Seria Juridica*, Vol. 3, nr. 1/2014.

BOOK REVIEW

DOI: 10.47743/jss-2023-69-1-17

Bernd R uthers, *Prelegeri juridice*

traducere  i postfa a de Adina-Lucia Nistor, cuv nt înainte de Marius Bălan, Editura Casa C r ii de  tiin a, Cluj-Napoca, 2022, 133 p., ISBN 978-606-17-1954-9

Lidia Onofrei (M riu a)¹

Lucrarea lui Bernd R uthers, *Prelegeri Juridice*, tradusă din limba germană de Adina-Lucia Nistor, reprezintă o compila ie de prelegeri susținute de profesorul german cu ocazia diverselor apari ii publice în România, la Iași. Prin intermediul acestei c r i, autorul reu e te să faciliteze accesul la universul legal german, în special la dreptul muncii  i dreptul civil. Un important pilon al g ndirii juridice a Germaniei postbelice, autorul  mplete te aspecte legale cu influen e de ordin politic, istoric, economic sau chiar filozofic. Cartea îmbină, pe de o parte, teme precum dreptul între economie  i metafizică,  tiin a dreptului în sistemul național-socialist, rela iile de muncă în Germania şi, pe de altă parte, întrebări intrigante pentru domeniul juridic, precum ce este fericirea sau ce ne face ferici i. Așadar, este adresată atât speciali tilor  i cercetătorilor din domeniul juridic, mai cu seamă celor preocupa i de domeniul juridic german, c t  i cititorilor interesa i în a lectura o serie de discursuri la cel mai înalt nivel al retoricii juridice.  n plus, această lucrare serve te drept dovadă a colaborării consistente  i continue pe parcursul a aproape trei decenii din momentul încheierii contractului de parteneriat între Universitatea Konstanz, Germania  i Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”, Iași.

Lucrarea cuprinde patru prelegeri  i un eseu, precedate de cuvântul înainte al profesorului Marius Bălan  i de o observa ie preliminară oferită de autorul c r ii. Aceasta se  nceie cu sec iunea denumită * n loc de concluzii*, unde traducătoarea  mp rt e te cu cititorul un eveniment autobiografic povestit de însuși profesorul R uthers.

Prima prelegere academică, *Dreptul între economie  i metafizică*, a fost susținută la data de 16 octombrie 1994 cu ocazia încheierii Contractului de Parteneriat  ntre Universitatea din Konstanz, Germania  i Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”, Iași. Profesorul R uthers abordează probleme de ideologie juridică, dar  i de politică juridică, precum motiva ia din spatele legislației germane, mai bine spus, din spatele juriștilor, în privința schimbării or nduirii statale  i sociale germane. Tema tocmai menționată este susținută prin intermediul a douăsprezece ipoteze, fiecare analiz nd fie concepte juridice, fie o

¹ Doctorand, Facultatea de Litere,  coala Doctorală Litere, Universitatea București.

serie de evenimente istorice sau politice. În următoarele rânduri, vom prezenta succint ideile pe care s-au fondat ipotezele. Ipoteza 1 abordează subiectul succesiunii rapide a celor șapte sisteme politice ajunse la putere în Germania, între anii 1919 și 1989, de la Republica de la Weimar până la noua RFG (Republica Federală Germania). De asemenea, este menționat și rolul benefic pe care l-a avut europeanizarea ordinii juridice germane. Prin intermediul celei de-a doua ipoteze este introdus conceptul de „metafizică a justiției” (p. 22), termen ce apare încă din titlul discursului. Profesorul Rùthers explică acest concept ca fiind întrepătrunderea dintre drept și ideologie. Ipoteza 3 vine în susținerea conceptului introdus anterior, respectiv, oricare sistem politic sau de organizare internă statală este bazat pe principii metafizice. Ipoteza 4 introduce conceptul „idee de drept” (p. 23) și cum acesta este specific ideologiei respectivului sistem de stat, așadar, dreptul este adaptat în funcție de credințele și scopurile statului. Ipoteza 5 descrie situații de criză, precum schimbarea sistemului, așa cum s-a întâmplat în Germania anilor 1919 - 1989, și cum acestea reprezintă un factor însemnat în influențarea bunului-mers al sistemului economic sau social. Astfel, tendința societății este de a aduce acuze noului sistem politic și a noilor săi reprezentanți, și nu sistemului anterior aflat la putere. Ipoteza 6 se fondează pe ideea că dreptatea este un aspect pur subiectiv strâns legat de propriul interes individual sau colectiv. În realitate, o astfel de *dreptate* nu poate fi prestată de către și obținută de la legislația statală și organele ei. Ipoteza 7 expune situațiile în care hotărârile instanțelor sunt puse în aplicare destul de târziu, iar efectul lor nu înlătură în totalitate eventualele distrugerii cauzate de sistemele aflate anterior în colaps. Mai mult decât atât, victimele afectate de repercursiunile sistemului nu sunt satisfăcute de rezultate. Ipoteza 8 vorbește despre adaptarea noilor dispoziții legale la noile ideologii, aspect ce reprezintă un interes continuu al juriștilor. Ipoteza 9 expune ideea conform căreia indiferent de modul de funcționare al justiției, în diversele ideologii se poate remarca faptul că juriștii au un rol esențial și activ în a aduce la realitate datele ideologice – denumite de autor și *metafizice* – ale noului sistem. Ipoteza 10 vorbește despre rolul justiției, având nu doar un rol de soluționare a unui litigiu efectiv între două instanțe, ci și de dirijare a sistemelor statului, precum cel politic, social și economic. Prin intermediul ipotezei 11, autorul discursului introduce termenul „Gerechtigkeitsbilder” (p. 32), care face referire la orientarea fiecărei ordini juridice către reprezentări ale dreptății. De asemenea, eficiența și performanța economică sunt două aspecte care lipsesc din învățământul juridic german. Din acest motiv, anumite instanțe nu conștientizează repercursiunile deciziilor în organizarea economică. Ultima ipoteză abordează subiectul interdependenței dintre aspirația către dreptatea ideală și legi, dar și limitările economice.

A doua prelegere, cu titlul *Drept și știința dreptului în național-socialism: „Dreptul degenerat”*, a fost susținută de către profesorul Bernd Rùthers la data de 25 octombrie 1996 cu ocazia vizitei sale la Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”. Autorul discursului reia subiectul succesiunii rapide a celor șapte sisteme politice germane în cei 70 de ani, între 1919 – 1989, și prezintă cu lux de amănunte rolul

juriștilor în succesiunea sistemelor politice injuste și problemele apărute în urma căderii RDG-ului (Republica Democrată Germania) și vechiului RFG. Accentul cade pe faptul că orice normă juridică este direcționată de către creatorul ei spre un anumit scop politic. În consecință, juriștii se află în proximitatea ideologiei de sistem și a celor care dețin efectiv puterea, devenind astfel „experți ai schimbării” (p. 41). Profesorul Rütters exemplifică și o serie de instrumente de interpretare a dreptului, precum proclamarea unei noi idei a dreptului, construirea unor noi surse de drept, apoi formularea de noi concepte juridice adaptate sistemului. Acesta concluzionează susținând faptul că dreptul penal este într-o măsură limitată un „instrument adecvat și eficient în reconstrucția statelor fărădelegii” (p. 52).

La data de 6 octombrie 1997, profesorul Bernd Rütters a susținut a treia prelegere, denumită *Relațiile de muncă în Germania – model pentru un viitor conflict sau pentru cooperare?*, în contextul decernării titlului *Doctor honoris causa* al Universității „Alexandru Ioan Cuza”. Subiectul principal al prelegerii este cel al dreptului muncii în contextul actual și cum acesta reprezintă o ramură esențială a societăților industrializate. Mai mult decât atât, sunt prezentate funcțiile dreptului muncii și elementele fundamentale ale constituției muncii în contextul german, fiind cinci la număr. Amintim libertatea de asociere pentru angajați și angajatori, autonomia tarifară, dreptul de a face grevă sau dreptul de participare al angajaților la luarea deciziilor. Demnă de menționat este afirmația conform căreia constituția muncii este parte integrantă a constituției economice și constituției statului. Autorul discursului conchide susținând că modelul german al reglementării relațiilor de muncă a avut o lungă perioadă de succes.

A patra prelegere, *Dreptate sau dreptăți?*, a fost susținută în anul 2004, la data de 15 octombrie, în cadrul unei noi vizite la Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”. Profesorul Rütters consideră dreptul o problemă a experienței și nu a logicii. Această prelegere este construită pe baza unor serii de ipoteze, precum prelegerea din 1994. De această dată există nouă ipoteze care gravitează în jurul *dreptății* ca element necesar justiției, dreptului și statului. La fel ca la prima prelegere, vom descrie concis conținutul fiecărei ipoteze. Prima ipoteză susține faptul că dreptul este o necesitate primară a omului, precum hrana. Cea de-a doua ipoteză abordează subiectul dreptului personalizat, respectiv fiecare sistem are specifica sa *dreptate*, iar dese ori aceste *dreptăți* diferă între ele. Ipoteza 3 prezintă dreptatea ca rezultat al unor procese de socializare, fie individuale sau colective. Ipoteza 4 atrage atenția asupra a două situații istorice concrete care susțin ideea că ce este drept sau nedrept depinde de criteriile dreptății sistemului în cauză. Cele două exemple sunt arderea lui Jan Hus și a lui Hieronymus din Praga, la Conciliul de la Konstanz. Autorul prelegerii continuă cu mențiunea că după acești mii de ani de istorie europeană a dreptului, asemenea hotărâri sunt considerate astăzi nedrepte. Ipoteza 5 scoate în evidență faptul că dreptul depinde de „ultimele instanțe”, citându-l pe O.W. Holmes (p. 71), iar dreptăți veșnice sau adevărate nu există. A șasea ipoteză subliniază faptul că termenul *dreptate* se află în contradicție cu statul democratic care este plural. În consecință, nu există

dreptate unică, iar folosind termenul *dreptăți*, se poate ajunge la soluții optime. Ipoteza 7 se concentrează pe ideea că diversitatea și relativitatea reprezentărilor despre dreptate reprezintă compromisul democrației. În ipoteza 8 accentul cade pe juriști. Profesorul Rùthers consideră un jurist nesigur, dar conștient de sine și autocritic mai valoros decât un jurist autosuficient. Ultima ipoteză conchide prelegerea cu afirmația că statul nu poate oferi „dreptatea divină” (p. 77).

După cele patru prelegeri, în succesiunea cărții apare un eseu al profesorului Bernd Rùthers despre un subiect pe care mulți l-ar considera străin dreptului, și anume fericirea. Textul eseului *Ce este fericirea? – Ce ne face fericiți?* a fost primit personal de către traducătoarea Adina-Lucia Nistor din partea profesorului pe data de 6 aprilie 2009. Eseul, profund personal și introspectiv, abordează tema fericirii în conexiune cu diverse concepte mai mult sau mai puțin abstracte, precum banii, societatea, performanța, mulțumirea sufletească, capacitatea de a dărui, timpul, dreptatea, libertatea, religia și nu în ultimul rând, sensul vieții.

Concluziile profesorului Bernd Rùthers sunt prezentate sub forma unei povestiri autobiografice legate de ziua de 8 mai 1945, cu titlul *Războiul și copilăria pierdută*. Postfața cărții conține impresiile personale ale traducătoarei, care a avut ocazia să colaboreze îndelungat cu profesorul Bernd Rùthers. De asemenea, anexele întregesc și confirmă colaborarea de lungă durată între cele două universități și implicit între profesorul și autorul Bernd Rùthers și traducătoarea Adina-Lucia Nistor.

În concluzie, cartea mai sus prezentată vine în completarea lucrărilor juridice de referință traduse din limba germană și poate fi o unealtă necesară și utilă celor care doresc să se imerseze în modul de gândire al profesorului Bernd Rùthers. În plus, pentru cei pasionați de spațiul juridic german, cartea poate fi de real ajutor în aprofundarea unor concepte juridice mai puțin abordate și nu în ultimul rând, poate servi drept inspirație celor care sunt interesați de metode de structurare a unor prelegeri juridice publice.