

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

2/2022
aprilie-iunie

COLECTIVUL DE REDACȚIE

REDACTOR-ȘEF: conf.univ. dr. Șerban DIACONESCU

REDACTOR-COORDONATOR: asist.univ. dr. Dorin JOREA

SECRETAR DE REDACȚIE: lect.univ. dr. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

prof.univ. dr. Paul VASILESCU

prof.univ. dr. Ovidiu PODARU

prof.univ. dr. Mircea Dan BOB

prof.univ. dr. Sergiu BOGDAN

conf.univ. dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

Michel GRIMALDI – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Denis MAZEAUD – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

Liviu POP – profesor emerit, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Mircea Ștefan MINEA – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Dan CHIRICĂ – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

CUPRINS

- » **Studii:** Anghel Marian POP: *Observații asupra puterii discreționare a administrației prin prisma principiului proporționalității* 9-43
- » **Studii:** Cristina POP: *Peculium profecticium – fațetă a îmbunătățirii condiției sclavului în Roma antică* 44-69
- » **Studii:** Ioan ȘUMANDEA-SIMIONESCU: *Eficiența în insolvență. Analiza economică a protecției legale oferite creditorilor în procedura insolvenței*..... 70-98
- » **Articole:** Attila KISS: *Active case management in the Hungarian civil procedure*..... 99-124
- » **Articole:** Oana BUGNAR-COLDEA: *Neconstituționalitatea „pretențiilor părții civile” – art. 10 alin. (1) din Legea nr. 241/2005*125-140

LISTA ABREVIERILOR

Observație: pentru explicațiile aferente regulilor de compunere a abrevierilor utilizate, modul corect de întrebuintare dar și clasificarea în funcție de provenința și uzul acestora, a se consulta „Ghidul abrevierilor” redacției Studia UBB Iurisprudentia¹.

a.c.	-----	anul curent;
ABGB	-----	Codul civil austriac (<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>);
acad.	-----	academician;
AEGRM	-----	Arhiva electronică de garanții reale mobiliare;
alin.	-----	alineat;
anon.	-----	<i>anonymus</i> (fără autor);
arh.	-----	arhitect;
art.	-----	articol;
B2B	-----	<i>business to business</i> (relații);
B2C	-----	<i>business to consumer</i> (relații);
B.of.:	-----	„Buletinul Oficial al R.S.R.”, partea I nr.;
BGB	-----	Codul civil german (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>);
c.	-----	contra;
C.adm.	-----	Codul administrativ;
C.cass.	-----	Curtea de Casație franceză;
C.civ.	-----	Codul civil 2009: Legea 287/2009, M.of. 511 din 24 iulie 2009, republicat în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011 în M.Of. 505 din 15 iulie 2011, în vigoare din 1 octombrie 2011;
C.civ.fr.	-----	Codul civil francez (<i>Code civil des Français</i>);
C.civ.it.	-----	Codul civil italian (<i>Codice civile italiano</i>);
C.civ.Q.	-----	Codul civil Québec;
C.civ.v.	-----	Codul civil 1864, în vigoare între 01.12.1865-30.09.2011.;
C.com.	-----	Codul comercial – Codicele de comerț din 1887, M.of.: 31 din 10 mai 1887, în mare parte abrogat prin C.civ.2009, începând cu 1 octombrie 2011, cf. art. 230 alin. lit. c) L: 287/2009.
C.cons.	-----	Codul consumului: L: 296/2004, M.of.: 968 din 4 decembrie 2006, republicată în M.of.: 224 din 24 martie 2008;
C.fam.	-----	Codul familiei a fost adoptat prin L: 41953, B.of.: 1/4 ianuarie 1954, intrat în vigoare la 1 februarie 1954, modificat și completat prin L: 4/1956, republicat în B.of.: 13/18 aprilie 1956 și abrogat, prin art. 230 lit. m) din L: 71/2011, la data intrării în vigoare a L: 287/2009 privind Codul civil (1 octombrie 2011);
C.m.	-----	Codul Muncii, L: 53/2003, M.of.: 72/5 februarie 2003, republicat (în temeiul L: 40/2011), M.of.: 345/18 mai 2011;

¹ Disponibil în cadrul rubricii „Author guidelines” (eng,)/„Îndrumări pentru autori” (ro.) de pe pagina: <https://law.ubbcluj.ro/ojs/index.php/iurisprudentia/about/submissions>.

C.pen.-----	Codul penal, L: 286/2009 privind Codul Penal, M.of.: 510 din 24 iulie 2009, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 246 L: 187/2012;
C.pen.1864-----	Codul Penal 1864, promulgat și publicat la 30 octombrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865 până la 17 martie 1936;
C.pen.1968-----	Codul Penal 1968, L:15/1968, B.of. 79 bis din 21 iunie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 250 L: 187/2012.;
C.poc.pen.sl-----	C.proc.pen. sloven;
C.proc.civ.-----	Codul de procedură civilă, L: 134/2010, publicată în M.of. nr. 485/15.07.2010;
C.proc.civ.v.-----	Codul de procedură civilă vechi, „Codicele de procedură civilă”, republicat în M.of.: 45 din 24 februarie 1948, cu modificările și completările ulterioare;
C.proc.pen.-----	Codul de procedură penală, L: 135/2010 „privind Codul de procedură penală”, M.of.: 486 din 15 iulie 2010, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 103 din L: 255/1013.;
C.proc.pen.1864-----	Codul de procedură penală 1864, M.of.: din 2 decembrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865, abrogat prin. „Codul de procedură penală” din 1936, M.of.: 66 din 19 martie 1936.;
C.proc.pen.1936-----	Codul de procedură penală 1936, L: 472/1936: „Codul de procedură penală”, M.of.: 66 din 19 martie 1936, în vigoare cf. art. 663 (în parte de la data publicării, în parte din 1 ianuarie 1937), abrogat prin art 1 din L: 31/1968 „pentru punerea în aplicare a Codului de procedură penală al Republicii Socialiste România”, B.of.: 47 din 13 noiembrie 1968.;
C.proc.pen.1968-----	L: 29/1968 „privind Codul de procedură penală”, B.of: 145 din 12 noiembrie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 108 L: 255/2013 „pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale”, M.of.: 515 din 14 august 2013.;
C.proc.pen.fr-----	Codul de procedură penală francez;
C.proc.pen.it-----	Codul de procedură penală italian;
C.proc.pen.nl-----	Codul de procedură penală olandez;
CA-----	Curtea de Apel (urmată de denumirea localității);
CAB-----	Curtea de Apel București;
cap.-----	capitol;
cart.jud.-----	carte de judecată;
CC-----	Curtea de Conturi;
CCJ-----	Curtea de Casație și Justiție (1861[2]-1925)/Curtea de Casație și Justiție (1925-1949);
CCR-----	Curtea Constituțională a României;
CD-1970-----	Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1970, ed. Științifică și Enciclopedică, București;
CDP-----	Caiete de Drept Penal;
CETS-----	Council of Europe Treaty Series (Seria de Tratatate a Consiliului Europei) (194 ș.rum).;
CF-----	Cartea Funciară;

cf.	-----	<i>confer</i> , se folosește în loc de „vezi”, însă alegerea uneia dintre cele două abrevieri se face unitar, de-a lungul întregului material. Întrucât în domeniul juridic „v” este utilizat alternativ pentru <i>versus</i> în abrevierea unor cauze, din jurisdicții străine, propunem adoptarea abrevierii [cf.] în loc de „vezi” .;
CJCE	-----	Curtea de Justiție a Comunităților Europene;
CJUE	-----	Curtea de Justiție a Uniunii Europene;
com.	-----	comuna;
conf.univ.	-----	conferențiar universitar;
Constituția României	-----	Adunarea Constituantă: „Constituția României”, M.of.: 233 din 21 noiembrie 1991, în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991. Modificată și completată prin L: 429/2003, M.of.: 758 din 29 octombrie 2003, republicată în M.of.: 767 din 31 octombrie 2003;
coord.	-----	coordonator;
CPJC	-----	Culegere de practică judiciară;
CS	-----	Curtea Supremă (1949-1952);
CSJ	-----	Curtea Supremă de Justiție (1991[3]-2003[4]);
CSJ	-----	Curtea Supremă de Justiție a României;
CSR	-----	<i>corporate social responsibility</i> ;
D-L	-----	Decretul-Lege nr.;
D	-----	Decret al Consiliului de Stat al RSR nr.;
d.Hr.	-----	după Hristos;
dec.adm.	-----	decizie administrativă;
dec.civ.	-----	decizie civilă;
dec.pen	-----	decizie penală;
dr.	-----	doctor (prin tradiție se păstrează punctul de final);
e.g.	-----	<i>exempli gratia</i> ;
ECU	-----	<i>European Currency Unit</i> – (1979-1999).
ed.	-----	editură sau ediție;
eng.	-----	englez, limba engleză;
et al.	-----	(<i>et alia/et alii</i>) și altele, și alții;
et seq.	-----	și următoarele (<i>pagini, numere etc.</i>);
etc.	-----	<i>et cetera</i> ;
ETS	-----	European Treaty Series (Seria Tratatelor Europene (1-193);
Eur. H.R.	-----	European Human Rights Reports;
Eur. Comm'n H.R. Dec & Rep.	-----	Collection of Decisions of the European Commission on Human Rights;
Eur. Ct. Hr.	-----	European Court of Human Rights (Reports of Judgements and Decisions);
fr.	-----	francez, limba franceză;
gr.	-----	grec, limba greacă;
GTS	-----	grupuri transnaționale de societăți;
HCGMB	-----	Hotărâre de consiliu general al Municipiului București;
HCL	-----	Hotărâre de consiliu local;
HCM	-----	Hotărâre a Consiliului de Miniștri;
HG:	-----	Hotărârea de Guvern nr.;
hot.	-----	hotărâre judecătorească;
i.e.	-----	<i>id est</i> (aceasta înseamnă);
i.f.	-----	<i>in fine</i> ;

<i>ibidem (ibid.)</i> -----	Se utilizează pentru a indica o referință bibliografică precisă, utilizată în nota imediat anterioară, pentru o retrimiteră, la aceeași pagină.;
<i>idem (1)</i> -----	alineatul (1) al articolului deja citat;
<i>idem (id.)</i> -----	Se utilizează pentru a indica o referință bibliografică precisă, utilizată în nota imediat anterioară, pentru o retrimiteră, la o pagină diferită.;
<i>infra</i> -----	mai jos;
ing.-----	inginer;
it.-----	italian, limba italiană;
î.Hr.-----	înainte de Hristos;
ÎCCJ-----	Înalta Curte de Casație și Justiție;
JN-----	Justiția Nouă, revista;
JOUE-----	Jurnalul Oficial al Uniunii Europene;
Jud.-----	Judecătoria(a);
jud.-----	județul;
L:-----	Legea nr.;
L: 71/2011-----	Lege de punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, M.of.: 409/10.06.2011;
L.S.-----	locul sigiliului;
LCA-----	Legea contenciosului administrativ;
Lect.-----	lector;
lit.-----	litera;
<i>loc.cit.</i> -----	<i>loco citato</i> ;
M.of.-----	Monitorul Oficial al României, partea I;
mun.-----	municipiul;
n.-----	notă de subsol;
n.a.-----	nota autorului citat;
n.n.-----	nota noastră (a autorului care scrie);
n.r.-----	nota redacției
nr-----	număr;
nr.-----	numărul;
OECD-----	<i>Organization for Economic Co-operation and Development</i> ;
OG:-----	Ordonanța de Guvern nr.;
OMJ:-----	Ordinul Ministrului Justiției nr.;
op.cit.-----	<i>opus citatum, opere citato</i> : Se folosește pentru retrimiteră la o referință bibliografică deja utilizată în cadrul materialului. Aceasta se utilizează doar în locul operei, nu și a numelui autorului, în cel mai fericit caz, cu trimitere la nota de subsol unde apare respectiva operă pentru prima oară. O redăm aici doar pentru a-i indica utilitatea și sensul;
OUG:-----	Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.;
p.-----	pagina;
<i>passim</i> -----	în diverse locuri (de evitat întrucât citările trebuie să fie precise);
pct.-----	punctul;
pen.-----	penal(ă);
pg.-----	paragraf;
pp.-----	paginile;

PR-----	Pandectele române, revista;
prof. univ.-----	profesor universitar ;
Ptk.-----	Codul civil ungar (<i>Polgári Törvénykönyv</i>);
PUD-----	Plan urbanistic de detaliu;
PUG-----	Plan urbanistic general;
PUZ-----	Plan urbanistic zonal;
R:-----	Regulament nr.;
rep.-----	republicată (legea)
RDC-----	Revista de Drept Comercial;
RFDA-----	Revue Française de Droit Administratif
RLU-----	Regulament local (de urbanism);
RRD-----	Revista Română de Drept;
RRDP-----	Revista Română de Drept Privat;
S.C.-----	Societate Comercială;
s.d.-----	fără dată;
s.l.-----	fără loc;
s.n.-----	fără titlu – în construcția referințelor;
s.n.-----	sublinierea noastră;
S.R.L.-----	Societate cu Răspundere Limitată;
S.S.-----	cu semnătura sa;
Sec.-----	Secția (unitate administrativă, oficială, deci primește majusculă).;
sec.-----	secțiune;
Sec.cont.adm.-----	secția de contencios administrativ;
sen.-----	sentință;
sub.-----	subliniere;
SUBB Iurisprudentia-----	Studia Universitatis Babeş-Bolyai Iurisprudentia;
<i>supra</i> -----	mai sus;
SZGB-----	Codul civil elvețian;
ș.a.-----	și alții, și altele;
ș.a.m.d.-----	și așa mai departe;
T-----	Tribunal;
t.-----	tomul;
tc.-----	turc, limba turcă;
th.-----	teză de doctorat (citată în dactilogramă);
tit.-----	titlul;
t.n.-----	traducerea noastră
TMB-----	Tribunalul Municipiului București;
TMCJ-----	Tribunalul Municipiului Cluj-Napoca;
TReg.-----	Tribunalul Regiunii;
TS-----	Tribunalul Suprem (1952-1991);
TS-----	Tribunalul Suprem al RSR;
TUB-----	Tipografia Universității București;
UAT-----	unitate administrativ-teritorială;
var. (ist.)-----	variațiune și istoric (arhaism);
vol.-----	volumul;
<i>vs</i> [fără punct]-----	<i>versus</i> ;
Y.B. Eur. Conv. Hr.-----	Yearbook of the European Convention on Human Rights.

Listă îngrijită și actualizată, în baza principalelor abrevieri utilizate în paginile revistei, de: Dorin JOREA, Redactor-coordonator al SUBB Iurisprudentia

STUDII

OBSERVAȚII ASUPRA PUTERII
DISCREȚIONARE A ADMINISTRAȚIEI PRIN
PRISMA PRINCIPIULUI PROPORȚIONALITĂȚII

DOI: 10.24193/SUBBIur.67(2022).2.1
Data publicării online: 30.11.2022

Anghel-Marian POP*

Rezumat: Odată cu evoluția statului modern, funcțiile acestuia s-au multiplicat, ajungând să reglementeze majoritatea aspectelor vieții cotidiene a cetățenilor. Drept consecință, legiuitorul a conferit autorităților publice puteri discreționare din ce în ce mai ample pentru a asigura funcționarea aparatului statal, puteri care lăsate însă nesupravegheate ar putea produce mai multe dezavantaje decât beneficii. În acest scop, instanțele judecătorești din țările unde s-a consolidat statul de drept au dezvoltat instrumente de control judiciar precum principiul proporționalității pentru a reduce din intensitatea puterii discreționare a autorităților.

Prezentul studiu își propune să reliefeze legătura dintre puterea discreționară și principiul proporționalității în actualul context juridic autohton, pe măsură ce vom încerca să explicăm care sunt principalele motive pentru care puterea discreționară a devenit atât de importantă în activitatea administrației, ce presupune în mod concret și care este modalitatea de exercitare a acesteia de către organele administrative.

Cuvinte-cheie: putere discreționară; exces de putere; control judiciar; principiul proporționalității.

* Judecător la Curtea de Apel Alba Iulia - Secția de contencios administrativ și fiscal, doctorand al Scolii Doctorale Drept a Universității Babeș-Bolyai, <https://orcid.org/0000-0001-5814-2480>, e-mail: anghelmvpop@yahoo.com.

OBSERVATIONS ON THE ADMINISTRATION'S DISCRETIONARY POWER FROM A PROPORTIONALITY STANDPOINT

Abstract: With the evolution of modern state, its functions have multiplied, reaching to regulate most aspects of the daily life of citizens. As a result, the legislature has given public authorities more and more discretionary powers to ensure the functioning of the state apparatus, powers which, if left unattended, could have more disadvantages than benefits. To this end, courts in countries where the rule of law has been strengthened have developed judicial review instruments such as the principle of proportionality in order to reduce the intensity of the discretionary power of the authorities.

This study aims to highlight the link between discretion and the principle of proportionality in the current domestic legal context, as we try to explain the main reasons why discretion has become so important in the administration's activity, what exactly does it entail, and the ways in which the administrative bodies exercise it.

Key-words: discretionary power; excess of power; judicial review; principle of proportionality.

Cuprins

I.	Introducere.....	11
II.	Puterea discreționară	20
A.	De ce?	20
B.	Ce?	25
C.	Cum?	32
III.	Concluzii	39
IV.	BIBLIOGRAFIE.....	40

I. Introducere

Quod principi placuit legis habet vigorem – „ceea ce-i place principelui are valoare de lege¹”. Acest adagiu latin exprimă cel mai bine situația existentă într-o formă de guvernământ precum monarhia absolutistă, caracterizată prin centralizarea puterii în mâinile monarhului, susceptibilă oricând să degenereze în tiranie. Or, pentru a preveni abuzul de putere și în scopul protejării drepturilor și libertăților individuale, atribuțiile dintr-un stat trebuie divizate între mai multe centre de putere care să se echilibreze între ele.

Esența teoriei enunțate de către Montesquieu în lucrarea sa, *Despre spiritul legilor*, poate fi redusă la afirmația: „pentru a nu se putea abuza de putere, este necesar ca, prin dispunerea lucrurilor, puterea să oprească puterea².”

Schema teoretică a principiului separației celor trei puteri specializate în stat – legislativă, executivă, judecătorească – așa cum a fost formulată de către Montesquieu, presupune că între aceste forme ale puterii politice nu există stabilită nicio subordonare, nicio prevalență, ci există doar o relație de colaborare³. Natura colaborării dintre puterile statului constă în verificarea reciprocă a modalității în care fiecare putere își exercită atribuțiile, prin așa-

¹ Paul NEGULESCU, *Curs de drept constituțional*, editat de Alex Th. DOICESCU, București, 1927, p. 298.

² Charles DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Éditions Gallimard, Paris, 1995, p. 112.

³ Cristian IONESCU, „Reflecții pe marginea art. 102 din Constituția României, republicată”, în *Pandectele Române*, nr. 1/2013, pp. 69-74.

numitul mecanism al „*checks and balances*”, cel care asigură funcționalitatea statului de drept⁴.

Scena politică modernă relevă un proces de creștere a rolului puterii executive, care se poate explica prin complexitatea și dinamica vieții sociale contemporane, ceea ce impune luarea unor decizii rapide și adeseori cu un pronunțat caracter tehnic, pe care puterea legislativă, prin mecanismul său lipsit de suplețe, nu este în măsură să le înfăptuiască în timp util⁵. Domenii precum brevetele de invenție, mărcile comerciale, reducerea noxelor, tehnologia 5G, sau controlul bolilor contagioase au fost considerate „domenii ezoterice” pentru legiuitor din cauza caracterului lor specializat, motiv pentru care s-a considerat că e mai util să fie scoase din angrenajul dezbaterilor parlamentare și date experților din ministerele de resort⁶.

⁴ Lidia BARAC, „Scurte reflecții asupra dimensiunii morale a principiului separației puterilor în stat. Despre respectul intra și interinstituțional (I)”, disponibil la <https://www.juridice.ro/434781/scurte-reflectii-asupra-dimensiunii-morale-a-principiului-separatiei-puterilor-in-stat-despre-respectul-intra-si-interinstitutional-i.html>, arhivă: <https://perma.cc/CN2D-DDLS>.

⁵ De exemplu, în loc ca Parlamentul să adopte o lege în acest sens, Guvernul României a adoptat Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 75/2018 – care a prevăzut noi reglementări în domeniul ariilor naturale protejate – motivând urgența adoptării sale sub pretextul că administrarea neunitară a ariilor naturale protejate poate conduce la neabsorbția fondurilor alocate și la nerealizarea proiectelor de infrastructură cu finanțare europeană în cadrul financiar 2014–2020, ceea ce generează consecințe negative asupra finanțărilor europene și implicit asupra economiei. Disponibil la <http://www.cdep.ro/proiecte/2018/500/60/1/em755.pdf>, arhivă: <https://perma.cc/F2HH-2PQY>.

⁶ Bool CHAND, „Discretionary Powers of Government”, în *International Review of Administrative Sciences*, vol. 15, nr. 3/1949, pp. 417-418.

Așadar, puterea legislativă nu doar că a permis autorității executive să dețină prerogative tot mai largi de apreciere⁷, dar a și delegat o parte dintre puterile și atribuțiile sale⁸. Toate aceste atribuții sporite alocate puterii executive au contribuit la creșterea incisivității măsurilor sale, ducând adesea la utilizarea greșită a puterii discreționare, și astfel necesitând o intervenție din partea autorității judecătorești⁹.

⁷ De pildă, Legea nr. 303/2004 prevede o marjă largă de apreciere pentru Ministrul Justiției atunci când numește un procuror-șef. Potrivit art. 54 alin. (1) din Legea 303/2004: „Procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, prim-adjunctul și adjunctul acestuia, procurorul șef al Direcției Naționale Anticorupție, adjunctii acestuia, procurorul șef al Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, adjunctii acestuia, precum și procurorii șefi de secții ai acestor parchete sunt numiți de Președintele României, la propunerea ministrului justiției, cu avizul Secției pentru procurori a Consiliului Superior al Magistraturii, dintre procurorii care au o vechime minimă de 15 ani în funcția de judecător sau procuror, pe o perioadă de 3 ani, cu posibilitatea reînvestirii o singură dată.” Disponibil la www.legislatie.just.ro, accesat în data de 10.08.2021. [După intrarea în vigoare reglementarea se va regăsi în prevederile art. 144 din L: 303/2022, M.of.: 1102/16 noiembrie 2022, în vigoare din 16 decembrie 2022 n.r.]

⁸ Potrivit art. 61 alin. (1) din Constituția României, Parlamentul este organul reprezentativ suprem al poporului român și unica autoritate legiuitoare a țării, dar potrivit art. 115 alin. (1) din Constituție, (1) Parlamentul poate adopta o lege specială de abilitare a Guvernului pentru a emite ordonanțe în domenii care nu fac obiectul legilor organice. Cu toate că, prin efectul abilitării, Guvernul emite un act care, prin conținutul său, are caracter legislativ, fiind consecința unei delegări legislative, ordonanța rămâne un act al autorității executive. Disponibil la www.legislatie.just.ro, accesat în data de 10.08.2021.

⁹ Recent, în contextul adoptării de măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, Curtea de Apel Cluj, prin Sentința nr. 166/2021, a anulat în parte Hotărârea de Guvern nr. 531/2021, statuând că dispozițiile din hotărârea de guvern nu sunt conforme cu Constituția, deoarece încalcă limitele competenței prevăzute de lege precum și drepturile și libertățile cetățenilor, realizând o restrângere nejustificată a drepturilor cetățenilor prin depășirea scopului urmărit și propus de protejare a sănătății populației și stabilind

Puterea judecătorească are voința și mijloacele sale proprii. Când parlamentul este dezinteresat și preferă să lase în mâinile executivului adoptarea reglementărilor necesare funcționării societății, se întâmplă adesea ca instanțele să tempereze elanul manifestat de puterea executivă în impunerea politicilor sale. Astfel, contenciosul administrativ, poate mai mult decât alte domenii ale dreptului, reflectă cu acuratețe echilibrul de putere existent într-un stat de drept¹⁰.

Analiza judiciară a acțiunilor reprezentanților puterii executive reprezintă una dintre cele mai importante evoluții în domeniul dreptului public. Vulnerabilitatea cetățeanului în fața puterii de stat coercitive a fost recunoscută pentru prima dată de către instanțele judecătorești din țările unde s-a consolidat statul de drept, care au dezvoltat instrumente precum principiul proporționalității pentru a reduce din intensitatea puterii discreționare a autorităților¹¹. În acest mod, pentru a nu fi lovite de nulitate,

discriminatoriu activității la care poate participa doar o anumită categorie de cetățeni, sau stabilind măsuri care nu sunt proporționale, întrucât urmăresc substituirea prin hotărârea de guvern a unei legi privind obligativitatea vaccinării. Disponibil la https://www.curteadeapelcluj.ro/documente/comunicate_de_presa/15.06.2021%20ora%2013.00%20Comunicat%20de%20presa%20-%20anulare%20in%20parte%20HG%20nr.%20531%20din%2015.06.2021%20si%20Sentinta%20civila%20166%20din%207%20iunie%202021.pdf, arhivă: <https://perma.cc/N29A-7LEL>.

¹⁰ Eyal BENVENISTI, „Public choice and global administrative law: who's afraid of executive discretion”, în *International law and justice working papers*, nr. 3/2004, disponibil la <https://www.iilj.org/publications/public-choice-and-global-administrative-law-whos-afraid-of-executive-discretion/>, arhivă: <https://perma.cc/CY6K-TJXA>.

¹¹ Teoria proporționalității este de sorginte europeană continentală. Născută în Prusia la sfârșitul secolului al XVIII-lea și dezvoltată de instanțele administrative germane în secolul al XIX-lea, proporționalitatea a luat cu adevărat formă după cel de-al Doilea Război Mondial când

măsurile dispuse de către agenții statului trebuie să fie cât mai puțin oneroase pentru particular. Cu alte cuvinte, ele trebuie să genereze mai multe avantaje interesului public decât prejudicii intereselor legitime ale persoanelor.

Testul de proporționalitate, ca instrument juridic cheie pentru controlul acțiunilor administrației, o obligă pe aceasta din urmă să evalueze toate interesele relevante în cauză și, ulterior, să își folosească puterea discreționară în lumina acestui exercițiu de echilibrare a intereselor private și publice¹². Testul clasic presupune ca instanțele să verifice dacă măsura administrativă atacată este adecvată (este capabilă în mod obiectiv să ducă la îndeplinirea obiectivului legitim), este necesară (este cea mai puțin vătămătoare pentru dreptul subiectiv al particularului), și este proporțională în sens strict (există echilibru între prejudiciile cauzate de măsură și între beneficiile pe care le aduce atingerea obiectivului stabilit)¹³.

Pe de altă parte, exercitarea controlului judiciar de proporționalitate nu trebuie să conducă la pătrunderea puterii judecătorești în zone de decizie rezervate strict executivului¹⁴, ci trebuie să se limiteze la activitatea de prevenire și sancționare a excesului de putere al autorității administrative.

a fost recunoscută de către Curtea Constituțională germană drept principiu constituțional, din dorința de a proteja drepturile fundamentale ale cetățenilor împotriva ingerințelor autorității statale, una dintre valorile statului de drept. Yutaka ARAI-TAKAHASHI, „Proportionality – a German approach”, în *Amicus Curiae – Journal of the Institute of Advanced Legal Studies and its Society for Advanced Legal Studies*, nr. 19/1999, p. 11.

¹² Thomas SULLIVAN, Richard FRASE, *Proportionality principles in American Law: Controlling excessive government actions*, Editura Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 3.

¹³ Maik MARTIN și Alexander HORNE, „Proportionality: Principles and Pitfalls – Some Lessons from Germany”, în *Judicial Review*, vol. 13, nr. 13/2008, pp.173-174.

¹⁴ În Codul de procedură civilă, în cuprinsul art. 488 alin. (1) pct. 4, este reglementat ca motiv de casare a unei hotărâri judecătorești următorul punct: *când instanța a depășit atribuțiile*

Dar ce înseamnă în concret acest lucru? Cât de departe pot merge judecătorii în cenzurarea voinței administrației atunci când aplică controlul prescris de principiul proporționalității? Este vorba de o pătrundere pe terenul oportunității emiterii unui act administrativ?

Legiuitorul român nu a fost preocupat în mod deosebit de aceste aspecte, astfel că nu există nicio mențiune în legislația contenciosului administrativ care să precizeze în mod clar limitele interferenței instanței de judecată în activitatea administrației.

În doctrina românească, s-au evidențiat două teze în legătură cu acest „cartof fierbinte” al controlului exercitat de către instanțele de judecată asupra actelor administrative.

Conform opiniei *Școlii de la București*, oportunitatea este o componentă a legalității actului administrativ, ceea ce înseamnă că „judecătorul de contencios administrativ are dreptul să verifice dacă administrația publică nu a acționat abuziv, contrar interesului public, așa cum rezultă din legea pe care se întemeiază actul administrativ atacat”¹⁵.

Cea de-a doua teorie aparține *Școlii de la Cluj* și proclamă că legalitatea și oportunitatea reprezintă două condiții distincte de valabilitate a unui act administrativ, cu consecința că „asupra oportunității actelor

puterii judecătorești. Potrivit jurisprudenței instanței supreme, prin sintagma „depășirea atribuțiilor puterii judecătorești”, ca motiv de recurs, se înțelege incursiunea autorității judecătorești în sfera autorității executive sau legislative, astfel cum acestea sunt delimitate de Constituție și legile organice, instanța judecătorească săvârșind acte care intră în atribuțiile altor organe. A se vedea Deciziile nr. 352/2016 și nr. 131/2019 ale Î.C.C.J, Secția I civilă, disponibile pe www.scj.ro, accesat în data de 12.08.2021.

¹⁵ Antonie IORGOVAN, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, ediția a 4-a, Editura All Beck, București, 2005, p. 48.

administrative, instanțele de contencios administrativ nu au competență să se pronunțe.”¹⁶

Importanța practică a diferenței dintre cele două curente de gândire constă în puterea instanței investită cu o acțiune în contencios administrativ, respectiv dacă voința discreționară a administrației poate fi cenzurată de către instanță în orice situație, conform *Școlii de la București*, sau dacă instanța de judecată poate interveni doar atunci când este încălcată competența legată a autorităților administrative, lăsând neatinsă marja puterii de apreciere a acestora, potrivit *Școlii de la Cluj*.

Ca de cele mai multe ori, totul este relativ. În acest sens, într-un remarcabil studiu dedicat acestui „pseudo-conflict” de opinii¹⁷, profesorul Ovidiu Podaru a explicat că „prin oportunitate înțelegem acea calitate a unui act administrativ de a fi emis în exercitarea normală a puterii de apreciere” și că, „în limite normale, oportunitatea este altceva decât legalitatea unui act administrativ; (...) dincolo de limita normalului (unde vom regăsi abuzul și disproporția vădită), oportunitatea este un aspect al legalității.” De asemenea, a concluzionat că excesul administrației este întotdeauna susceptibil de cenzură din partea instanței, inclusiv în cazul exercitării puterii discreționare de către administrație, dar că atunci când niciun exces de putere nu poate fi detectat de către instanță, aceasta din urmă nu va putea să se substituie administrației și să anuleze un act administrativ pe motiv de inoportunitate¹⁸.

¹⁶ Ilie IOVĂNAȘ, *Drept administrativ*, Editura Servo Sat, Arad, 1997, p. 51.

¹⁷ Ovidiu PODARU, „Școala de la București” versus „școala de la Cluj”: război troian sau pseudo-conflict? Eseu despre variile viziuni asupra oportunității actului administrativ (mitologie pentru juriști)”, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia*, nr. 2/2009, <http://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/articol/303>, arhivă: <https://perma.cc/D2DE-WK8P>.

¹⁸ De exemplu, în considerentele Deciziei nr. 2854/2019 a Secției de contencios administrativ și fiscal, instanța supremă a reținut că „... dispozițiile art. 85 alin. (1) lit. k) din Legea nr.

În plus, odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ¹⁹, legiuitorul a explicat prin art. 2 lit. n) semnificația termenului de „exces de putere” ca fiind *exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertăților cetățenilor*. Așadar, în afara dezbaterilor doctrinare elocvente, în prezent există și un reper legal în baza căruia exercitarea puterii de apreciere a administrației poate fi controlată și sancționată în cadrul unei acțiuni formulate în contencios administrativ.

În opinia noastră, definiția legală de mai sus conține în parte o exprimare tautologică deoarece, de cele mai multe ori, exercitarea puterii discreționare de către autoritățile publice are loc cu încălcarea drepturilor și libertăților cetățenilor. Ceea ce este cu adevărat important este ca limitarea drepturilor și libertăților cetățenilor să nu fie împovărătoare, în caz contrar măsura administrației intrând sub incidența principiului proporționalității „care impune respectarea unui echilibru rezonabil între interesul public pe

80/1995 prevăd doar posibilitatea, iar nu obligația comandantului ierarhic superior de a dispune trecerea în rezervă a cadrului militar condamnat definitiv pentru o infracțiune săvârșită din culpă, ceea ce conferă decidentului o marjă de apreciere, pe care însă instanța de judecată este datoare să o sancționeze dacă constată că aceasta a fost exercitată cu depășirea competenței prevăzute de lege ori cu încălcarea drepturilor și libertăților destinatarului actului. Înalta Curte constată că susținerile recurente-reclamante sunt nefondate, prima instanță constatând în mod just că ordinul atacat a fost emis cu respectarea limitelor dreptului de apreciere a autorității publice, fără a putea fi decelat un exces de putere, în sensul art. 2 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 554/2004.”, disponibil la www.scj.ro, accesat în data de 19.08.2021.

¹⁹ Legea nr. 29/1990 a contenciosului administrativ, în vigoare până la data adoptării Legii nr. 554/2004, nu conținea o definiție a excesului de putere.

care autoritatea are obligația să îl reprezinte și drepturile sau interesele legitime private ce pot fi lezate prin conduita administrației.”²⁰

Mai mult, în Codul administrativ²¹, principiul proporționalității a fost pentru prima dată definit și reglementat, cu titlu general în ceea ce privește raporturile dintre administrație și particulari, după cum urmează:

„Formele de activitate ale autorităților administrației publice trebuie să fie corespunzătoare satisfacerii unui interes public, precum și echilibrate din punctul de vedere al efectelor asupra persoanelor. Reglementările sau măsurile autorităților și instituțiilor administrației publice sunt inițiate, adoptate, emise, după caz, numai în urma evaluării nevoilor de interes public sau a problemelor, după caz, a riscurilor și a impactului soluțiilor propuse.

Consecința codificării principiului proporționalității o reprezintă excluderea stereotipurilor cu care de cele mai multe ori opera administrația publică precum și obligarea autorităților publice de a cerceta cu atenție împrejurările unei situații concrete supuse dreptului lor de apreciere, pentru a evita măsurile disproporționate în raport cu particularii vizați.

Din perspectiva controlului judiciar asupra activității organelor administrative, același reputat autor²² a susținut că reglementarea legală de mai sus deschide calea unui control maximal de oportunitate (control de proporționalitate), în sensul că instanța de contencios administrativ poate cenzura oportunitatea unui act administrativ în măsura în care dispune de mijloace procedurale adecvate acestui tip de control extins, cum ar fi accesul

²⁰ Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția de contencios administrative și fiscal, Decizia nr. 807/2012, citată în Gabriela Bogasiu, *Legea contenciosului administrativ. Comentată și adnotată*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 113.

²¹ Codul administrativ a fost aprobat prin OUG nr. 57/2019, publicată în Monitorul Oficial nr. 555 din 5 iulie 2019.

²² Ovidiu PODARU, *Drept administrativ. Vol. I. Actul administrativ (I). Repere noi pentru o teorie altfel, Tomul I. Noțiune, Ediția a 2-a*, Editura Hamangiu, București, 2022, pp. 379-401.

la constatările autorității pârâte înseși în alte situații, apropiate în timp și relativ identice ca circumstanțe, sau apelul la un specialist cu cunoștințe și experiență similare din aparatul administrativ. Deși poate părea ca o „trădare” a gândirii *Școlii de la Cluj*, credem că teoria profesorului Podaru este atractivă pentru instanțele judecătorești care vor să corecteze unele „nedreptăți de sistem” cu care se confruntă uneori particularul și pentru care apelul la principiul proporționalității este ultimul resort.

În continuare, vom analiza interdependența dintre puterea discreționară și principiul proporționalității pe măsură ce vom căuta răspunsul la întrebările esențiale despre puterea discreționară: de ce a devenit atât de importantă în activitatea aparatului administrativ modern, ce este de fapt puterea discreționară și cum este aplicată în concret de către organele administrative?

II. Puterea discreționară

A. De ce?

Exercitarea puterii discreționare a fost și este probabil cea mai criticată prerogativă pe care puterea legislativă a conferit-o organelor administrației publice.

Într-adevăr, s-a demonstrat în numeroase prilejuri că, oferind unei autorități marjă de apreciere în alegerea mai multor cursuri de acțiune, puterea cu care a fost investită a acționat împotriva scopului inițial, și anume cel de reducere a birocrăției și de optimizare a aparatului administrativ, generând prejudicii mai grave particularilor. Probabil cea mai simplă explicație a acestei denaturări este, după cum spunea Lordul Acton, faptul că

„puterea corupe, iar puterea absolută corupe în mod absolut”²³, sau potrivit judecătorului Douglas de la Curtea Supremă a Statelor Unite ale Americii: „Discreția absolută este un stăpân nemilos. Este mai distructivă pentru libertate decât orice invenție a omului”²⁴.

Într-un stat de drept și într-o societate guvernată în virtutea principiului legalității, puterea discreționară nu poate fi echivalentul arbitrariului²⁵. Dreptul administrativ încearcă să limiteze această tendință spre exces a administrației prin instituirea unor mecanisme de control judiciar precum principiul proporționalității. Astfel, puterea discreționară trebuie exercitată în concordanță cu scopul care stă la baza acordării sale, dar fără ca deciziile emise pe parcurs să afecteze în mod substanțial drepturile subiective ale cetățenilor.

Totuși, de aici până la acuzațiile de „tiranism” sau „despotism” puse în sarcina aparatului administrativ este cale lungă. Ostilitatea argumentelor îndreptate spre instrumentul puterii discreționare este în mare parte rezultatul neînțelegerii necesității utilizării sale în executarea politicilor

²³ Neal WOOD, *Cicero's Social and Political Thought*, Editura University of California Press, Berkeley, 1988, p. 160.

²⁴ Christopher A. ANZALONE, *Encyclopedia of Supreme Court Quotations*, ed. M.E. Sharpe, 2000, New York, p. 174, https://books.google.ro/books?id=3JCjZWrQjA4C&pg=PR3&source=gbs_selected_pages, accesat în 30.08.2021.

²⁵ Danièle LOCHAK, „Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ?”, în *Pouvoirs – Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, nr. 46/1988, pp. 43-44.

guvernamentale, sau este de fapt un pretext folosit de adepții politicii *laissez-faire*²⁶ pentru a câștiga teren²⁷.

Legile nu se aplică singure, ele au nevoie de o forță suplimentară pentru a fi puse în executare. În mod tradițional, se consideră că parlamentul acordă puteri discreționare executivului în virtutea cunoștințelor și experienței organelor sale administrative, fiind astfel cel mai bine plasat să acționeze în vederea aplicării legii²⁸. Autoritățile administrative sunt cele mai competente să realizeze obiectivul de interes public stabilit prin legislație datorită supravegherii continue pe care o desfășoară agenții săi și datorită contactului direct cu problemele cauzate de punerea în aplicare a normelor²⁹.

²⁶ *Laissez-faire* reprezintă politica minimei intervenții a statului în economie și promovează principiul liberei funcționări a piețelor și al competiției, care se traduce prin aceea că acțiunile individuale, private, motivate de interese egoiste, contribuie împreună la bunăstarea societății. Vezi Simona-Gabriela MAȘCA, Viorela Ligia VĂIDEAN, Andreea GOLGUȚ, „Statul și economia – aspecte teoretice și evidențe empirice în UE”, în *Economie teoretică și aplicată*, vol. XVIII, nr. 5/2011, p. 17.

Originea termenului este incertă, dar folclorul sugerează că este derivat din răspunsul pe care l-a primit Jean-Baptiste Colbert, controlor general al finanțelor din timpul regelui Ludovic al XIV-lea al Franței, când i-a întrebat pe industriași ce ar putea face guvernul pentru a le ajuta afacerile: „Lăsați-ne în pace”. Disponibil la <https://www.britannica.com/topic/laissez-faire>, accesat în data de 10.09.2021.

²⁷ Robert M. COOPER, „Administrative justice and the role of discretion”, în *Yale Law Journal*, vol. 47, nr. 4/1938, pp. 577-578.

²⁸ *Ibidem*, p. 583.

²⁹ De pildă, în urma unui studiu efectuat de Consiliul Concurenței din România (autoritate administrativă autonomă), acesta a solicitat modificarea legislației privind înființarea cabinetelor medicale veterinare și a firmelor de contabilitate deoarece a rezultat că cerințele de înființare și funcționare a acestor persoane juridice sunt mai restrictive decât cele necesare pentru desfășurarea activității cabinetelor medicale umane, constituind bariere care afectează concurența. Disponibil la <http://www.consiliulconcurenței.ro/wp->

Ca atare, exercitarea puterii discreționare de către funcționari calificați și instruiți în domenii specializate constituie „răspunsul contemporan la provocarea de a acoperi decalajul dintre un guvern popular și un guvern științific”³⁰.

În plus, puterea discreționară se situează în centrul prerogativelor de putere publică ale administrației și reprezintă un instrument indispensabil funcționării sale, răspunzând necesității unei anumite libertăți de acțiune, întrucât situațiile și nevoile individuale nu pot fi predeterminate de către legiuitor, fiind imposibil să se prevadă, apriori, toate ipotezele de acțiune ale administrației³¹. Așa cum s-a specificat în literatura de specialitate, administrația nu poate fi redusă la imaginea unui robot cu comportament programat³², întrucât circumstanțele diferă de la un caz la altul, iar aplicarea unei reguli în mod mecanic tuturor ipotezelor de lucru în mod cert va genera nedreptate.

În opinia noastră, acordarea unei marje de apreciere organului administrativ ar trebui să aibă drept consecință protejarea deplină a drepturilor fundamentale ale particularului, câtă vreme autoritatea poate în acest mod să cântărească impactul pe care promovarea interesului public îl are asupra dreptului subiectiv al cetățeanului, și astfel să ajungă la concluzia că, în anumite împrejurări particulare, este preferabilă renunțarea la măsura de interes general, în favoarea protecției intereselor particularilor. Cu alte

<content/uploads/2021/08/studiu-veterinari-si-conta-aug-2021.pdf>,
<https://perma.cc/ESD6-AULP>.

arhivă:

³⁰ Robert M. COOPER, op.cit., p. 583.

³¹ Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public, 12ème édition*, Editura Dalloz, Paris, 2002, p. 351.

³² Ovidiu PODARU, op.cit., p. 361; René Chapus, *Droit administratif général, 13ème édition*, Editura Montchrestien, Paris, 1999, p. 1011.

cuvinte, să aplice metodologia dezvoltată sub spectrul principiului proporționalității. Este foarte important ca organele administrației publice să acționeze în mod judicios atunci când utilizează atribuții cu putere de apreciere, pentru că acordarea unor astfel de prerogative are ca temei și scop însăși promovarea interesului public, care trebuie întotdeauna să se consolideze pe corectitudine, transparență, responsabilitate și integritate în luarea deciziilor. Astfel, atunci când manifestarea voinței sale nu este strict determinată prin lege, administrația trebuie să găsească, în urma evaluării și aprecierii adecvate a faptelor, soluția optimă posibilă din punctul de vedere al satisfacerii interesului general și al respectării drepturilor individuale ale persoanelor³³. În acest sens, decizia Autorității Naționale pentru Cetățenie de a respinge cererea de dobândire a cetățeniei române formulată de o persoană care a fost condamnată pentru trafic de stupefiante în străinătate este judicioasă, întrucât Legea nr. 21/1991 prevede că una dintre condițiile de acordare a cetățeniei este aceea de a nu fi fost condamnat în țară sau în străinătate pentru o infracțiune care îl face nedemn de a fi cetățean român. Apreciem că traficul de droguri constituie o asemenea infracțiune, astfel încât nu poate fi detectat niciun exces în exercitarea puterii discreționare de către autoritate, decizia de respingere respectând principiul proporționalității. Pe de altă parte, nu același lucru se poate spune în cazul respingerii cererii de dobândire a cetățeniei române a unei persoane condamnate pentru infracțiunea de neglijență în serviciu, în condițiile în care singurul prejudiciu a fost cel produs societății angajatoare și a fost de natură pecuniară, de o valoare relativ minoră. În această situație, decizia de respingere nu a respectat principiul proporționalității, deoarece fapta pentru care petentul a fost

³³ Jean-Marie WOEHLING, „Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France”, în *La Revue administrative*, 52e Année, nr. 7/1999, p. 79-80.

condamnat nu constituie o infracțiune care îl face nedemn de a fi cetățean român, autoritatea nereușind să asigure echilibrul necesar între protejarea interesului național și respectarea interesului legitim privat de dobândire a cetățeniei române.

B. Ce?

Unul dintre cele mai fervente domenii de interes ale dreptului administrativ îl constituie exercitarea puterii discreționare de către autoritățile statului, dat fiind că puterea discreționară reprezintă limita superioară a puterii pe care orice organ administrativ o poate deține într-o democrație³⁴.

În general, termenul „discreționar” este asociat cu alegerea liberă, fără existența vreunui criteriu predeterminat, oricât de arbitrară ar fi acea alegere. O persoană care își întocmește testamentul dispune de o asemenea libertate în privința persoanei gratificate, fără a putea fi îngrădită în inițiativa sa. Totuși, atunci când acest termen apare în contextul dreptului administrativ, el dobândește o altă semnificație, care implică rațiunea organului emitent al actului administrativ, și nu „capriciul” acestuia, ceea ce înseamnă că puterea discreționară trebuie exercitată în mod imparțial, după rigorile legii, iar nu conform prejudecăților organului emitent³⁵.

³⁴ J. H. GREY, „Discretion in Administrative Law”, în *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 17, nr. 1/1979, p. 107.

³⁵ Brian Z. TAMANAHA, *A Concise Guide to the Rule of Law*, în Gianluigi PALOMBELLA și Neil WALKER (ed.), „Relocating the Rule of Law”, Editura Hart Publishing, Portland, 2009, p. 7-8.

În doctrina de drept public, atât de la noi din țară³⁶, cât și din străinătate³⁷, puterea discreționară este ilustrată ca fiind facultatea administrației de a alege, în limita competenței stabilite de către legiuitor, între două sau mai multe conduite, în aceeași măsură legală, pe baza unei aprecieri libere a stării de fapt³⁸. De fapt, puterea discreționară poate fi cel mai bine definită drept capacitatea de a lua o decizie care să nu poate fi catalogată nici corectă, nici greșită³⁹, dacă celelalte condiții de legalitate sunt îndeplinite. De exemplu, acordarea grațierii individuale este o prerogativă exclusivă a

³⁶ Ovidiu PODARU, op.cit., p. 360; Tudor DRĂGANU, *Introducere în teoria și practica statului de drept*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1992, p. 186; Dana APOSTOL-TOFAN, *Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice*, Editura All Beck, București, 1999, p. 22; Emil BĂLAN, *Instituții administrative*, Editura C. H. Beck, București, 2008, p. 27.

³⁷ Paul LEWALLE, Luc DONNAY, *Contentieux administratif, 3e édition*, Editura Larcier, Bruxelles, 2008, p. 1067; Mattias GUYOMAR, „Les sanctions infligées par une autorité administrative”, în *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2007, p. 1199; René CHAPUS, op.cit, p. 1011.

³⁸ De pildă, potrivit art. 221 alin. (1) din Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței domestice, rep. M.of.: 948/15 octombrie 2020, ordinul de protecție provizoriu se emite de către polițiștii care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, constată că există un risc iminent ca viața, integritatea fizică ori libertatea unei persoane să fie pusă în pericol printr-un act de violență domestică, în scopul diminuării acestui risc. În exercitarea acestei atribuții, polițiștii dispun de o marjă largă de apreciere a stării de fapt, putând alege între mai multe măsuri de protecție apte să contribuie la diminuarea riscului iminent constatat, dintre care: evacuarea temporară a agresorului din locuința comună, indiferent dacă acesta este titularul dreptului de proprietate; reintegrarea victimei și, după caz, a copiilor în locuința comună; obligarea agresorului la păstrarea unei distanțe minime determinate față de victimă, față de membrii familiei acesteia, ori față de reședința, locul de muncă sau unitatea de învățământ a persoanei protejate; obligarea agresorului de a purta permanent un sistem electronic de supraveghere; obligarea agresorului de a preda poliției armele deținute. Disponibil la www.legislatie.just.ro, accesat în data de 17.09.2021.

³⁹ J. H. GREY, op.cit., p. 108.

Președintelui României, prevăzută expres în art. 94 lit. d) din Constituție, iar exercitarea acesteia implică analiza și decizia exclusivă a Președintelui, în temeiul unor aprecieri proprii, fără ca vreun condamnat să poată invoca dreptul de a fi grațiat, sau ca altă entitate statală să poată cenzura alegerea sa⁴⁰.

Odată cu urcarea pozițiilor în ierarhia administrativă, puterea de apreciere atribuită autorităților crește rapid⁴¹. Prim-ministrul Guvernului

⁴⁰ În doctrina și în jurisprudența națională s-au purtat discuții acerbe cu privire la natura juridică a decretului de grațiere și a susceptibilității sale de a fi atacat pe calea contenciosului administrativ.

Conform practicii curții supreme din țara noastră: „Între persoana care solicită grațierea individuală și Președinte nu se naște un raport de drept administrativ tipic, supus cenzurii instanței de contencios administrativ, decretul de acordare a grațierii și, respectiv, de revocare a acesteia, fiind, astfel cum au fost definite în doctrină, acte juridice complexe supuse unui regim de drept constituțional, cu implicații în planul dreptului procesual-penal. Așa fiind, în mod corect instanța de fond a considerat că decretul de grațiere și corespunzător decretul de revocare a grațierii nu sunt acte administrative supuse controlului de legalitate al instanței de contencios administrativ, în sensul dispozițiilor art. 1 din Legea nr. 544/2004, după cum nici respingerea cererii de grațiere (Legea nr. 546/2002 – art. 10) nu poate fi considerată un refuz de rezolvare a unei cereri în sensul acelorași dispoziții legale (art. 1 alin. [1] din Legea nr. 544/2004).” Decizia nr. 4416 din 20 septembrie 2005, ICCJ – Secția de contencios administrativ și fiscal, disponibilă la: www.scj.ro, accesat în data de 17.09.2021.

Pe de altă parte, în literatura de specialitate, s-a susținut că, „decretul de grațiere individuală nu este un act care să privească raporturile Președintelui cu Parlamentul și prin urmare nu poate fi sustras controlului de contencios administrativ, decât cu încălcarea prevederilor art. 21 și 52 din Constituția României revizuită, a art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului”. Lucian CHIRIAC, „Despre irevocabilitatea și controlul de legalitate a decretului de grațiere – act administrativ individual”, în revista *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia*, nr. 2/2009, <http://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/articol/295>, arhivă: <https://perma.cc/W8VR-3BZN>, pp. 46-54.

⁴¹ Bool CHAND, op.cit., p. 412.

României, de exemplu, dispune de o largă plajă de prerogative discreționare, începând cu numirea și eliberarea din funcțiile de secretar de stat (art. 31 din Codul administrativ) și până la constituirea, prin decizie, de consilii, comisii și comitete interministeriale în scopul rezolvării unor probleme operative (art. 34 din Codul administrativ). În schimb, un agent constator din cadrul unui organ deconcentrat aflat în subordinea Guvernului dispune, în general, doar de puterea discreționară de a stabili sancțiunea în cazul comiterii unei contravenții⁴². Apreciem că pentru a avea un autocontrol mai eficient în privința folosirii puterii discreționare, organele administrative trebuie să fie investite cu putere discreționară în mod limitat, numai în ceea ce privește anumite atribuții speciale, cu excluderea unei competențe discreționare generale.

Manifestări ale puterii discreționare pot fi întâlnite atât la emiterea de acte administrative propriu-zise, mai exact acte individuale și acte normative, cât și la exprimarea de refuzuri nejustificate, consacrate terminologic de legea contenciosului drept acte administrative asimilate (art. 2 alin. (2) din Legea nr. 554/2004).

În general, atunci când adoptă acte normative în baza puterii de apreciere conferite, administrația devine „vocea legiuitorului” și dispune de libertatea de a stabili propria bază legală pentru viitoarele activități administrative, fie prin reglementarea metodelor și formelor juridice de acțiune, fie prin stabilirea perioadei, a teritoriului și a domeniului de aplicare

⁴² Art. 12 alin. (4) din HG nr. 488/2017 privind Regulamentul de organizare și funcționare a Inspecției Muncii: „Inspectorii de muncă încheie procese-verbale de control și procese-verbale de constatare și sancționare a contravențiilor, de regulă la sediul angajatorului sau la orice alt loc de muncă organizat de acesta și, prin excepție, la sediile inspectoratelor teritoriale de muncă.” Disponibil la www.legislatie.just.ro, accesat în data de 17.09.2021.

a actului normativ, sau prin trasarea procedurilor interne de operare în procesele de îndeplinire a obiectivelor și sarcinilor publice⁴³.

Pe de altă parte, în ceea ce privește emiterea de acte administrative individuale, puterea discreționară poate fi observată din trei perspective:

- a) autoritatea publică are dreptul să decidă dacă va acționa sau nu va acționa într-un caz anume; de exemplu, potrivit art. 10 alin. (1) din Legea nr. 60/1991 privind organizarea și desfășurarea adunărilor publice, primarul localității, la propunerea comisiei de avizare, poate interzice organizarea adunărilor publice atunci când deține date de la organele specializate, din care rezultă că desfășurarea acestora ar duce la acțiuni turbulente de natură a pune în primejdie ordinea și liniștea publică, siguranța persoanelor, integritatea corporală, viața sau bunurile acestora ori ale domeniului public.
- b) autoritatea are posibilitatea de a opta pentru una dintre acțiunile prevăzute de lege; de pildă, în baza art. 492 din Codul administrativ, funcționarul public care se face vinovat de abaterea disciplinară privind absența nemotivată de la serviciu poate fi sancționat de către conducătorul instituției publice cu oricare dintre următoarele sancțiuni disciplinare: diminuarea drepturilor salariale cu 5-20% pe o perioadă de până la 3 luni, sau cu 10-15% pe o perioadă de până la un an de zile; suspendarea dreptului de promovare pe o perioadă de la unu la 3 ani; retrogradarea într-o funcție publică de nivel inferior, pe o perioadă de până la un an, cu

⁴³ Rafał Stasikowski, „Issues of administrative powers in the processes of executing administrative law”, în *Studia Administracyjne*, nr. 11/2019, p. 90.

diminuarea corespunzătoare a salariului; destituirea din funcția publică.

- c) autoritatea publică are posibilitatea să decidă în mod liber cum va acționa într-o anumită situație; de exemplu, conform art. 33 din Legea nr. 55/2020 privind unele măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, pe durata stării de alertă, în domeniul transportului aerian, ministerul de resort poate dispune măsuri, respectiv restricții, cu privire la igiena și dezinfecția spațiilor comune, echipamentelor, mijloacelor de transport și aeronavelor, în scopul prevenirii contaminării pasagerilor și personalului ce activează în domeniul transportului aerian.

Puterea discreționară poate fi identificată cel mai ușor atunci când în legislație este utilizată expresia „poate” sau „are dreptul/posibilitatea”, în timp ce expresiile „trebuie”, „este obligat”, „îi este interzis” semnaleză lipsa discreției pentru factorul de decizie, competența sa fiind legată.

Puterii discreționare i se opune competența legată. Aceasta din urmă poate fi recunoscută atunci când conținutul actului administrativ este complet predeterminat de norma legală, în cuprinsul căreia se menționează expres elementele de fapt și de drept necesare pentru emiterea actului⁴⁴, fiind o simplă îndatorire legală de îndeplinit în privința căreia organul administrativ nu are opțiune⁴⁵. În practică, situațiile nu se prezintă niciodată în alb sau

⁴⁴ Jean-Marie WOEHRLING, op.cit., p. 76.

⁴⁵ Potrivit art. 12 al. 1 din Legea nr. 416/2001, stabilirea dreptului la ajutorul social și a cuantumului acestuia se face prin dispoziție scrisă a primarului, însă atât persoanele îndreptățite la ajutor social, cât și cuantumul acestuia sunt expres prevăzute în cuprinsul art. 1 alin. (1) („Familii și persoanele singure, cetățeni români, au dreptul la un venit minim

negru, respectiv nu întotdeauna există o delimitare fermă între puterea discreționară și competența legată, acestea două putând fi regăsite în mai multe elemente care împreună conduc la manifestarea de voință finală a administrației sub forma actului administrativ⁴⁶. De pildă, sunt frecvente situațiile în care legislația supune producerea unor efecte juridice de îndeplinirea unei condiții de fapt. Organul administrativ competent trebuie să constate dacă faptele care îi sunt prezentate se încadrează în categoria juridică prevăzută de lege, deci avem un element discreționar, însă odată calificate juridic faptele, consecințele juridice se produc automat în baza legii, fără ca organul administrativ să poată influența soluția legală, așadar un element legat⁴⁷.

De aici putem decela o altă particularitate, și anume că nu este necesar ca elementul discreționar să apară doar în ultima etapă a procesului decizional, din contră, este posibil ca operațiunile administrative care stau la baza actului administrativ să fie efectuate cu putere de apreciere din partea

garantat ca forma de asistență socială”) și art. 5 alin. (1) din același act normativ („Cuantumul ajutorului social se stabilește ca diferență între nivelurile prevăzute la art. 4, transformate în lei, și venitul net lunar al familiei sau al persoanei singure”), ceea ce înseamnă că primarul nu are nicio marjă de apreciere în acest domeniu, fiind obligat să emită dispoziția dacă sunt întrunite condițiile legale. Disponibil la www.legislatie.just.ro, accesat în data de 24.09.2021.

⁴⁶ Jean-Marie Woehrling, op.cit., p. 80.

⁴⁷ Conform art. 13 din Legea nr. 407/2006 a vânătorii și a protecției fondului cinegetic, pentru pagubele și/sau daunele produse de către exemplarele din speciile de faună de interes cinegetic se acordă despăgubiri, în urma cererii formulate de către proprietarii de culturi agricole, prin decizie de plată emisă de către conducătorul structurilor teritoriale de specialitate ale autorității publice centrale care răspunde de vânătoare (competență legată). Constatarea pagubelor, evaluarea acestora și stabilirea răspunderii civile se realizează de către comisia de constatare în cuprinsul unui proces-verbal (putere discreționară). Disponibilă la: <http://legislatie.just.ro>, accesat în data de 24.09.2021.

organului emitent, în timp ce actul administrativ propriu-zis să fie emis în mod automat sub imperiul competenței legate.

C. Cum?

O relație stabilă între stat și cetățenii săi reprezintă un deziderat care se dovedește a fi de multe ori utopic, cu toate că acesta ar putea fi realizat dacă legislația ar conține norme simple și clare care să-i permită cetățeanului să știe din timp ce se așteaptă de la el și care să-i permită să-și planifice activitățile în mod previzibil⁴⁸. Îndeosebi, atunci când în scenă intervine puterea discreționară a autorităților publice, idealul stat-cetățeni este perturbat, pentru că permite agenților statului să realizeze propria evaluare a echilibrului dintre interesul public și interesele individuale ale cetățenilor, deznodământul fiind uneori lipsit de predictibilitate pentru cei din urmă⁴⁹.

⁴⁸ Pentru ca legea să satisfacă cerința de previzibilitate trebuie ca ea să precizeze cu suficientă claritate întinderea și modalitățile de exercitare a puterii de apreciere a autorităților în domeniul respectiv, ținând cont de scopul legitim urmărit, pentru a oferi persoanei o protecție adecvată împotriva arbitrarului (Hotărârea din 4 mai 2000, pronunțată în Cauza Rotaru împotriva României, pg. 52, și Hotărârea din 25 ianuarie 2007, pronunțată în Cauza Sissanis împotriva României, pg. 66). Pentru detalii, a se consulta <https://hudoc.echr.coe.int>, accesat în data de 27.09.2021.

⁴⁹ De pildă, într-o cauză în care a fost supus controlului instanței de contencios administrativ articolul 3 din Ordinul A.N.S.V.S.A. nr. 17/2011, s-a statuat că textul legal, prin modul în care a fost formulat, nu lasă de înteles în mod evident că operatorii economici pot recurge și la entitățile private care acționează în domeniu, or aceasta deschide calea încălcării principiilor concurenței loiale, inclusiv prin poziția dominantă pe care ar dobândi-o pe piață laboratoarele A.N.S.V.S.A., autoritate care are și funcția de verificare și control. Având în vedere cumulumul de atribuții de supraveghere, prevenire și control pe care îl deține autoritatea publică în domeniul său de activitate, și, mai cu seamă, poziția dominantă pe care o ocupă în virtutea prerogativelor de putere publică, A.N.S.V.S.A. avea obligația rezultată din exigențele bunei administrări să

Tiparul administrativ de exercitare a unei prerogative discreționare este asemănător, sau ar trebui să fie, modelului judiciar de pronunțare a unei hotărâri judecătorești. Mai exact, într-o primă etapă se stabilesc faptele și se determină dispozițiile legale aplicabile speței, urmând ca, ulterior, organul administrativ să aplice norma legală problemei ce reiese din situația de fapt prezentată, optând pentru una dintre căile posibile de rezolvare⁵⁰. Astfel, este foarte important ca deciziile adoptate să aibă în vedere toate împrejurările de fapt relevante în cauză și să se bazeze pe o analiză minuțioasă a lor, nu doar pe simple presupuneri, chiar dacă presupune un rol activ din partea decidenților în colectarea de informații suplimentare.

Legislația poate prevedea în cazul exercitării atribuțiilor cu putere discreționară anumite cerințe care trebuie îndeplinite în cursul procesului decizional, cum ar fi obligația de consultare publică, obligația de solicitare a unor avize consultative din partea altor organe administrative, obligația de a folosi și limba maternă în unitățile administrativ-teritoriale în care cetățenii aparținând minorităților naționale au o pondere de peste 20% din numărul locuitorilor etc.

Totuși, dacă legislația nu specifică factorii care trebuie luați în considerare, decidentul trebuie să țină cont de soluția adoptată anterior cu prilejul emiterii unor acte administrative de același fel⁵¹. Practic, în acest caz,

emită norme administrative clare, care să nu genereze riscul distorsionării liberei concurențe și apariției conflictelor de interese. Astfel, este nelegal actul administrativ care nu îndeplinește condiția de claritate în măsură să excludă interpretarea în sensul deturnării interesului public, fiind emis cu exces de putere. Decizia ICCJ nr. 1622 din 27 martie 2014, disponibilă la: www.scj.ro, accesat în data de 27.09.2021.

⁵⁰ Jean-Marie WOEHLING, op.cit., p. 77.

⁵¹ Nu numai soluțiile anterioare identice rezultate din emiteria unor acte administrative au putere obligatorie pentru organele emitente, dar și practica anterioară identică a organelor

este vorba despre respectarea principiului protecției încrederii legitime, care constă în existența unei acțiuni constante a administrației de natură să contureze modalitatea în care intenționează să acționeze în viitor într-un caz similar, ceea ce creează o așteptare legitimă pentru particulari, cu excepția situației în care există un interes public superior care să o determine să se comporte altfel⁵².

În orice caz, puterea discreționară poate fi utilizată de către administrație numai cu respectarea competenței și a procedurii prevăzute de lege, ceea ce exclude posibilitatea de a crea alte reguli sau norme legale prin actele administrative emise în exercițiul acesteia⁵³.

competente constând în abținerea de la emiterea actelor administrative. De pildă, în jurisprudența CJUE, în Cauza C-183/14 Salomie și Oltean, Hotărârea din 9 iulie 2015 (pct. 44), în care s-a invocat principiul protecției încrederii legitime în raport cu faptul că organele fiscale nu au solicitat anterior plata TVA aferentă tranzacțiilor imobiliare încheiate de persoane fizice, s-a reținut că: „În al doilea rând, în ceea ce privește principiul protecției încrederii legitime, dreptul de a se prevala de acest principiu se extinde la orice justițiabil pe care o autoritate administrativă l-a determinat să nutrească speranțe întemeiate prin furnizarea unor asigurări precise.” În final, Curtea de Justiție de la Luxemburg a concluzionat în această speță că: „Astfel, o asemenea practică (a organului fiscal n.n.), oricât ar fi de regretabilă, nu poate fi a priori de natură să dea contribuabililor vizați asigurări precise cu privire la neaplicarea TVA-ului unor operațiuni imobiliare precum cele în discuție în litigiul principal.” Disponibilă pe <http://curia.europa.eu>, accesat în data de 28.09.2021.

⁵² Paul CRAIG, „Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law”, în *The Cambridge Law Journal*, vol. 55, nr. 2/1996, pp. 301-304.

⁵³ Instanța a apreciat că prin Normele Metodologice aprobate prin HG: 453/2007 s-a adăugat la dispozițiile legale în aplicarea cărora acestea au fost edictate, în sensul că prin dispozițiile art. 1 și art. 2 din Legea nr. 315/2006 s-a prevăzut expres dreptul cadrelor didactice la acordarea ajutorului financiar în echivalent a 100€, iar prin dispozițiile art. 4 din același act normativ se prevede sursa de asigurare a finanțării acestui ajutor, și anume de la bugetul de stat, fără a se institui nicio condiționare cu privire la limita fondurilor bugetare. Prin urmare,

Totodată, expunerea sintetică a motivelor de fapt și de drept care au stat la baza deciziei administrației nu are voie să lipsească din cuprinsul niciunui act administrativ, în caz contrar, actul fiind anulabil⁵⁴. Motivarea unui act administrativ este singura cale prin care atât persoana vătămată, cât și instanța de judecată pot verifica raționamentul parcurs de autorul actului emis⁵⁵.

dispoziția art. 5 alin. 3 din HG: 453/2007, care statuează că sumele necesare plății ajutorului financiar se suportă din bugetul ministerului de resort în limita creditelor bugetare aprobate, este susceptibilă să anihileze, practic, dreptul cadrelor didactice la ajutorul financiar ce li se cuvine, în puterea legii, într-un quantum prestabilit, și anume echivalentul în lei a sumei de 100 euro. În condițiile în care legiuitorul a înțeles să confere acest ajutor bănesc cu o valoare fixă, atunci în contextul adoptării metodologiei de aplicare a dispozițiilor legale nu se poate restricționa acest drept, prin introducerea unor condiții neavute în vedere la edictarea actului normativ cu forță juridică superioară. Pentru detalii, a se vedea Sentința civilă nr. 6128/10.06.2015, pronunțată de Tribunalul București, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 28.09.2021.

⁵⁴ Din păcate, de cele mai multe ori, organul administrativ se rezumă la a indica în cuprinsul actului administrativ doar textele legale sub imperiul cărora a acționat, fără a descrie, măcar în mod succint, starea de fapt reținută. Astfel, instanțele de contencios administrativ investite cu o acțiune în anularea actului administrativ nu au altă soluție la îndemână decât aceea de a admite acțiunea, chiar dacă, pe fondul litigiului, este posibil ca autoritatea să fi fost îndreptățită la emiterea respectivului act. Cu titlu de exemplu, a se vedea Decizia nr. 1530/15.03.2018 pronunțată de către Curtea de Apel București, disponibilă la: www.rolii.ro, accesată în data de 30.09.2021.

⁵⁵ În jurisprudența națională s-a conturat o practică majoritară de respingere a motivului de nulitate privind nemotivarea actului administrativ în cazul în care, deși nu a fost descrisă starea de fapt în cuprinsul acestuia, totuși a fost menționat un alt act sau o altă operațiune administrativă (aviz, raport, propunere etc) care conține relatarea împrejurărilor de fapt. Cu titlu de exemplu, a se vedea Decizia nr. 2557/29.09.2020, pronunțată de către Curtea de Apel București, disponibilă la: www.rolii.ro, accesată în data de 02.10.2021.

În general, norma legală care conferă putere discreționară unei autorități prevede și interesul public care necesită a fi protejat prin utilizarea prerogativelor respective, fiind astfel mult mai simplu pentru organul emitent al actului administrativ să motiveze oportunitatea luării acelei măsuri. De pildă, Legea nr. 295/2004 privind regimul armelor, componentelor esențiale și al munițiilor prevede că autorizația de procurare a armelor letale se acordă persoanelor care nu prezintă pericol pentru ordinea publică, siguranța națională, viața și integritatea corporală a persoanelor. Așadar, autoritatea de resort deține o marjă largă de apreciere a cauzelor care pot să impiezeze asupra dreptului persoanelor la deținerea autorizată a unei arme letale, în practică evidențiindu-se motive precum declanșarea urmăririi penale față de reclamant pentru infracțiuni de furt de energie electrică⁵⁶, braconaj⁵⁷, cămătărie⁵⁸, cruzime față de animale⁵⁹, ori pentru diagnosticarea cu

⁵⁶ În primă instanță, Tribunalul a apreciat că retragerea autorizației a fost nelegală în contextul în care reclamantul, deși a fost acuzat de furt de energie electrică, nu prezintă pericol pentru ordinea publică deoarece în dosarele penale constituite ca urmare a săvârșirii faptelor respective s-a dispus renunțarea la urmărirea penală. În recurs, Curtea de Apel a casat sentința tribunalului și a respins acțiunea reclamantului, arătând că pericolul derivă din comportamentul contrar obligațiilor sociale legale ce revin unei persoane ce deține permis de arme și muniții letale și neletale și trebuie analizat și reținut prin raportare la orice indiciu negativ, pornindu-se de la presupunerea rezonabilă că acea persoană poate comite, în anumite condiții, acțiuni nelegale îndreptate împotriva unei alte persoane, folosindu-se de arma sa și de permisul ce îi dă posibilitatea să o folosească. Decizia nr. 825/2019, Curtea de Apel București, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 02.10.2021.

⁵⁷ Sentința nr. 704/2018/CA a Tribunalului Iași, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 02.10.2021.

⁵⁸ Sentința nr. 638/2017 a Tribunalului Ilfov, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 02.10.2021.

⁵⁹ Sentința nr. 3028/2018 a Tribunalului Cluj, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 02.10.2021.

schizofrenie paranoidă⁶⁰, sau pentru simpla sancționare contravențională a reclamantului⁶¹.

Pe de altă parte, nu este mai puțin adevărat că, într-un mediu juridic din ce în ce mai complex, legislația poate să conțină concepte deschise⁶² care permit administrației să fie flexibilă în stabilirea unor obiective de interes general și în adoptarea unor cursuri de acțiune diferite pentru atingerea obiectivelor⁶³. În aceste cazuri, organul emitent are cu atât mai mult obligația să indice în mod clar și cuprinzător toate elementele de fapt și de drept care au stat la baza deciziei sale, motivarea conferind actului transparență, astfel încât particularii vizați să poată verifica dacă actul este corect fundamentat și, în același timp, pentru ca instanța de judecată să-și poată exercita controlul jurisdicțional⁶⁴.

De pildă, într-o speță dedusă judecării Înaltei Curți de Casație și Justiție, s-a concluzionat că nu s-a respectat cerința motivării actului administrativ, cu toate că autoritatea publică a menționat în actul atacat situația de fapt și textele de lege incidente, ceea ce de regulă ar fi suficient pentru ca actul să fie considerat legal. Cu toate acestea, instanța supremă a apreciat că autoritatea administrativă nu a efectuat o analiză exhaustivă a tuturor condițiilor legale prevăzute de normele respective, deși situația o impunea.⁶⁵ Totodată, în cuprinsul aceleiași hotărâri judecătorești s-a reținut

⁶⁰ Sentința nr. 1934/2017 a Tribunalului Suceava, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 02.10.2021.

⁶¹ Sentința nr. 261/2020 a Tribunalului Sibiu, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 02.10.2021.

⁶² Noțiuni precum „cazuri urgente”, „la nevoie”, „interesele generale ale societății” etc.

⁶³ Rafał STASIKOWSKI, op.cit, p. 89.

⁶⁴ Decizia ÎCCJ nr. 3354/2020, disponibilă la: www.scj.ro, accesat în data de 10.10.2021.

⁶⁵ Decizia ÎCCJ nr. 1692/2020, disponibilă la: www.scj.ro, accesat în data de 10.10.2021.

că orice decizie de natură a produce efecte privind drepturile și libertățile trebuie motivată prin chiar actul care produce efecte juridice, iar nu ulterior, printr-un alt act, mai ales din perspectiva posibilității persoanei de a aprecia asupra legalității și temeiniciei măsurii, respectiv asupra respectării limitelor dintre puterea discreționară și arbitraru⁶⁶.

Creдем că aceasta ar trebui să fie orientarea majoritară a instanțelor judecătorești atunci când se invocă nemotivarea ca motiv de nulitate, în sensul că nu este suficient ca actul administrativ să fie motivat în fapt printr-o operațiune administrativă menționată în preambulul său, ori printr-un act procedural (de pildă, întâmpinarea) depus în fața instanței de contencios administrativ. Pentru ca actul administrativ să fie considerat motivat corespunzător și, implicit, legal, acesta trebuie să conțină toate elementele de fapt și de drept pe care organul administrativ le-a avut în vedere atunci când a emis actul vătămător, în caz contrar, singura soluție fiind anularea acestuia⁶⁷.

Cu precădere, atunci când într-o speță se invocă încălcarea principiului proporționalității, lipsa motivării în fapt face imposibilă verificarea caracterului adecvat, necesar și echilibrat al actului administrativ, întrucât detaliile faprice sunt esențiale în cântărirea efectelor actului asupra drepturilor subiective vătămăte. De exemplu, unei persoane fără cetățenie

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ În practică, am întâlnit anumite soluții de menținere a unor acte administrative care erau nemotivate sau insuficient motivate, însă în acele cazuri judecătorul a motivat soluția de respingere a acțiunii în baza prevalenței interesului public. Într-unul dintre cazuri a fost vorba despre o acțiune în anularea unei decizii de revocare a unui permis de vânătoare pe motiv de pericol social, și deși acesteia îi lipsea motivarea, totuși instanța a respins acțiunea având în vedere că reclamantul și-a amenințat fosta soție că o va împușca cu arma de vânătoare pentru care deținea acel permis.

română îi poate fi revocat dreptul de ședere pe teritoriul statului român pentru varii motive, dintre care unele mai banale, cum ar fi desfășurarea de activități în calitate de salariat fără aviz de angajare în muncă, iar altele foarte grave, precum desfășurarea unor activități de natură să pună în pericol siguranța națională. Or, pentru a putea fi efectuat controlul de proporționalitate a unei astfel de măsuri, instanța trebuie să discearnă din însuși cuprinsul actului administrativ starea de fapt care a atras o măsură atât de dură pentru străinul vizat.

III. Concluzii

Constatăm că orice act de exercitare a puterii discreționare de către administrație conține în mod intrinsec o obligație de proporționalitate. Ignorarea acestei obligații determină vătămarea dreptului persoanei vizate și autorizează intervenția instanței de judecată, dat fiind că emiterea actului administrativ cu încălcarea principiului proporționalității se încadrează în cuprinsul noțiunii de exces de putere, pe care instanța de contencios îl poate sancționa chiar și în cazul exercitării puterii discreționare.

Exercitarea puterii discreționare rămâne o chestiune complexă și relativă, în sensul că evaluarea sa depinde adesea de împrejurările cauzei sau de contextul exercitării sale. Decizia administrativă care respectă principiul proporționalității este cea care reflectă o examinare autentică și realistă a fondului cazului dedus spre soluționare organului administrativ, și care, *per a contrario*, nu se limitează la aplicarea în mod inflexibil a normei legale fără a lua în calcul împrejurările relevante ale speței.

Astăzi, întrebarea nu mai este dacă prerogativele discreționare ale autorităților administrative sunt de dorit sau nu, în schimb ce controale și garanții pot fi introduse pentru a elimina orice abuz în exercitarea puterii

conferite. Credem că posibilitatea de control judiciar pe care o au instanțele prin intermediul principiului proporționalității poate fi un răspuns adecvat la tendința autorităților publice de a devia de la scopul de interes general urmărit de lege și de a impune limite excesive drepturilor și libertăților cetățenilor.

IV. Bibliografie

- APOSTOL-TOFAN, Dana – Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice, Editura All Beck, București, 1999;
- BĂLAN, Emil – Instituții administrative, Editura C. H. Beck, București, 2008;
- BOGASIU, Gabriela – Legea contenciosului administrativ. Comentată și adnotată, Editura Universul Juridic, București, 2015;
- CHAPUS, René – Droit administratif général, 13ème édition, Editura Montchrestien, Paris, 1999;
- Drăganu, Tudor – Introducere în teoria și practica statului de drept, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1992;
- HAURIOU, Maurice – Précis de droit administratif et de droit public, 12ème édition, Editura Dalloz, Paris, 2002;
- IORGOVAN, Antonie – Tratat de drept administrativ, vol. II, ediția a 4-a, Editura All Beck, București, 2005;
- IOVĂNAȘ, Ilie – Drept administrativ, Editura Servo Sat, Arad, 1997;
- LEWALLE, Paul, Donnay, Luc – Contentieux administratif, 3e édition, Editura Larcier, Bruxelles, 2008;
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, De l'esprit des lois, Éditions Gallimard, Paris, 1995;
- NEGULESCU, Paul – Curs de drept constituțional, editat de Alex Th. Doicescu, București, 1927;

- PODARU, Ovidiu – *Drept administrativ. Vol. I. Actul administrativ (I). Repere noi pentru o teorie altfel*, Tomul I. Noțiune, Ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2022;
- SULLIVAN, Thomas, Frase, Richard – *Proportionality principles in American Law: Controlling excessive government actions*, Editura Oxford University Press, Oxford, 2009;
- TAMANAH, Brian Z. – *A Concise Guide to the Rule of Law*, în Gianluigi Palombella și Neil Walker (ed.), „Relocating the Rule of Law”, Editura Hart Publishing, Portland, 2009;
- WOOD, Neal – *Cicero’s Social and Political Thought*, Editura University of California Press, Berkeley, 1988;
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka -, „Proportionality – a German approach”, în *Amicus Curiae – Journal of the Institute of Advanced Legal Studies and its Society for Advanced Legal Studies*, nr. 19/1999;
- CHAND, Bool -, „Discretionary Powers of Government”, în *International Review of Administrative Sciences*, vol. 15, nr. 3/1949;
- CHIRIAC, Lucian -, „Despre irevocabilitatea și controlul de legalitate a decretului de grațiere – act administrativ individual”, în revista *Studia Universitatis Babeș-Bolyai – Iurisprudentia*, nr. 2/2009;
- COOPER, Robert M. -, „Administrative justice and the role of discretion”, în *Yale Law Journal*, vol. 47, nr. 4/1938;
- CRAIG, Paul -, „Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law”, în *The Cambridge Law Journal*, vol. 55, nr. 2/1996;
- GREY, J. H. -, „Discretion in Administrative Law”, în *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 17, nr. 1/1979;
- GUYOMAR, Mattias -, „Les sanctions infligées par une autorité administrative”, în *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2007;

- IONESCU, Cristian -, „Reflecții pe marginea art. 102 din Constituția României, republicată”, în *Pandectele Române*, nr. 1/2013;
- Lochak, Danièle -, „Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?”, în *Pouvoirs – Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, nr. 46/1988;
- MARTIN, Maik, Horne, Alexander -, „Proportionality: Principles and Pitfalls – Some Lessons from Germany”, în *Judicial Review*, vol. 13, nr. 13/2008;
- MAȘCA, Simona-Gabriela, Văidean, Viorela Ligia, Golguț, Andreea -, „Statul și economia – aspecte teoretice și evidențe empirice în UE”, în *Economie teoretică și aplicată*, vol. XVIII, nr. 5/2011;
- PODARU, Ovidiu „Școala de la București” versus „școala de la Cluj”: război troian sau pseudo-conflict? Eseu despre variile viziuni asupra oportunității actului administrativ (mitologie pentru juriști)”, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia*, nr. 2/2009, <http://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/articol/303>, arhivă: <https://perma.cc/D2DE-WK8P>;
- STASIKOWSKI, Rafał -, „Issues of administrative powers in the processes of executing administrative law”, în *Studia Administracyjne*, nr. 11/2019;
- WOEHLING, Jean-Marie -, „Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France”, în *La Revue administrative*, 52e Année, nr. 7/1999;
- ANZALONE, Christopher A. – *Encyclopedia of Supreme Court Quotations*, ed. M.E. Sharpe, 2000, New York, disponibilă la: https://books.google.ro/books?id=3JCjZWrQjA4C&pg=PR3&source=gbs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false;

BARAC, Lidia -, „Scurte reflecții asupra dimensiunii morale a principiului separației puterilor în stat. Despre respectul intra și interinstituțional (I)”, <https://www.juridice.ro/434781/scurte-reflectii-asupra-dimensiunii-morale-a-principiului-separatiei-puterilor-in-stat-despre-respectul-intra-si-interinstitutional-i.html>, _____ arhivă: <https://perma.cc/CN2D-DDLS>;

BENVENISTI, Eyal -, „Public choice and global administrative law: who's afraid of executive discretion”, în International law and justice working papers, nr. 3/2004, <https://www.iilj.org/publications/public-choice-and-global-administrative-law-whos-afraid-of-executive-discretion/>, arhivă: <https://perma.cc/CY6K-TJXA>.

STUDII

PECULIUM PROPECTICIUM – FAȚETĂ A
ÎMBUNĂTĂȚIRII CONDIȚIEI SCLAVULUI ÎN
ROMA ANTICĂ

DOI: 10.24193/SUBBIur.67(2022).2.2
Data publicării online: 30.11.2022

Cristina POP*

Rezumat: Termenul latin *peculium* a fost utilizat inițial, în antichitatea romană, pentru a descrie bunurile atribuite spre administrare către o persoană aflată sub autoritatea capului de familie, prin voința acestuia din urmă. Această chestiune îi viza în special pe sclavii care se aflau sub puterea celui căruia îi aparțineau. În ciuda statutului său, care nu îi oferea niciun drept din punct de vedere juridic, civil sau politic, prin intermediul peculiului, sclavul roman a avut posibilitatea, dacă stăpânul său își dădea acordul în acest sens, să câștige bani sau alte bunuri pentru *dominus* sau pentru el însuși și, astfel, să acumuleze economii sau chiar să își răscumpere libertatea.

Cuvinte cheie: *peculium*, serv, sclav, *administratio*, *pater familias*, stăpân, bunuri

* Asist.dr. Cristina POP, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, <https://orcid.org/0000-0002-6176-3912>, e-mail: cristina.pop@law.ubbcluj.ro.

***PECULIUM PROPECTICIUM* – A FACET OF THE IMPROVEMENT IN THE SLAVE CONDITION IN ANCIENT ROME**

Abstract: The Latin term *peculium* was originally used, in the Roman Antiquity, in order to describe the goods assigned to an individual who was placed under the authority of the father of the family and by the will of the latter. This especially concerned slaves, who were under the power of those to whom they belonged. Despite his servile status, which granted him no legal, civil, or political rights, due to the *peculium*, the Roman slave had the possibility, if his master authorized him, to earn money and goods for the *dominus* and himself and, thus, to make savings or even to buy his freedom.

Key words: *peculium*, serv, slave, *administratio*, *pater familias*, master, goods.

Cuprins

I.	Motivare.....	45
II.	Ce este și cum se formează un <i>peculium</i> ?.....	49
III.	Componența masei de bunuri	54
IV.	Aspecte privind regimul juridic al <i>peculiului</i>	56
V.	Încetarea <i>peculiului</i>	65
VI.	Concluzii	66
VII.	Bibliografie	68

I. Motivare

Din sursele istorice și literare avute la îndemână, începând cu finalul Republicii, aristocrații romani sunt cunoscuți ca fiind conservatori în ceea ce privește administrarea averilor lor și modul în care investeau capital în acestea, cu scopul de a le mări. Totuși, nedorind să se implice în activitățile de

producție¹, angajau pentru aceste munci oameni liberi sau nominalizau sclavi, strategie care s-a bazat pe crearea, dezvoltarea și utilizarea anumitor instituții juridice, a căror istorie o putem proiecta tocmai în perioada Republicii romane². Una dintre ele – și cea pe care am ales-o ca subiect al articolului de față – a fost peculiuul. Cunoscută încă înainte de emiterea *Edictum triplex*³, sec. I î. Hr., ideea de peculiu își poate avea rădăcinile chiar în Legea celor XII Table, care ar fi stabilit că anumiți sclavi dețineau posibilitatea de a stăpâni bunuri, însă fără a avea acces la gestionarea lor din punct de vedere comercial⁴. În ceea ce privește utilitatea și întrebuințarea pe scară largă a acestei instituții, ele trebuie căutate în necesitățile economice pe care societatea romană le-a dezvoltat, odată cu expansiunea teritorială, începută în sec. III î. Hr.

Având în vedere că cea mai la îndemână sursă juridică, pe care o putem folosi cu referire la tema selectată, sunt Digestele lui Iustinian, opiniile care ne-au ajutat în dezvoltarea materialului de față provin din perioada clasică a dreptului roman, însă ne vom folosi și de anumite texte republicane. Din punct de vedere teoretic, subiectul nostru este unul dens, acoperind capitole

¹ O mentalitate specifică Romei a fost aceea că munca pentru bani era socotită a fi o ocupație nedemnă de un om liber. Cetățeanul roman se îndeletnicește cu politica, cu războiul, cu arta sau cu jocurile de noroc – dar nu prestează muncă remunerată. A o contracta este sinonim cu a te plasa într-o poziție social inferioară. Pentru detalii a se vedea Mircea Dan BOB, *Manual elementar de drept privat roman*, ed. a II-a revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, 2019, p.247.

² Jean-Jacques AUBERT, *Productive investments in agriculture: instrumentum fundi and peculium in the later Roman Republic*, în Jesper Carlsen&Elio Cascio, 2009, p.167.

³ Ulpian, D. 15.1.1.1. Este vorba despre un edict care pune în discuție trei subiecte, conform lui Ulpian.

⁴ Lg. XII Table 7.12. Pentru detalii a se vedea Samuel PAHUD, *Le statut de l'esclave et sa capacité à agir dans le domaine contractuel. Étude de droit romain de l'époque classique*, University of Lausanne, 2013, p. 239.

ca persoane, bunuri, obligații și procedura de judecată⁵ din cadrul materiei de Drept privat roman.

În paginile care urmează vom încerca, așadar, să răspundem la întrebări precum:

- Cât de mult putea să dețină un sclav în Roma Antică?
- În ce consta stăpânirea lui de fapt?
- Care era scopul acesteia?
- Cum să înțelegem că un obiect de drept civil – sclavul, poate angaja în raporturi juridice un subiect de drept civil – stăpânul? etc.

Acolo unde sursele ne permit, vom insera și situații concludente din viața de zi cu zi a romanilor.

Pentru a crește interesul cititorilor, începem prin expunerea unor cazuri localizate chiar în Italia, unde anumiți sclavi administrau suficienți bani, astfel încât să se angajeze în afaceri extinse, alții dețineau propriii sclavi sau chiar le îmbinau în mod armonios pe ambele.

Un exemplu este cel al sclavului imperial Musicus, administrator al tezaurului provinciei Lugdunensis (pe teritoriul Franței de astăzi), ce a fost comemorat, după moartea sa, de un număr de 16 sclavi, pe care îi avea în stăpânire și care, la rândul lor, erau angajați în diferite afaceri⁶. Apoi, Nemesianus, bibliotecarul unuia dintre procuratorii provinciei Dacia, a

⁵ Deoarece în materialul de față am atins doar tangențial această problematică, pentru procedura de judecată și acțiunile care sancționau instituția *peculium*-ului a se vedea Wiliam Warwick BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, ED. University Press, Cambridge, 1908, p. 207 și urm.

⁶ C.I.L. VI.5197. Paul WEAVER, *Vicarius and Vicarianus in the Familia Caesaris*, în *Journal of Roman Studies*, 54(1-2), 1964, p. 117-128, DOI: <https://doi.org/10.2307/298657>, accesat la data de 07.05.2022.

construit un templu din banii săi proprii⁷. De asemenea, Suetonius ne amintește despre un sclav, al cărui nume nu îl cunoaștem, dar care și-a cumpărat funcția de *dispensator*⁸ pentru fabuloasa sumă de un milion de sesterti⁹. Despre un alt asemenea *dispensator*, un sclav numit Rotundus, se spunea că deține un vas de argint de 500 kg și că sclavii pe care acesta îi administra aveau alte opt vase de argint, cântărind jumătate din greutatea amintită¹⁰.

Remarcăm cum, în multe locuri, este indicat rolul sclavilor în comerț, în industrie sau finanțe, fapt care îi transforma în personaje care trăiau într-un lux și confort puțin cunoscute majorității oamenilor liberi¹¹. Acesta poate reprezenta unul dintre motivele pentru care portretele lor au rămas în istorie – nu era imposibil pentru un sclav roman să acumuleze atât de multă bogăție. Enumerarea cazurilor anterioare reprezintă pentru noi doar un pretext prin care vom face trecerea la analizarea, din punct de vedere juridic, a acestei realități romane, care a permis unor elemente sociale lipsite de capacitate

⁷ AE 1913.50 (inscripție dedicativă descoperită la Ulpia Traiana Sarmizegetusa): *Caelesti Virgini Augustae sacr(um) Nemesianus Caes(aris) n(ostri) servos(!) librarius templum a solo <p=R>ecunia sua ex voto fecit*. Pentru detalii privind inscripția: <https://edh.ub.uni-heidelberg.de/edh/inschrift/HD026979>, accesat la data de 07.05.2022.

⁸ Persoană care distribuie sau administrează anumite bunuri. În contextele analizate, considerăm că sensul este cel al unui administrator, ținând seama de suma achitată pentru obținerea funcției, dar și de importanța acesteia din urmă.

⁹ Suetonius, *Life of Otho*, 5.2.

https://penelope.uchicago.edu/Thayer/e/roman/texts/suetonius/12caesars/otho*.html, arhivă: <https://perma.cc/P6FY-H638>.

¹⁰ Plinius, *Natural History*, 33.145.

https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Pliny_the_Elder/33*.html, arhivă: <https://perma.cc/9PLB-R7BQ>.

¹¹ Joseph DECLAREUIL, *Rome et l'organisation du droit*, Ed. La Renaissance du livre, Paris, 1924, p.142.

juridică să administreze și să obțină, de multe ori, averi considerabile: peculiu.

II. Ce este și cum se formează un *peculium*?

Și în cazul peculiuului observăm, din punct de vedere istoric, un progres conceptual. Astfel, termenul a fost utilizat, în primă fază, pentru bunurile (*pecus* înseamnă cap de bovină)¹² pe care un *pater familias* le încredința fiului (*alieni iuris*) care se afla sub autoritatea lui, cu scopul ca cel fără capacitate de exercițiu să le administreze¹³. Cu toate că la Roma, alături de peculiuul simplu, denumit și *peculium profecticium* (*peculium a patre profectum*¹⁴), au mai existat *peculium castrense*, *peculium quasi castrense*¹⁵ și *peculium adventicium*¹⁶, în lucrarea noastră, ne vom limita discuția doar la cel dintâi, fiind cel mai des întâlnit atât în textele jurisconsultilor, cât și în operele

¹² Pentru detalii referitoare la termenul *pecunia* a se vedea și Carlos AMUNATEGUI PERELLO, *Problems concerning familia in Early Rome*, în *Roman legal tradition* nr. 4, 2008, p. 37-45. <https://romanlegaltradition.org/contents/2008/RLT4-AMUNATEGUI.PDF>, arhivă: <https://perma.cc/G6XV-Y4CT>.

¹³ Morris SILVER, *At the base of Rome's Peculium Economy*, *Fundamina*, vol. 22, nr. 1, 2016, p. 67.

¹⁴ Provenit de la *pater familias*.

¹⁵ Primul termen, denumit și *peculium militare*, îl găsim definit la jurisconsultul Macer, D. 49.17.11: orice dobândește un soldat, pe care nu l-ar fi dobândit dacă nu ar fi servit (ca militar).

Peculium quasi castrense a fost introdus în perioada Dominatului, reprezentând câștigurile obținute de către un fiu de familie în alte domenii decât în cel militar (ca funcționar al statului, de exemplu) și chiar să dispună de aceste bunuri prin testament, cf. Inst 2.6.11.

¹⁶ C.Th. 8.18.1, 7. Creat de împăratul Constantin, îl viza pe fiul de familie care obținuse o moștenire de la mama sa sau prin donație de la un terț și asupra căruia *pater familias* deținea doar dreptul de uzufruct.

literare. Cum fiii de familie nu erau întotdeauna la îndemâna stăpânului sau nu dețineau maturitatea necesară pentru încheierea de acte juridice în numele acestuia, romanii s-au folosit în astfel de cazuri de sclavi. Datorită acestei cutume, (inițial) servii erau folosiți în exploatarea patrimoniului familial, prin constituirea de către *pater familias* a unei mase de bunuri distincte¹⁷.

Sclavul, incapabil să dobândească pentru sine însuși, era asemeni femeii căsătorite *in manu* sau fiilor de familie, un instrument de achiziție pentru stăpân. În aceste activități el împrumuta personalitatea lui *pater familias*, terții cu care contracta fiind înștiințați de acest fapt¹⁸; vrând-nevrând, practica a dus la consecința incomodă ca unii sclavi să fie tratați cu respectul potrivit unui cetățean roman. Putem chiar conchide că statutul sclavilor de încredere ai cocontractantului a fost întotdeauna complicat de faptul că aceștia erau delegați ai unui egal sau superior și controlau accesul la stăpânii lor.

Prin urmare, constatăm cum stăpânirea de fapt asupra masei de bunuri denumită *peculium* s-a extins de la fiii de familie la sclavi. Astfel, conceptul devine general folosit pentru deținerea și administrarea de lucruri permise oricărei persoane aflate sub puterea alteia, indiferent dacă este liberă (fiu de familie) sau sclav, însă numai cu acordul stăpânului¹⁹.

După cum am amintit, ca sediu principal al materiei avem Digestele lui Iustinian, care rezervă un întreg capitol problematicii peculii și un altul moștenirii lui²⁰.

¹⁷ Ulpian, D. 15.1.5.4.

¹⁸ Gaius 1.52. Gaius, D.50.17.133.

¹⁹ Anumiți autori numesc acest tip de peculiu – *peculia servorum*. A se vedea Antonio GUARINO, *Diritto privato romano*, ed. Jovene Napoli, 2001, p. 674.

²⁰ D.15.1, 33.8, 40.7.

Astfel, pornind de la explicația dată de către jurisconsultul Aelius Tubero, *peculium* era văzut ca „proprietatea” unui sclav separată de cea a stăpânului pe care o deținea însă cu permisiunea celui din urmă²¹. Tubero, citat de Celsus și Ulpian, emite cea mai simplă definiție a ceea ce reprezenta un *peculium*, dar adaugă faptul că acesta conține și ceea ce rămâne după ce sclavul își achită datoriile față de *dominus*²². Definiția clasică elaborată pentru *peculium* subliniază existența a două elemente: unul intențional – acordul stăpânului și unul material – delimitarea celor două mase de bunuri²³. Dintre acestea, cel dintâi a fost crucial în existența acestei instituții juridice, iar un comentariu al lui Pomponius ne relevă că acordul stăpânului în crearea *peculium* poate fi tacit sau expres, chiar fără încuviințarea sclavului²⁴, însă nu poate lipsi.

Așadar, masa de bunuri din *peculium* aparținea, din punct de vedere legal, stăpânului însă, *de facto*, se află în administrarea sclavului. În esență, un *peculium* era distinct de ceea ce stăpânul deținea în mod obișnuit și de aceea, de multe ori, îl întâlnim sub clasificarea de *res peculiares*²⁵. Alte denumiri sub care a rămas cunoscută această masă de bunuri mai sunt *pusillum patrimonium* și *velut patrimonium proprium*²⁶.

Unii autori sugerează faptul că, acordând sclavului respectiva masă de bunuri, *pater familias* îl încuraja pe acesta să își utilizeze la maximum calitățile antreprenoriale, administrative, comerciale și, în același timp, gradul de supraveghere pe care stăpânul îl manifesta asupra lui s-ar fi

²¹ Pomponius, D.15.1.4.2,6.

²² Ulpian, D.15.1.5.4.

²³ Ulpian, D.15.1.5.4.

²⁴ Pomponius, D. 15.1.49pr.

²⁵ Iulian, D.6.1.56. Paul, D.18.1.40.5.

²⁶ Ulpian, D. 15.1.5.3, D.15.1.39.

diminuat²⁷. Nu este greu de înțeles că întocmai existența acestui tip de relație între stăpân și serv îl făcea pe cel din urmă un cocontractant de încredere.

Odată ce în societatea romană s-a dezvoltat ideea de *peculium*, au apărut și consecințe pe plan legal și comercial. Cu referire la cel din urmă aspect, afacerile pe care sclavul le realiza puteau să se localizeze pe mare sau în regiuni în care nu locuiau stăpânii săi²⁸. Ca exemplu, Ulpian discută despre un cetățean din provincie care, pentru a-și vinde marfa, ținea un sclav la Roma. Același lucru se întâmplă și în zonele rurale, unde sclavii conduceau afaceri la o distanță considerabilă de reședința oficială a stăpânului²⁹.

Juridic vorbind, în baza puterii acordate prin crearea unui peculiu, un serv putea încheia raporturi juridice atât cu terți, dar și cu stăpânul lor. Grăitor este cazul descris de Cicero care îi transmite lui Quintus că sclavul lui, Nicephorus, l-a impresionat în mod favorabil: „l-am întrebat dacă i-ai dat anumite instrucțiuni despre construcția despre care mi-ai vorbit și acesta mi-a răspuns că a început munca pe cont propriu pentru suma de 16.000 sestertii, și că tu doar ulterior ai adăugat anumite îmbunătățiri”³⁰. Un alt sclav este

²⁷ Peter GARNSEY, *Independent freedmen and the economy of Roman Italy under the Principate*, Klio, *Beitrag zur alten Geschichte*, 1981, p. 362-363, Willem J. ZWALVE, *Callistus's case: some legal aspects of Roman business activities*, în *De Blois*, Lukas&Rich, John, Amsterdam, 2002, p.127 *apud* Morris SILVER, *At the base of Rome's Peculium Economy*, *Fundamina*, vol. 22, nr. 1, 2016, p. 67.

²⁸ Gaius, D.40.9.10.

²⁹ Ulpian, D.5.1.19.3. Christian LAES, *Child slaves at work in Roman Antiquity*, în *Ancient Society*, 2008, p.249.

³⁰ Cicero, *Letters to Quintus*, 3.2.5.

https://books.google.ro/books?id=3dxUAAAaAAJ&pg=PA68&lpg=PA68&dq=cicero+letter+s+to+quintus+nicephorus&source=bl&ots=i8rzghgzWU&sig=ACfU3U2Q4L_LBeXZuZy3lX9PI3_5aG5YrA&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwi-lcK5lpH2AhWPNwKHVFQCEIQ6AF6BAGPEAM#v=onepage&q=cicero%20letters%20to%20quintus%20nicephorus&f=false, accesat la data de 05.03.2022.

Callistus care a trăit la începutul sec. III d. Hr. și care a primit de la stăpânul său – sclav imperial la rândul lui –, Carpophorus, o sumă foarte mare de bani cu instrucțiunea să aducă profit din afacerile bancare ale celui din urmă³¹. De asemenea, sclavii din vila lui Cato își foloseau o parte din banii lor pentru a cumpăra sclavi mai tineri (care intrau, automat, în proprietatea stăpânului) cu scopul de a-i instrui, iar apoi să îi vândă la un preț mai mare³². În acest mod sclavii inițiau activități economice cu scopul de a acumula bogății și pentru ei înșiși.

O chestiune interesantă întâlnim la jurisconsultul Servius, referitor la o speță ce privește relația patrimonială dintre sclav și stăpân, cu trimitere la sclavii deținuți în *peculium*. Astfel, ceea ce sclavul obține prin propriii săi servi nu trebuie să fie dedus din *peculium*, deoarece peculiuul lor este parte din cel al sclavului principal³³. Mergând mai departe, Ulpian afirmă faptul că în masa de bunuri pot fi incluși alți sclavi cu propriul lor *peculium*, înțeles ca activ și pasiv patrimonial, iar în ceea ce privește estimarea valorii acestei mase de bunuri trebuie luat în considerare totul. Chiar dacă Labeo susține părerea contrară³⁴, poziția lui nu a fost acceptată de către jurisconșulți. Acești sclavi, numiți *vicarii*, făceau parte din peculiuul cuiva, șef asupra lor fiind un anumit *servus ordinarius*. Prin urmare, în atare situații exista la Roma o asimetrie

³¹ Hippolytus Romanus, *Refutation of all heresies*, 9.7.

<https://www.newadvent.org/fathers/050109.htm>, arhivă: <https://perma.cc/E9BM-LYPA>.

³² Plutarch, *Marcus Cato*, 21.7.

<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2008.01.0013%3Achapter%3D21%3Asection%3D7>, <https://perma.cc/C9HK-K44V>.

³³ Ulpian, D.15.1.17.

³⁴ Celsus, D. 15.1.6.

între propriii sclavi, care erau în mod clar subordonații unui alt serv, și cei ai unui egal sau superior, care aveau o parte din statutul de stăpân³⁵.

III. Componenta masei de bunuri

Întrebării despre modul în care se stabilește dacă un bun va face sau nu parte din *peculium*³⁶ răspundem, în primul rând, că acesta putea fi format din bani, sclavi, alte bunuri materiale și chiar din alte elemente, ca atunci când stăpânul plătea pentru sclavul respectiv costul deplasării acestuia la Roma sau, de exemplu, formarea vocațională ori educația lui³⁷. Este important de remarcat faptul că sclavul care deținea peculiu nu era inclus în acesta³⁸.

Un exemplu simplist, la o primă vedere, a ceea ce era inclus într-un *peculium* găsim la jurisconsultul Alfenus³⁹, anume terenuri și boi. La o analiză mai atentă însă, observăm că sclavului i se oferă posibilitatea să înstrăineze bunuri *mancipi*. Această practică va deveni o obișnuință la Roma deoarece nu există nicio îndoială că tranzacțiile lipsite de formalități erau realizate prin intermediul celor de sub putere⁴⁰. Vom observa cum, începând cu finalul Republicii, sclavii au devenit actori economici importanți și legislația, prin edictul pretorului, i-a introdus într-un sistem care inițial le era prohibit. Rămânând încă la conținutul unui peculiu, jurisconșulții clasici ne spun că

³⁵ Seneca, *Epistole*, 47.14.

https://www.stoics.com/seneca_epistles_book_1.html#%E2%80%98XLVIII1,

arhivă:

<https://perma.cc/AK2B-6BG3>.

³⁶ Alfenus, D.15.3.16.

³⁷ Morris Silver, op.cit., p.76.

³⁸ Ulpian, D.15.1.11.pr.

³⁹ Alfenus, D.15.3.16.

⁴⁰ Jean Christian DUMONT, *Servus. Rome et l'esclavage sous la République*, Roma, 1987, p. 369.

acesta putea îngloba bunuri mobile sau imobile, incluzând alți sclavi (*vicarii*) cu propriul lor *peculium*⁴¹, și chiar creanțe⁴². Cu excepția bunurilor necorporale, nu avem niciun motiv să credem că masa de bunuri ar fi fost mai restrânsă în perioadele anterioare, chiar dacă în sec. III d. Hr. Marcianus face referire la sclavi care au exclus din *peculium* tot ceea ce se așteptau să primească din partea stăpânului care îi întreține⁴³. Legat de acest aspect și deoarece toate referințele pe care Varro le-a făcut la *peculium* în *Res Rusticae* conduc înspre ideea că ceea ce sclavii obțineau în plus din administrarea lui era folosit pentru susținerea vieții lor de zi cu zi⁴⁴, unii autori au introdus ipoteza că servii aflați în zonele rurale nu erau hrăniți sau întreținuți corespunzător de către stăpânii lor, tocmai datorită acestor câștiguri⁴⁵.

Cu timpul, peculiuul va cuprinde nu numai ceea ce stăpânul i-a atribuit sclavului în mod direct, ci și economiile, achizițiile și darurile primite din exterior⁴⁶. Altfel spus, orice lucru care nu a fost dobândit prin rea-credință, împotriva voinței stăpânului sau a unei terțe persoane, putea face parte din masa de bunuri. Cu toate acestea, jurisconsultii au făcut o distincție, după cum darurile primite îi sunt necesare sclavului sau reprezintă doar o categorie de bunuri de care se poate dispensa. Astfel, un cadou oferit sclavului, constând în haine necesare lui, nu va crește masa de bunuri; în schimb, același dar care conține obiecte de îmbrăcăminte ce nu îi folosesc poate avea situația juridică

⁴¹ A se vedea n.n. 3.

⁴² Ulpian, D. 15.1.7.4.

⁴³ Marcian, D. 15.1.40.1.

⁴⁴ Varro, *Res rusticae*, 1.2.17.

https://penelope.uchicago.edu/Thayer/e/roman/texts/varro/de_re_rustica/1*.html, arhivă: <https://perma.cc/K7PE-37MN>.

⁴⁵ Ulriche ROTH, *Food, status and the peculium of Agricultural slaves*, *Journal of Roman Archeology*, nr. 18, 2005, p. 36.

⁴⁶ Florentinus, D.15.1.39.

inversă. Pe de altă parte, când un sclav deține un *peculium*, hainele pe care acesta le folosește pot face parte din el, însă nu și cele care au fost transmise pentru a le purta la ocazii speciale⁴⁷.

Din mai multe texte, observăm că dobândirea acestor lucruri trebuie să fie *ex peculium*, *ex peculiari re*, *peculiari causa* sau *peculii nomine*⁴⁸. Acești termeni au înțeles asemănător, iar în cele ce urmează vom analiza situații în care un bun îndeplinește condițiile pentru a face parte din *peculium*. Până atunci, că o regulă generală trebuie reținut faptul că voința stăpânului este cea care governa regimul juridic al bunurilor⁴⁹.

IV. Aspecte privind regimul juridic al peculiului

De la sfârșitul epocii republicane, asistăm la un proces care urmărește să recunoască sclavului o capacitate juridică limitată. Acest proces a fost determinat de mai mulți factori: de propagarea în societatea romană a ideilor umaniste ale filosofiei grecești, de necesitatea de a sancționa o realitate – în fapt, a fi sclav nu mai era sinonim cu a fi fără avere proprie, chiar dacă în teorie sclavul nu putea fi titular al unui patrimoniu propriu – și de cerințele unei vieți comerciale tot mai complexe. În vechiul drept roman, sclavul putea îmbunătăți situația stăpânului său, de pildă făcându-l creditor în urma unui act juridic de achiziție, în care a figurat împrumutând personalitatea stăpânului (*ex persona domini*); nu-l putea face însă debitor, pentru a nu-i înrăutăți situația patrimonială. Această concepție primitivă, compatibilă cu structura unei societăți care cunoștea un comerț redus și, în consecință, un număr limitat de acte juridice, rămâne în urma dezvoltării economice și

⁴⁷ Pomponius, D.15.1.25.

⁴⁸ În folosul *peculium*-ului.

⁴⁹ Paul, D.15.1.8.

sociale de la finele Republicii și începutul Imperiului. Stăpânii de sclavi aveau interesul să folosească în activitatea lor comercială tot mai intensă și mai extinsă munca sclavilor, care deseori se dovedeau pricepuți și înzestrați cu multă inițiativă. Dar actele juridice care se încheie în domeniul activității comerciale sunt acte sinalagmatiche, în care se obține un profit în schimbul unui sacrificiu: un preț pentru înstrăinarea lucrului (în materie de vânzare), chiria pentru vânzarea forței de muncă (în contractele de locațiune) etc. Cu alte cuvinte, părțile contractante din aceste operații juridice deveneau în egală măsură și creditori și debitori. Vechiul principiu al dreptului roman că sclavul nu poate face situația stăpânului mai rea⁵⁰, că, deci, nu poate să-l facă debitor, nu îngăduia folosirea sclavilor ca reprezentanți ai stăpânilor în încheierea unor astfel de acte juridice, deoarece stăpânii urmau să devină nu numai creditori, ci și debitori. Pretorul intervine însă și recunoaște, în anumite cazuri, în conformitate cu necesitățile vieții economice și sociale, capacitatea sclavului de a încheia acte juridice în interesul stăpânului său și de a-l face în consecință în egală măsură creditorul și debitorul acestor acte. În acest mod, stăpânii de sclavi au putut folosi munca acestora în cele mai diferite și fructuoase operații comerciale și au lărgit sfera exploatării muncii servile.

După cum am menționat, printre situațiile în care pretorul a recunoscut capacitatea sclavilor de a încheia acte juridice în numele stăpânilor a fost și administrarea de către cei dintâi a unui peculiu. Aceste bunuri, deși rămâneau în proprietatea stăpânului, alcătuiau totuși o masă patrimonială distinctă, pe care sclavul o administra, dar ale cărei venituri reveneau stăpânului. Uneori, sclavul înzestrat cu spirit comercial și ajutat de împrejurări favorabile, putea chiar să mărească acest patrimoniu și să tragă unele foloase personale. Ei puteau chiar să se răscumpere de la stăpâni. Actele, pe care le încheia sclavul reprezentând pe stăpân cu terțele persoane

⁵⁰ Gaius, D. 50.17.133.

și în legătură cu activitatea comercială legată de peculiu, dădeau ultimilor dreptul să urmărească pe stăpân – în principiu – în limita bunurilor cuprinse în peculiu deci despăgubirea era stabilită chiar în momentul intentării acțiunii. Acest statut semi-independent acordat sclavilor stimula activitățile acestuia și creștea randamentul în beneficiul stăpânului⁵¹.

Dacă până acum am discutat pe larg despre modul în care era privită poziția sclavului în raport cu masa de bunuri pe care o administra, vom enumera în cele ce urmează câteva cazuri în care unui sclav i se permitea să mătureze sau să diminueze cantitatea peculului, dar și modalitățile în care putea realiza acest fapt.

O primă și cea mai la îndemână situație este aceea a dobândirii lucrurilor prin intermediul unor tranzacții unilaterale sau bilaterale. Așadar, dacă bunul în sine este obținut cu scopul de a fi un *res peculii* sau câștigat prin muncă cinstită de către sclav, nu avem nicio îndoială de faptul că peculiu este mărit cu valoarea respectivă. În relația juridică existentă între sclav și masă de bunuri pe care o administrează, sclavului îi este permis să achiziționeze, în numele stăpânului, chiar dacă acesta din urmă nu are cunoștință despre tranzacția pe care o va realiza sclavul⁵²; proprietatea astfel obținută dă naștere în patrimoniul stăpânului aceluiași drepturi ca și cum va fi dobândit el însuși: de exemplu, stăpânul deține acțiunea *Publiciana*⁵³ sau nu va putea uzucapa, în situația în care sclavul a achiziționat ceva cu rea-credință⁵⁴. Adiacent problematicei discutate, Ulpian susține faptul că orice debitor al unui *peculium* poate să plătească sclavului⁵⁵ și că depozitul făcut de către un sclav

⁵¹ Mircea Dan BOB, *Manual elementar de drept privat roman*, ediția a II-a revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, 2019, p. 89-90.

⁵² Paul, D.41.2.1.5.

⁵³ Ulpian, D.6.2.7.10.

⁵⁴ Paul, D.41.4.2.10.

⁵⁵ Ulpian, D.12.6.26.8.

va fi returnat acestuia⁵⁶. Astfel, regula generală pe care o extragem este aceea că dacă un terț se îndatorează printr-un contract față de sclav, plata poate fi făcută celui din urmă. Cunoaștem, de asemenea, faptul că dacă un debitor al peculiului îi achită sclavului în mod fraudulos o datorie, cel din urmă nu va fi eliberat de obligația sa.

O fațetă deloc dorită a dobândirii de bunuri o reprezintă furtul. Din acest motiv, dacă un sclav sustrage un bun de la stăpânul său și îl păstrează în *peculium*, jurisconsultii consideră că acesta nu face parte din masa de bunuri deoarece este un lucru furat, despre care stăpânul nu are cunoștință⁵⁷. În situația în care un *res peculiaris* se dovedea a fi fost însușit cu rea-credință de la un terț, nu făcea parte din masa de bunuri. Tot astfel, dacă un sclav ar fi administrat un *peculium* cu intenție frauduloasă (pentru a-l păgubi pe stăpân), bunurile utilizate în acest scop nu erau încadrate ca furate până în momentul în care intrau în proprietatea unei terțe persoane⁵⁸.

Un alt caz de creștere a valorii masei de bunuri poate fi acela al gratificării sclavului. Jurisconsultii romani, lovindu-se de astfel de spețe, s-au întrebat în ce circumstanțe o donație sau o moștenire oferită servului de către un terț poate intra în peculiuul său. Fiindcă soluțiile oferite nu au adus o clarificare în atare situații, nu știm cu certitudine dacă astfel de bunuri puteau fi componente ale unui peculiu⁵⁹. Regula care aduce armonie în rezolvarea acestei probleme este aceea că un *peculium* nu este compus doar din lucrurile pe care le-a stabilit inițial stăpânul sclavului, ci și din acelea despre care dacă ar fi știut, ar fi consimțit⁶⁰. Bănuim, totuși, că niciun cetățean roman nu ar

⁵⁶ Alfenus, D.46.3.35.

⁵⁷ Paul, D.41.3.4.9.

⁵⁸ Iulian, D.47.2.58.3.

⁵⁹ Ulpian, D.15.1.7.

⁶⁰ Pomponius, D.15.1.49.

renunța la a fi beneficiarul unui act cu titlu gratuit și precizăm că Instituțiile lui Iustinian tranșează problematica astfel: „...dacă însă a fost instituit moștenitor (sclavul), nu poate dobândi moștenirea decât din împuternicirea voastră (a stăpânului) și, dacă procedează din împuternicirea voastră, dobândește moștenirea pentru voi⁶¹.”

Dacă dobândirea de bunuri de către sclav cu scopul de a crește valoarea unui *peculium* a fost ușor acceptată în societatea romană, nu același tratament l-au cunoscut operațiunile care presupuneau o diminuare a lui. Inițial, simpla deținere a acestei mase de bunuri nu oferea sclavului și puterea de a le înstrăina: acordul stăpânului este necesar în toate situațiile⁶², inclusiv după ce servilor li s-a permis reprezentarea celui dintâi în acte sinalagmatice. Ulterior, jurisconsultii clasici au căzut de acord asupra faptului că voința unui *dominus* se poate exprima și prin oferirea către sclav a deplinei puteri de administrare (*administratio*), caz în care nu mai este necesară autorizarea stăpânului ori de câte ori se realiza o tranzacție care implica bunuri din peculiu⁶³. Cu excepția acestei situații, orice înstrăinare ar fi dorit să realizeze, sclavul avea nevoie de autorizarea certă a stăpânului, inclusiv când dorea să manumită un alt sclav aflat în peculiu⁶⁴; în caz contrar actul nu era valid. Prin urmare, operațiunile realizate din propria inițiativă a sclavului nu oferea *iusta possessio* cocontractantului care cunoștea starea de fapt⁶⁵ și, mai mult, o astfel de persoană putea fi învinuită pentru furt. O altă consecință a înstrăinării făcute fără autorizarea stăpânului era aceea că proprietatea, chiar și banii, puteau fi revendicați⁶⁶.

⁶¹ Inst. 2.9.3.

⁶² Ulpian, D.6.1.41.1.

⁶³ Paul, D.15.1.46.

⁶⁴ Paul, D.12.6.13.pr. Codex 7.11.2.

⁶⁵ Codex 4.26.10.a.

⁶⁶ Ulpian, D.12.1.11.2.

Pentru situația plății unei datorii a stăpânului de către un sclav care deține *libera administratio peculii*⁶⁷, textele pe care le întâlnim ne oferă răspunsuri divergente în domeniul procedural. În Digeste este prezentat cazul unui sclav care a achitat *ex peculio* un debit care nu putea implica masa de bunuri pe care o administra, iar întrebarea care apare este dacă plata poate fi considerată sau nu valabilă. Din soluțiile jurisconsulților tragem concluzia că nu: Papinian, a cărui ipoteză ne arată că sclavul deținea autoritate de a înstrăina bunuri, oferă stăpânului acțiunea în revendicare pentru recuperarea banilor⁶⁸, însă Iulian este de părere că poate fi folosită aici doar o *condictio*⁶⁹; astfel, ambii sunt de acord că plata nu a fost validă. Mai mult, Iulian nu discută despre o împuternicire a sclavului și nici despre faptul că deținerea lui *administratio* i-ar oferi acestuia puteri nelimitate.

Ce se întâmplă în cazul unei remiteri de datorie a unui debitor de-al stăpânului? Avea, un sclav, dreptul să realizeze acest mecanism, mai ales că efectul este eliberarea datornicului de datoria sa și, prin urmare, imposibilitatea stăpânului de a-l mai acționa în instanță? Răspunsul jurisconsulților a fost cel afirmativ, cu condiția ca în atare situații este neapărat cerut *administratio*. Este adevărat că Gaius menționează soluția într-o foarte scurtă frază⁷⁰, însă reprezintă, de departe, singura cerință necesară pentru ca o astfel de operațiune să poată avea loc. În același timp, subliniem că principiul se aplică doar sclavilor de bună-credință, nu și celor

⁶⁷ Pentru mai multe detalii asupra acestui concept a se vedea Andrea Mazzoleni, *Brevi note in tema de administratio peculii: un concetto classico o un'introduzione giustiniana?*, în Forum Historiae Iuris, 2021, DOI: <https://doi.org/10.26032/fhi-2021-001>.

⁶⁸ Papinian, D.46.3.94.3.

⁶⁹ Iulian, D.46.1.19.

⁷⁰ Gaius, D.12.2.21.

care ar fi știut că stăpânul nu își dorește realizarea unei astfel de descărcări de datorie⁷¹.

Dacă pentru operațiunile anterioare s-a solicitat existența lui *administratio* în persoana sclavului, în Roma Antică acesta nu poate, din propria lui inițiativă, să transforme o obligație veche în una nouă, lăsând-o pe cea dintâi fără efect⁷². Cu toate acestea, dacă debitorul peculii devine debitorul unui terț care, la rândul lui este creditor al aceiași mase de bunuri, efectul este fără îndoială *novatio*⁷³ și acceptat unitar de către jurisconșulți.

Adăugăm în acest punct și faptul că un sclav furat, un fugar sau unul despre care nu este sigur că se află sau nu în viață nu poate deține *administratio* despre care am vorbit mai sus⁷⁴. Prin urmare, orice plată făcută cu bună știință unui sclav care se încadrează în categoriile enumerate va fi una invalidă.

Sanționat juridic încă din timpul Republicii, în perioada Imperiului s-a produs o anumită schimbare în regimul juridic al peculii: sclavilor le este permis să realizeze raporturi comerciale în folosul propriu, utilizând bunurile care le-au fost încredințate de *dominus*. Astfel, sclavul apare pe scena comercială a Romei Antice distinct de stăpânul lui. Sunt evidențiate în acest sens exemplele de sclavi care dețin sclavi în comun cu stăpânul⁷⁵,

⁷¹ Ulpian, D.16.3.11.

⁷² Florentin, D.46.2.16.

⁷³ Paul, D.15.1.48.1.

⁷⁴ Paul, D.15.1.48.pr.

⁷⁵ Labeo, D.33.8.22.1. Samuel PAHUD, *Le statut de l'esclave et sa capacité à agir dans le domaine contractuel. Etude de droit romain de l'époque classique*, University of Lausanne, 2013, p. 266.

administrează o pădure sau cultivă un teren, *non fide dominica, sed mercede ut extranei coloni solent*⁷⁶.

O altă modificare importantă a intervenit sub aspect procedural. Ca regulă generală cunoaștem că dacă un sclav încheie un contract, dreptul la acțiune izvorât din acest acord de voințe aparține stăpânului. Dacă inițial acest drept la acțiune nu a fost privit ca parte a unui *peculium*, cu timpul el a devenit *in re peculiari*, fiind acceptat ca și componentă a masei de bunuri. Cu toate acestea, niciodată nu s-a renunțat la ideea că titularul acțiunii va fi stăpânul sclavului⁷⁷.

Rămânând în sfera obligațiilor, peculiu implică anumite îndatoriri între sclav și stăpân sau ale stăpânului față de sclav, care au început să fie recunoscute ca factori importanți ce făceau parte *peculium*⁷⁸. Exemple am amintit pe parcursul materialului de față și se concretizau în hrana, îmbrăcămintea, respectiv garantarea unor condiții decente de trai oferite sclavilor, în timp ce aceștia din urmă trebuiau să dea dovadă de bună-credință în administrarea patrimoniului oferit de către *dominus*. După cum putem intui, existența unui *peculium* depindea de grija, loialitatea și competența sclavului căruia îi fusese încredințat. Peste toate acestea, situația era destul de riscantă atât pentru stăpân, dar și pentru sclav, cât timp administrarea respectivei masei de bunuri deschidea posibilitatea apariției unor obligații contractuale. Chiar dacă, cu siguranță au existat numeroși servi care și-au trădat stăpânii prin modul în care au ales să conducă afacerile încredințate,

⁷⁶ Scevola, D.33.7.20.1: nu datorită încrederii acordate de către stăpân, ci veniturilor dobândite de la coloni.

⁷⁷ A se vedea și n.n. 86.

⁷⁸ D.15.1 prezintă multe cazuri de acest fel.

Plutarch ne descrie cazul unui sclav de înaltă ținută morală și cu un deosebit spirit economic⁷⁹.

Dorința sclavului de a-și răscumpăra libertatea valora pentru stăpânul său protecție împotriva nesupunerii sau a neseriozității în ceea ce privește administrarea acestui peculiu, chiar dacă nu ne îndoim că supusul putea uneori să îl înșele în actele pe care le realiza. Exemple de servi care s-au răscumpărat de la *dominus* sunt nenumărate, însă aici voi aminti doar trei. În primul dintre ele Ulpian amintește despre dansatorul Paris care a recâștigat în fața judecătorului, de la Domitia, prețul pe care acesta îl plătitise pentru dezrobirea lui⁸⁰. De asemenea este amintit și cazul unui sclav care a împrumutat banii de la un terț și i-a oferit stăpânului său în schimb pentru libertate⁸¹. O ultimă situație, mai inedită având în vedere protagonistul ei, este cea a unei femei sclav care putea să folosească această masă de bunuri ca zestre sau să își cumpere un mormânt: pe piatra funerară a Valeriei Lycisca scrie că la vârsta de 12 ani a venit la Roma, fapt care i-au atribuit drepturile unui cetățean și posibilitatea de a cumpăra un loc pentru când va deveni o pungă de cenușă⁸².

⁷⁹ Plutarch, *Marcus Cato*, 21.5-8.

<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Plut.+Cat.+Ma.+21.5&fromdoc=Perseus%3Atext%3A2008.01.0013>, arhivă: <https://perma.cc/AFF4-2F37>.

⁸⁰ Ulpian D. 12.4.3.5.

⁸¹ Papinian, D. 15.1.50.3.

⁸² C.I.L. 6.28228. Michele Bellomo, Silvia Gazzoli, *Monsignor Luigi Biraghi e il falsi di Cernusco*, în *La fasificazione epigrafica. Questioni di metodo e casi di studio*, Ed. Ca'Foscari, 2019, p.25, DOIError! Hyperlink reference not valid..

V. Încetarea peculiiului

Papirius Fronto, jurisconsult al sec. al II-lea d.Hr., exprimă într-o manieră mai poetică faptul că peculiiul poate fi comparat cu o ființă vie, a cărei naștere era necesar să fie urmată de creștere, expansiune, declin și apoi dispariție⁸³. Așadar, înspre finalul articolului nostru, ne mai rămâne să discutăm despre modul în care un *peculium* încetează să mai existe. De la crearea lui, atât intenția stăpânului de a separa cele două patrimonii, cât și controlul *de facto* al sclavului sunt necesare. Fără vreunul dintre aceste elemente, nu putem vorbi despre *peculium*, însă cea mai mare greutate în existența lui o are voința lui *pater familias*.

Astfel, dacă stăpânul retrage din masa de bunuri un lucru pentru el însuși sau își exprimă dorința că acesta nu trebuie să facă parte din categoria *in peculio*, lucrul respectiv va pierde acest caracter⁸⁴. Regula se aplică și întregii mase de bunuri, privită ca universalitate. De asemenea trebuie reținut faptul că este suficientă exprimarea dorinței stăpânului în acest sens fără ca bunurile să fie scoase din custodia sclavului, prin așa numitul *ademptio*⁸⁵.

Dacă un bun piere, fără îndoială acesta nu va mai exista în peculiiu. În situația în care distrugerea lucrului dă naștere unui drept la acțiune, acest drept îi va lua locul în masa de bunuri, iar dacă sclavul deceda în timpul procesului, acțiunea trebuia să continue cu scopul de a determina cui îi aparține bunul care a făcut parte din peculiiu⁸⁶.

⁸³ Marcian, D.15.1.40pr.

⁸⁴ Ulpian, D.15.1.7.6.

⁸⁵ Marcian, D.15.1.40pr: *ademptio* este un act unilateral care provine de la *dominus* prin care acesta înțelege să dizolve existența peculiiului.

⁸⁶ Codex 7.66.5. Speța prezentată în Codex prezintă un aspect inedit, anume acela că sclavul decedat care deținea în administrare *peculium-ul* era de sex feminin, situații mai rar întâlnite la Roma.

Pe lângă cele expuse, atât decesul servului, cât și înstrăinarea acestuia de către stăpân duc la dispariția peculiului⁸⁷. Totodată, dezrobirea sclavului era un mijloc prin care acesta nu va mai administra masa de bunuri⁸⁸ și, astfel, peculiuul își înceta existența.

VI. Concluzii

O realitate în care sclavul era văzut numai ca un simplu *res* nu ar putea decât să se opună condiției sclavului, așa cum este definit de *ius civile, aut gentium*. Statutul lui, după dreptul civil, apare ca incompatibil (*contra naturam*) cu dreptul natural care îl clasifică asemeni oricărei ființă umane. Chiar dacă această realitate i-a permis să stabilească așa-zise obligații naturale cu stăpânul său sau cu diferiți terți când încheia acte în nume propriu⁸⁹, instituția peculiului este cea care conferă sclavului o mai mare autonomie personală, deoarece, în schimbul constituirii „cvasipatrimoniului” său, sclavul devine un adevărat actor autonom de scena economico-juridică a dreptului roman, în sens larg.

Remarcăm, totuși, faptul că existența peculiului nu modifică substanțial statutul juridic al sclavului: acesta creează doar anumite posibilități avantajoase pentru serv care, de cele mai multe ori, pot fi puse în practică doar prin concursul stăpânului. Dacă sub aspect personal constatăm îmbunătățiri esențiale în modul în care este tratat un sclav, din punct de

⁸⁷ Pentru cazuri în care sclavul a fost vândut împreună cu *peculium-ul* pe care îl administra, a se vedea Gaius, D. 21.1.18.2.

⁸⁸ Ulpian, D. 23.3.39pr. pentru situații în care cel manumis primește și *peculium-ul* odată cu eliberarea.

⁸⁹ Ulpian, D. 50.17.32.

vedere patrimonial tot ceea ce realizează o face prin intermediul lui *pater familias*.

Totodată, pe parcursul articolului am observat cum, la momentul apariției în societatea romană, peculiuului nu i s-a acordat o atât de mare importanță juridică și nu era compus decât din anumite bunuri, fără a exista posibilitatea că acesta să facă obiectul unei tranzacții autorizate. Totuși, începând cu finalul Republicii, a căpătat foarte mare valoare comercială, economică, juridică, incluzând alți sclavi, bunuri mobile, imobile, moșteniri, activ, pasiv etc⁹⁰. În acest mod, respectiva masă de bunuri ajungea câteodată la o foarte mare valoare.

In fine, chiar dacă nu este întru totul posibil să cântărim pe de-a întregul fenomenul instituției denumită *peculium*, investițiile financiare ale stăpânilor de sclavi în această masă de bunuri au avut un impact puternic în ceea ce privește producția agricolă și creșterea economiei romane. O primă cauză a creșterii economice, în general, o reprezintă acumularea de capital, dar oamenii – în speță sclavii – diferă în abilitățile și motivarea lor de a acumula bunuri prin modalitățile de investiție avute la îndemână. Prin articolul de față am încercat să prezint modul în care Roma Antică a inovat această posibilitate a creșterii patrimoniului prin mijloace juridice, acordându-le și sclavilor capacitate juridică limitată. Prin urmare, peculiuul a fost un concept juridic sancționat la Roma ca atare, iar unele păreri contrare ale jurisconsultilor cu privire la această problemă nu fac decât să reflecte complexitatea instituției.

⁹⁰ Ulpian, D.15.1.7.1-5.

VII. Bibliografie

Izvoare

Codul lui Iustinian (Codex).

Codul Theodosian (C.Th.).

Corpus Inscriptionum Latinarum (C.I.L.).

Digeste (D.).

Gaius, Instituțiunile, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1982,
trad. Aurel N. Popescu. (Gaius)

Instituțiile lui Iustinian, traducere și note Vladimir Hanga, Mircea Dan Bob, ediția a
2-a, Universul juridic, București, 2009. (Inst.)

Autori latini

Cicero, *Letters to Quintus*.

Hippolytus Romanus, *Refutation of all heresies*.

Plinius, *Natural History*.

Plutarch, *Marcus Cato*.

Seneca, *Letters to Lucilius*.

Suetonius, *Life of Otho*.

Varro, *Res rusticae*.

Literatură de specialitate

AMUNATEGUI PERELLO, C., *Problems concerning familia in Early Rome*, în *Roman legal tradition*, nr. 4, 2008.

AUBERT, J.J., *Productive investments in agriculture: instrumentum fundi and peculium in the later Roman Republic*, în *Agricoltura e scambi nell'Italia tardo-repubblicana*, Ed. Jesper Carlsen&Elio Cascio, 2009.

BELLOMO M., GAZZOLI S., *Monsignor Luigi Biraghi e il falsi di Cernusco*, în *La fasificazione epigrafica. Questioni di metodo e casi di studio*, Ed.

Ca'Foscari, 2019, DOI: <http://doi.org/10.30687/978-88-6969-386-1/001>.

BOB, M.D., *Manual elementar de drept privat roman*, ed. a II-a revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, 2019.

BUCKLAND, W.W., *The Roman Law of Slavery*, Ed. University Press, Cambridge, 1908.

DECLAREUIL, J., *Rome et l'organisation du droit*, Ed. La Renaissance du livre, Paris, 1924.

DUMONT, J.C., *Servus. Rome et l'esclavage sous la Republique*, Rome, 1987.

GUARINO, A., *Diritto privato romano*, Ed. Jovene Napoli, Napoli, 2001.

LAES, C., *Child slaves at work in Roman Antiquity*, în *Ancient Society*, 2008.

MAZZOLENI, A., *Brevi note in tema de administratio peculii: un concetto clasico o un introduzione giustiniana?*, în *Forum Historiae Iuris*, 202.

PAHUD, S., *Le statut de l'esclave et sa capacité à agir dans le domaine contractuel. Etude de droit romain de l'époque classique*, Ed. University of Lausanne, 2013.

ROTH, U., *Food, status and the peculium of Agricultural slaves*, *Journal of Roman Archelogy*, nr. 18, 2005.

SILVER, M., *At the base of Rome's Peculium Economy*, *Fundamina*, vol. 22, nr. 1, 2016.

WEAVER, P., *Vicarius and Vicarianus in the Familia Caesaris*, în *Journal of Roman Studies*, 54(1-2), 1964.

STUDII

EFICIENȚA ÎN INSOLVENȚĂ. ANALIZA
ECONOMICĂ A PROTECȚIEI LEGALE
OFERITE CREDITORILOR ÎN PROCEDURA
INSOLVENȚEI

DOI: 10.24193/SUBBIur.67(2022).2.3
Data publicării online: 30.11.2022

Ioan ȘUMANDEA-SIMIONESCU*

Abstract: Eficiența a fost și este amintită drept un principiu fundamental al procedurii insolvenței românești, în special în materia protecției creditorilor, fiind expres consemnat în această calitate ca urmare a reformei legii insolvenței din 2014. Totuși, definirea eficienței nu a fost analizată în doctrina română în acest context. Prezentul studiu urmărește să utilizeze o analiză economică (de tip *Law and Economics*) pentru a prezenta valențele eficienței așa cum pot fi identificate în legislația română, realizând un studiu al avantajelor și dezavantajelor utilizării acestor tipologii în cadrul procedurii insolvenței. Vom lua în considerare diferitele dificultăți ce pot interveni din cauza asimetriei informației precum și externalităților negative. În final, vom concluziona prin prezentarea tipologiei de eficiența pe care autorul o consideră adecvată sistemului de protecție a creditorilor în cazul procedurii insolvenței din România.

* Membru în Center for Business Law & Information Technology (UBB) și Cercetător Asociat în European Banking Institute (EBI), <https://orcid.org/0000-0002-3304-0573>, e-mail: ioan.sumandea@law.ubbcluj.ro.

Cuvinte cheie: eficiență, insolvență, creditor, analiză economică

EFFICIENCY IN INSOLVENCY. THE
ECONOMIC ANALYSIS OF THE LEGAL
FRAMEWORK FOR CREDITOR PROTECTION
IN INSOLVENCY PROCEEDINGS

Abstract: Efficiency has been and is a fundamental principle of the Romanian insolvency procedure, especially in regard to creditor protection, and is expressly written as such in law following the insolvency law reform of 2014. However, the definition of efficiency has not been analysed in Romania, within this legal framework. This study aims to use an economic analysis (*Law and Economics*) to present the types of efficiency that can be identified in Romanian legislation, conducting a study of the advantages and disadvantages of using these typologies in insolvency proceedings. We will consider the conceptual difficulties that may occur due to informational asymmetry and negative externalities. Finally, we will conclude by presenting the type of efficiency that the author considers adequate in a creditor protection framework considering the insolvency procedure legislation in Romania.

Keywords: efficiency, insolvency, creditor, economic analysis

Cuprins

I.	Introducere în teoriile eficienței în dreptul insolvenței. Premise	72
A.	Teoria contractualistă și principiul maximizării valorii	73
B.	Comunitarismul și principiul eficienței costurilor de tranzacție.....	81
C.	Teoria valorilor multiple, principiul costurilor de tranzacție și eficiența Kaldor-Hicks	87
II.	Concluzii finale și considerații privind utilizarea eficienței în cadrul procedurii insolvenței românești.....	95

I. Introducere în teoriile eficienței în dreptul insolvenței. Premise

Conceptul de eficiență în contextul procedurilor de insolvență este în continuare un subiect al dezbatelor. Eficiența a fost analizată în doctrină anterior momentului deschiderii procedurii insolvenței (eficiență *ex ante*) în timpul procedurilor de insolvență (eficiență *interim*), cât și ulterior finalizării procedurii insolvenței (eficiență *ex post*). Însă conținutul și ramificațiile eficienței, concept esențial al analizei, nu au fost însă tratate într-un cadru sistematic¹.

Principala controversă privind eficiența se raportează la natura ambiguă a acestui concept. Putem considera eficiența un obiectiv al procedurii sau un mijloc de obținere a obiectivelor trasate pentru o procedură. Din prismă economică, se invocă atât conceptul de eficiență statică (eficiența ca scop) – unde obiectivul principal al insolvenței rămâne gestiune eficiență a activelor existente a debitorului; cât și de conceptul de eficiență dinamică (eficiența ca mijloc) – unde obiectivul principal al procedurii este maximizarea averii debitorului cu scopului oferirii unui randament de recuperare mai bun creditorilor².

Privită pragmatic, eficiența din prisma protecției creditorilor ne permite să alocăm un număr de resurse limitate (masa patrimonială a

¹ J. FRANKS: A comparison of financial reconstructing in distressed exchanges and Chapter 11 reorganizations, *Journal of Financial Economics*, nr. 35/1994, pp. 351-365.

² J. FRANKS: The direct and compliance costs of financial regulation, *Journal of Banking and Finance*, 1998, pp. 1551-1570.

debitorului) în mod echitabil către participanții la procedura insolvenței, cu scopul obținerii unui rezultat optim de către cei din urmă³.

Având în vedere acest obiectiv trasat pentru analiza noastră, studiul va trata principalele teorii ale eficienței procedurii insolvenței, raportându-ne la specificul legislației din România.

Astfel cum vom observa pe parcursul acestei analize, nici una din teoriile prezentate nu poate fi acceptată fără rezerve, motiv pentru care vom trata atât aspectele pozitive cât și cele negative referitoare la aplicabilitatea acestora în practica din România.

În continuare, vom realiza o analiză economică (de tip *Law and Economics*) pentru a prezenta valențele eficienței așa cum pot fi identificate în legislația română, realizând un studiu al avantajelor și dezavantajelor utilizării acestor tipologii în cadrul procedurii insolvenței. Vom lua în considerare diferitele dificultăți ce pot interveni din cauza asimetriei informației precum și externalităților negative. În final, vom concluziona prin prezentarea tipologiei de eficiența pe care autorul o consideră adecvată sistemului de protecție a creditorilor în cazul procedurii insolvenței din România.

A. Teoria contractualistă și principiul maximizării valorii

O primă paradigmă a eficienței privește procedura insolvenței dintr-o prismă contractuală, cu un accent predominant acordat dinamicii contractuale existente între debitor și creditorii săi, ca rezultat al fundamentului contractual. Această teoriei contractualistă (*contractarian perspective*) este favorizată predominant de doctrinele specifice *Law and*

³ J. FRANKS: Financial Distress and Bank Restructuring of Small to Medium Size UK Companies, *Review of Finance*, nr. 9/2005, pp. 65-94.

Economics, fundamentându-se pe modelul de tip *Creditor Bargaining Model* (denumit în continuare *CBM*)⁴.

Conform acestei teorii, procedura insolvenței se rezumă la o procedură colectivă de executare silită și de recuperare creanțe, justificată de existența unor creditori multipli. Această procedură este justificată în contextul și în măsură în care creditorii pot lucra împreună să își maximizeze șansele de recuperare a datoriilor aferente.

Pornind de la explicațiile de mai sus, *CBM* încurajează plasarea creditorilor în poziția contractuală *ex ante* în care s-ar fi aflat dacă ar fi avut suficientă informație și poziție privilegiată de negociere. În esență prin coordonare creditorilor, aceștia ajung colectiv să fie, ca urmare a deschiderii procedurii, proprietarii activelor din patrimoniul debitorului (desigur în limitele stabilite de legislația insolvenței)⁵.

În temeiul acestui fundament, se determină și mecanismele specifice procedurilor de insolvență construite pe această tipologie de eficiență, anume o suspendare de drept a procedurilor individuale de executare silită, reguli de coordonare și supraveghere colectivă, precum și acțiuni colective întreprinse pentru maximizarea colectivă a șanselor de recuperare. Acolo unde există derogări de la aceste reguli (ex. menținerea anumitor acte inițiate direct de către un anumit creditor), o astfel de acțiune poate să fie justificată doar dacă este în favoarea binelui colectiv al creditorilor⁶. Același fundament se aplică și în cazul operațiunilor de reorganizare, în sensul în care această procedură este

⁴ O. Couwenberg: Costs and recovery rates in Dutch liquidation-based bankruptcy system, *European Journal Law and Econ.*, nr. 26/2008, pp. 110-121.

⁵ *Idem*.

⁶ M. Dawkins: Systemic Share Price Fluctuations after Bankruptcy Filings and the Investors who Drive them, *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 2, nr. 2/2007, pp. 403-415.

justificată doar în măsura în care oferă un rezultat mai favorabil pentru creditori decât deschiderea unei proceduri de lichidare/faliment. În astfel de paradigme, de cele mai multe ori, procedurile de reorganizare sunt descurajate din moment ce presupun costuri și pierderi care nu sunt justificabile din prisma creditorilor.

Din această perspectivă, obiectivul principal urmărit de către eficiența specifică teoriei contractualiste și modelului CBM este de maximizare a averii debitorului, minimizând în mod corelativ costurile aferente procedurii de insolvență. Din acest motiv se consideră că această teorie este fundamentată pe principiul maximizării averii debitorului.

Astfel, o procedură a insolvenței este eficientă în situația în care nici o noua realocare/acțiune nu ar putea să asigure un nivel mai ridicat al averii debitorului. Intervenția statului prin modificări legislative este justificată doar în măsura în care va oferi un plus de valoare pentru creditorii afectați și doar în cazul în care acest demers nu poate să fie atins prin negocierile contractuale sau consensul creditorilor. În ceea ce privește această ultima condiție, intervenția statului este justificată în mod redus, acolo unde costurile generate de modificare prin consensul creditorilor ar fi prea mari și nejustificate din prisma eficienței, statul intervenind pentru a prelua și suporta acest cost, asigurând o internalizare a externalității negative⁷.

În contextul mai amplu al procedurii insolvenței, principiul maximizării averii debitorului își are utilitatea în măsura și în situația în care este utilizat pentru protejarea creditorilor afectați de starea de insolvență a partenerului contractual. Astfel procedura devine eficientă în situația în care alocarea de resurse spre un anumit tip de procedură (reorganizare, faliment,

⁷ A. Bris: The costs of bankruptcy: Chapter 7 Liquidation versus Chapter 11 Reorganization, *The Journal of Finance*, Vol. LXI, nr. 3/2006, pp. 1255-1301.

procedură extra-judiciară colectivă) este mai favorabilă creditorilor decât o alta procedură similară, în același interval de timp/durată a procedurii⁸.

Acest fundament își găsește o poziție centrală în standardele trasate de UNCITRAL (*Legislative Guide on Insolvency Law*) care stipulează că principalul obiectiv (al procedurii), anume maximizarea activelor și a valorii debitorului, este strâns legat de obținerea unui echilibru între reorganizare și lichidare (faliment). Similar, Legea nr. 85 din 2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență stipulează, prin art. 4 alin. (1), că prevederile prezentei legi se bazează pe anumite principii, printre care maximizarea gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor.

Deși la o primă privire, aplicarea acestui principiu pare să fie una facilă, în practică întâmpinăm probleme reale care ridică semne de întrebare raportat la utilitatea acestui mecanism. Prima remarcă pe care putem să o facem este legată de valorile pe care le comparăm pentru a lua o decizie eficientă. Principiul maximizării valorii în cazul falimentului se rezumă la recuperarea creanțelor în mod optim și apoi distribuirea activelor obținute către creditorii aferenței. Beneficiarii direcți sunt creditorii astfel încât valoarea vizată de către aceștia este în mod evident gradul de recuperare. Analiza devine mai dificilă când ajungem să ne raportăm la procedurile de reorganizare și procedurile de prevenire a insolvenței (extrajudiciare). În acest caz, beneficiarii acestor proceduri sunt atât creditorii cât și debitorul și alte categorii de persoane interesate (*stakeholder*) aferenți procedurii, astfel încât eficiența procedurii se va raporta la maximizarea valorii în raport cu interesele tuturor acestor participanți⁹.

⁸ L. LoPUCKI: A team production theory of bankruptcy reorganization, *Vand. L. Rev.*, nr. 57/2004, pp. 749-765.

⁹ O. Vychodil: What drives the optimal bankruptcy law design?, *Working paper UK FSV-IES*, nr. 62/2004, pp. 4-12.

Mai mult decât atât, astfel de comparații sunt realizate *ex ante*, înainte de a dispune de informații suficiente pentru a putea determina dacă o anumită procedură va oferi un nivel mai ridicat de succes raportat la obiectivele de maximizare. Soluția propusă este să se aloce o perioadă de timp suficientă în care să fie aplicată procedura de reorganizare pentru a se putea colecta informații aferente pentru a determina randamentul potențial¹⁰. Se prezintă însă un paradox, dacă admitem că trebuie să inițiem procedura reorganizării (etapă care oferă cel mai mic nivel de informație *ex ante*), suntem obligați să suportăm și costurile acestei proceduri care poate în final să ne ofere un nivel redus de eficiență.

Putem concretiza aceste critici prin analiza acestei proceduri la nivelul legislației din România în două situații în care acest principiu al maximizării valorii este propus cu precădere: testul creditorului privat precum și principiile de echitate utilizate la momentul deciziei privind reorganizarea debitorului.

Testul creditorului privat, în conformitate de art. 5 alin. (1) pct. 71 din Legea nr. 85/2014, reprezintă analiza comparativă a gradului de îndestulare a creanței bugetare¹¹ prin raportare la un creditor privat diligent, în cadrul unei proceduri de prevenire a insolvenței sau reorganizare, comparativ cu o procedură de faliment. Analiza are la bază un raport de evaluare¹² întocmit de către un evaluator autorizat membru ANEVAR, desemnat de creditorul

¹⁰ T. RICHTER: Allocating decision-making powers among creditor classes: the Ups and Downs of Battling Claims Heterogeneity in Czech Corporate Insolvency Law, *European Business Organization Law Review*, nr. 14/2013, pp. 595-609.

¹¹ D. UNGUREANU: Noțiunea de ajutor de stat în jurisprudența națională și europeană, *Revista Română de Jurisprudență*, nr. 3 din 2012.

¹² M. IOVU: Așteptările mediului de afaceri de la Codul Insolvenței, *Revista Română de Dreptul Afacerilor*, nr. 9 din 2014.

bugetar și se raportează inclusiv la durata unei proceduri de faliment comparativ cu programul de plăți propus.¹³ Nu constituie ajutor de stat situația în care testul creditorului privat atestă faptul că distribuțiile pe care le-ar primi creditorul bugetar în cazul unei proceduri de prevenire a insolvenței sau reorganizare sunt superioare celor pe care le-ar primi într-o procedură de faliment.

Testul creditorului privat a fost introdus pentru a facilita fundamentarea deciziei creditorului bugetar de a accepta o reorganizare sau o reducere a creanței bugetare. Prezentul test este o noutate legislativă în România propusă de către legiuitor, în linie cu practicile europene. În acest sens Curtea de Justiție a Uniunii Europene a decis, în cauza *Frukona Kosice (C-73/11P)*, că facilitățile de plată constituie un ajutor de stat în sensul articolului 107 alineatul (1) TFUE dacă, ținând seama de importanța avantajului economic acordat astfel, întreprinderea beneficiară nu ar fi obținut în mod evident facilități comparabile cu cele ale unui creditor privat care se află într-o situație cât mai apropiată de cea a creditorului public și care urmărește să obțină plata sumelor pe care i le datorează un debitor care are dificultăți financiare.

În legislație autohtonă, testul creditorului privat este obligatoriu în procedura concordatului preventiv, în cazul în care prin proiectul de concordat se propun reduceri ale creanțelor bugetare, devine obligatorie prezentarea rezultatelor testului creditorului privat (art. 24 alin. (5) din Legea nr. 85 din 2014), fiind utilizat și în situația în care creditorul bugetar dorește să își fundamenteze decizia de vot în legătură cu un anumit plan de reorganizare. Așa cum s-a subliniat în doctrină, testul este doar o pârghie de

¹³ R. BUFAN, Codificarea insolvenței, meritele noii reglementări, *Revista Română de Dreptul Afacerilor*, nr. 7 din 2014.

care se poate folosi creditorul bugetar, acesta nu naște o obligație în sarcina statului de a manifesta o anumită conduită.

Scopul testului creditorului privat este astfel de a compara situația unui creditor privat diligent în două situații complet diferite cu scopuri diferite: reorganizare și faliment, fiind o reflecție a principului maximizării valorii. Evaluare se face *ex ante*, într-un moment în care este dificil de determinat succesul pe care planul de reorganizare ar putea să îl aibă precum și potențialele beneficii care ar putea să fie obținute ca urmare a continuării activității curente a societății în scopul dezvoltării. Dacă percepem reorganizarea ca o vânzare a societății către proprietarii anteriori (conducerea societății *lato sensu*), în schimbul căreia creditorii obțin sume de bani sau alte creanțe mai avantajoase față de societatea în reorganizare, se ridică în mod justificat întrebarea de ce un creditor ar fi dispus să renunțe la o valoare reală rezultată din faliment și lichidare (la prețul pieței din momentul evaluării sau similar celui din momentul evaluării) pentru o valoare potențială ce ar rezulta în urma reorganizării.

Aceste considerente ridică îndoieli legate de eficiența testului creditorului privat din prisma relevanței lui pentru un creditor, justificând o decizie care îi impune un grad ridicat de risc.

Similar, art. 139 alin. (2) din Legea nr. 85 din 2014 stabilește că, în cazul confirmării unui plan de reorganizare, ***tratamentul corect și echitabil*** există atunci când sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

- niciuna dintre categoriile care resping planul și nicio creanță care respinge planul nu primește mai puțin decât ar fi primit în cazul falimentului;
- nicio categorie sau nicio creanță aparținând unei categorii nu primește mai mult decât valoarea totală a creanței sale;

- în cazul în care o categorie defavorizată respinge planul, nicio categorie de creanțe cu rang inferior categoriei defavorizate neacceptante nu primește mai mult decât ar primi în cazul falimentului;
- planul prevede același tratament pentru fiecare creanță în cadrul unei categorii distincte, cu excepția rangului diferit al celor beneficiare ale unor cauze de preferință, precum și în cazul în care deținătorul unei creanțe consimte la un tratament mai puțin favorabil pentru creanța sa.

În linie cu testului creditorului privat, principiul tratamentului corect și echitabil consideră oportună aplicarea principiului maximizării valorii în sensul evaluării situației creditorilor defavorizați comparativ la finalul a două proceduri cu obiective diferite. Se impune astfel o analiză a randamentului procedurii reorganizării din prisma gradului de recuperare a creditorului în contrast cu procedura falimentului¹⁴. Așa cum am menționat mai sus, *ex ante* o astfel de analiză nu poate genera un răspuns concret, fezabil, raportat la riscurile care i se alocă creditorului. Din prisma analizei empirice, se va putea realiza o comparație *ex post* eficientă a rezultatelor obținute de creditori în contextul în care participanții vor alege una din cele două opțiuni *ex ante*, însă doar una din cele două proceduri va fi parcursă iar determinarea rezultatelor aferente celeilalte proceduri neparcurse va fi cel mai probabil imposibilă din punct de vedere empiric.

În concluzie, teoria contractualistă fundamentată pe principiul maximizării valorii în teorie oferă o bază justificabilă și echitabilă pentru determinarea eficienței procedurii insolvenței. Însă problemele ridicate în

¹⁴ W. JANG: Hedge Funds and Chapter 11, *The Journal of Finance*, Vol. LXVII, nr. 2/2012, pp. 516-542.

practică de această teorie demonstrează dificultățile practice existente în a cuantifica în mod eficient aceste valori, golind de cele mai multe ori de conținut o astfel analiză empirică¹⁵.

B. Comunitarismul și principiul eficienței costurilor de tranzacție

În opoziție cu noțiunile restrictive prezentate de către teoria contractualistă, perspectiva comunitaristă percepe procedura insolvenței ca un mecanism ce include un număr amplu de beneficiari, în afara spectrului creditorilor. Această teorie consideră ca fiind relevante toate interesele participanților, inclusiv cele ale comunității în ansamblu ei, însă nu alocă o prioritate unui anumit interes¹⁶.

Dacă teoria contractualistă încuraja o detașare față de procedurile de reorganizare, percepute în ansamblul lor ca fiind lipsite de eficiență din prisma randamentului oferit creditorilor, această paradigmă consideră că legiuitorul ar trebui să intervină pentru a descuraja orice intervenție a percepțiilor specifice gândirii contractualiste.

Acest lucru se datorează faptului că viziunea maximizării averii creditorului favorizează în special creditorii contractuali putând omite pe cei care suferă cel mai mari greutate în contextul insolvenței debitorului. Ne referim aici la creditorii care nu au reușit să își concretizeze relația

¹⁵ R. SQUIRE: The case for Symmetry in creditors' rights, *The Yale Law Journal*, nr. 118/2009, pp. 812-850.

¹⁶ M. SIEMS: Convergence in Corporate Governance: A Leximetric Approach, *The Journal of Corporation Law*, Vol: 35, nr. 4/2010, pp. 731-755.

contractuală astfel încât să poată să își protejeze interesele de efectele negative cauzate de insolvența¹⁷.

Conceptul de comunitate la nivelul teoriei comunitarismului poate include instanțele judecătorești, practicienii în insolvență, guvernele, clienții (consumatori) și creditorii ce rezultă din relație de natură delictuală, angajații și familiile acestora.

Comunitarismul ia în considerare pierderile pentru cei care nu au beneficiază de drepturi anterior insolvenței, cum ar fi angajații care își vor pierde locurile de muncă, furnizorii care își vor pierde clienții și concurenții care se pot confrunta cu o devalorizare a mediului de afaceri.

Dar această perspectivă nu este incontestabilă în contextul în care anumite interese economice nu pot să fie efectiv cuantificate. Comunitarismul¹⁸ poate favoriza reorganizarea unei societăți în speranța în care aceasta va fi repusă în starea anterioară, protejând interesele majorității beneficiarilor însă indiscutabil această perspectivă este în conflict cu teoria contractualistă dacă nivelul de recuperare al creanțelor ar fi mai mare în cazul lichidării.

Regulile de distribuție sunt esențiale în comunitarism, oferind din nou o perspectivă contrară contractualismului. De exemplu, teoria comunitarismului accepta o afectare sau alterare a drepturilor creditorului garantat, în cazul în care societatea debitoare este mai protejată prin acest mecanism¹⁹. O astfel de redistribuire este văzută nu atât ca o abatere de la

¹⁷ M. ROE: The derivatives Market's Payment Priorities as Financial Crisis Accelerator, *Stanford Law Review*, 539/2011, pp. 540-581.

¹⁸ H. ORTIZ-MOLINA: Lending to small business: the role of loan maturity in addressing information problems, *Small Business Economics*, nr. 30/2008, pp. 361-383.

¹⁹ R. MANN, Explaining the pattern of secured credit, *Harvard Law Review*, vol. 110, nr. 3/1997, pp. 632-683.

protecția drepturilor creditorilor, ci mai degrabă ca rezultat inevitabil al insolvenței, în care costurile și riscurile procedurii sunt distribuite între participanți.

Comparativ cu teoria contractualistă, perspectiva comunitară este deschisă salvagădării societății chiar dacă acest lucru ar putea veni în detrimentul maximizării averii creditorului.

În lumina caracterului distributiv al comunitarismului, această doctrină consideră că eficiența generală este corelată cu eficiența costurilor tranzacției. Principiul de bază susține reducerea costurilor de tranzacție implicate în realizarea obiectivelor legii insolvenței în vederea minimizării riscului de reducere a fondurilor disponibile²⁰. Această teorie în mod evident favorizează creditorii chirografari care vor fi mai protejați ca urmare a reducerii costurilor aferente procedurii.

Comunitarismul urmărește să distribuie câștigurile și pierderile din insolvență atunci când costurile de tranzacție pot fi ridicate și, prin urmare, reducerea la minimum a costurilor de realizare a acesteia.

Desigur eficiența costurilor de tranzacție este un criteriu de eficiență a mijloacelor care urmărește reducerea costurilor în executarea unei tranzacții economice, măsurată cu ajutorul matricei banilor. Acest criteriu²¹ este reflectat într-unul dintre obiectivele-cheie ale legii insolvenței consemnate în *UNCITRAL (Legislative Guide on Insolvency Law)* referitor la

²⁰ S. SCHWARCZ: The Easy case for the priority of secured claims in bankruptcy, *Duke Law Review*, vol. 47, nr. 3/1997, pp. 432-470.

²¹ J. FRANKS: An empirical investigation of US firms in reorganization, *The Journal of Finance*, vol. 44, nr. 2/1989, pp. 752-764; FRANKS, J: Control rights, debt structure and Loss of private benefits: The case of the UK Insolvency Code, *The review of Financial Studies*, Vol. 9, nr. 4/1996, pp. 1170-1011; R. BUFAN, *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, 2014, pp. 62-85.

minimizarea costului funcționării sale: *"Insolvența ar trebui abordată și rezolvată într-o manieră ordonată, rapidă și eficientă, pentru a evita perturbarea nejustificată activitățile comerciale ale debitorului și minimizarea costului procedurii."*

Similar, Legea nr. 85 din 2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență stabilește, prin art. 4 alin. (1), că prevederile prezentei legi se bazează pe următoarele principii, printre care *asigurarea unei proceduri eficiente, inclusiv prin mecanisme adecvate de comunicare și derulare a procedurii într-un timp util și rezonabil, într-o manieră obiectivă și imparțială, cu un minim de costuri.*

În contextul insolvenței, Prof. Riz Mokal²² delimitează două categorii largi de suprapuneri a costurilor de tranzacție în implementarea unui set de obiective. Prima este problematica costurilor de coordonare datorate existenței unor limite asupra a ceea ce oamenii din lumea reală pot prevedea în vederea alegerii unui răspuns adecvat la un set de circumstanțe prezentate, existând de asemenea asimetrie informațională²³.

Tocmai datorită asimetriei informaționale, punerea în aplicare a unui set de obiective de bază care implică cooperarea creditorilor în cadrul procedurii insolvenței necesită eforturi extinse bazate pe informații cât mai complete și mai exacte.

A doua categorie de costuri de tranzacție o reprezintă costurile de motivare care apar din cauza unui potențial conflict de interese, de exemplu între interesele conducerii societății și cele ale creditorilor. Aceste costuri rezultă atunci când se impune ca interesele diferitelor părți să fie alinate astfel încât factorii de decizie relevanți să fie încurajați să coopereze și să

²² R. MOKAL: On fairness and efficiency, *Modern Law Review*, Mai 2003, pp. 2-19.

²³ K. AYOTTE: An efficiency-based Explanation for Current Corporate reorganization practices, *The University of Chicago Law Review*, vol. 73, nr. 1/2006, pp. 430-461.

urmeze un set de obiective. Astfel costurile de tranzacție includ costurile de obținere a informațiilor cu privire la diferitele opțiuni precum și negociere, supraveghere/monitorizare precum și costuri de executare a contractelor²⁴.

Încălcarea eficienței costurilor de tranzacție înseamnă consumarea mai multor resurse decât este necesar pentru punerea în aplicare a unei propuneri sau a unui obiectiv. Acest lucru determină pierdere, unde aceleași obiective ar fi fost atinse prin mijloace mai eficiente. Teoria admite și pierderi morale, în sensul în care scopul ar trebui să fie obținerea unor obiective care au o relevanță morală, justificabile din prisma procedurii insolvenței²⁵.

Aplicarea practică a eficienței costurilor tranzacției este mai complexă decât pare inițial. Este dificil să se compare eficiența regimurilor alternative de insolvență la nivelul costurilor de tranzacție din cauza deficiențelor generate de asimetria informațională precum și de gradul de reușită al unei potențiale proceduri.

În acest sens, primul neajuns se referă la posibilitatea ca urmărirea eficienței costurilor tranzacției poate rezulta ca urmare a mai multor solicitări obiective. Acest neajuns apare în special dacă obiectivele sunt cele monetare, cum ar fi maximizarea averii debitorului. Putem presupune că procedura de reorganizare ar oferi un nivel mai ridicat al averii debitorului dar presupune în același timp și un quantum mai ridicat al costurilor. În acest context, deși randamentul oferit de procedura de

²⁴ D. CITRON: Bankruptcy costs, leverage and multiple secured creditors: the case of management buy-outs, *Accounting and Business Research*, vol. 38, nr. 1/2008, pp. 71-89; BLAZY, R.: Why do banks ask for collateral in SME lending?, *Applied Financial Economics*, nr. 23/2013, pp. 1110-1115; FRANKS, J: Do bankruptcy Codes Matter? A study of Defaults in France, Germany and the UK, *Journal of Finance*, Vol. 63, no. 2/2008, pp, 571-602.

²⁵ M. POSADA: Are there alternatives to bankruptcy? A study of small business distress in Spain, *SERIEs*, nr. 5/2014, pp. 293-331.

reorganizare este mai bun, datorită costurilor, teoria costurilor de tranzacție ne indică procedura de faliment ca fiind mai viabilă. Dar poate fi falimentul considerat mai eficient și mai justificat decât reorganizare eficientă a debitorilor, mai ales din prisma erorilor de tip 1 și tip 2? A admite o astfel de premisă presupune o distanțare față de obiectivele generale a procedurii insolvenței. În sine, eficiența costului tranzacțiilor este inadecvată pentru a decide dacă salvarea societății este mai eficientă decât lichidarea în cazul în care obiectivul urmărit este obținerea rezultatelor cele mai bune pentru creditori²⁶.

Teoria costurilor de tranzacție devine eficientă în situația în care se va încerca salvagardarea societății prin diferite metode, și nu în cazul în care se prezintă lichidarea ca o opțiune viabilă în paralel cu altă procedură de reorganizare²⁷. În această situație, această paradigmă încurajează alegerea acelei opțiuni care generează costurile cele mai reduse.

Dacă a fost stabilită deja ruta de gestiune a procedurii insolvenței, aplicarea teoriei costurilor de eficiență ridică probleme suplimentare din prisma nivelului de atingere a obiectivului unic trasat. Dacă avem o metodă în care rezultatul preconizat are o probabilitate de reușită de 60% dar costuri mai ridicate spre deosebire de o altă metodă în care șansa de reușită ar fi de 50% dar cu costuri semnificativ mai mici, teoria costurilor de tranzacției ne-ar îndruma spre tranzacția mai riscantă, contrar intereselor generale ale creditorilor.

Rezumând, eficiența costurilor tranzacțiilor este insuficientă pentru a compara dacă o procedură a insolvenței este mai eficientă decât alta, dacă

²⁶ D. BAIRD: The rights of secured creditors after RESCAP, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2/2015, pp. 851- 862.

²⁷ K. THORBURN: Bankruptcy auctions: costs, debt recovery and firm survival, *Journal of Financial Economics*, nr. 85/2000, pp. 341-360.

procedurile au diferite scopuri. Cu toate acestea, este util pentru alegerea între mijloacele disponibile pentru a atinge obiectivele fiecărui regim²⁸.

O modalitate în care costurile tranzacției pot fi totuși reduse la minimum sunt prin reducerea duratei procedurii de insolvență. Altă metodă ar fi este prin minimizarea costurilor de coordonare prin asigurarea unor niveluri uniforme de informații către creditorii. Cu toate acestea, este important să fie luate în considerare costurile creșterii nivelului de transparență oferit creditorilor, la un nivel care ar determina o ineficiență a procedurii din prisma eficienței costurilor de tranzacționare²⁹.

În ciuda acestor dezavantaje, eficiența costurilor tranzacțiilor este încă frecvent menționată în doctrina de specialitate în domeniul insolvenței. Aceasta paradigmă ar fi motivată de faptul că maximizarea valorii este un obiectiv ce favorizează strict creditorii, inadecvat însă din prisma protecției tuturor beneficiarilor procedurii insolvenței.

C. Teoria valorilor multiple, principiul costurilor de tranzacție și eficiența Kaldor–Hicks

Teoria valorilor multiple consideră că legea insolvenței are multiple obiective și acoperă o sferă mai largă decât teoria contractualistă. Această abordare atacă în mod direct fundamentele economice care trasează o singură teorie unificatoare a legii insolvenței, anume, maximizarea avuției creditorilor. Aici, legea insolvenței este văzută ca servind mai multe valori, fără posibilitatea de a ordona în priorități trasate de la început.

²⁸ L. WEISS: Bankruptcy resolution, *Journal of Financial Economics*, nr. 27/1990, pp. 291-311.

²⁹ S. DAVYDENKO: Strategic Actions and Credit Spreads: An empirical Investigation, *The Journal of Finance*, Vol. LXII, Nr. 6/2007, pp. 2634-2668.

Datorită valorilor concurente și potențial conflictuale în care nici o valoare nu domină asupra celorlalte, Prof. Warren³⁰ susține că insolvență este o încercare de a aborda modul în care consecințele și pierderile generate de insolabilitate trebuie distribuite între diferiți actori.

Pentru a face acest lucru, teoria propune patru obiective principale ale sistemului de insolvență: 1. sporirea valorii debitorului; 2. distribuirea valorii conform principiilor normative multiple; 3. absorbția costurilor legate de eșecul afacerii în raport cu co-contractanții debitorului; și 4. focalizarea pe monitorizare și supraveghere privată.

În același sens, doctrina susține că legea insolvenței nu răspunde doar problemelor economice legate de colectarea datoriilor, ci și unor întrebări mai mari legate de șocul financiar care este înțeles ca o criză a diverselor valori umane, cuprinzând cele morale, politice, personale, sociale și economice. Aceasta școală de gândire include nu numai debitorul și creditorii săi, ci și întreaga rețea de persoane care suferă efectele problemelor financiare ale debitorului. Vanessa Finch³¹ extinde considerentele teoriei valorilor multiple, prin stabilirea a patru valori sau repere importante pentru evaluarea legii insolvenței, și anume eficiența, expertiza, responsabilitatea și corectitudinea/echitatea.

Existența acestor repere multiple îngreunează luarea deciziilor în ceea ce privește alocarea resurselor și rezolvarea conflictului dintre diferitele obiective de distribuție. Deoarece nu există un principiu științific pentru gestionarea unor astfel de dispute, o cale de urmat constă în constrângerea procesului de luare a deciziilor în moduri raționale, adaptate la caracteristicile

³⁰ E. WARREN: Contracting out of Bankruptcy: An empirical Intervention, *The Harvard Law Review Association*, nr. 4/2005, pp. 1201-1242.

³¹ V. FINCH, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

specifice ale riscului financiar atunci când se examinează legea insolvenței ca răspuns la paradigma de risc financiar³².

Acest lucru se poate obține prin luarea în considerare a modului în care se desfășoară procesul decizional al unei persoane obiective, fie prin referire la principii raționale sau prin alocarea încrederii către jucători cu rol important în procedură. În plus, teoria se fundamentează pe o analiză a valorilor care trebuie protejate în insolvență pentru a ajuta la luarea deciziilor, chiar dacă aceste obiective nu oferă răspunsuri precise. Punctul central al acestei teorii este plasat pe luarea unor decizii informate atunci când se tratează dificultăți financiare, în special atunci când este dificil să se maximizeze bunăstarea economică a creditorilor din cauza conflictelor dintre valorile existente în cadrul procedurii și cu atât mai mult în cazul în care majoritatea valorilor sunt considerate prin abordare a fi la fel de importante³³.

În linie cu această teorie, Legea nr. 85 din 2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență prevede, prin art. 4 alin. (1), că *„dispozițiile prezentei legi se bazează pe următoarele principii, printre care recunoașterea drepturilor existente ale creditorilor și respectarea ordinii de prioritate a creanțelor, având la bază un set de reguli clar determinate și uniform aplicabile precum și valorificarea în timp util și într-o manieră cât mai eficientă a activelor.”*

În acest context, eficiența se referă, în mod evident, atât la costul tranzacțiilor, cât și la eficiența Kaldor-Hicks. La fel ca și comunitarismul, criteriul de eficiență al costurilor tranzacției este adecvat în abordarea valorilor multiple deoarece economisirea costurilor implicate în realizarea

³² A. ONO: The role of collateral and personal guarantees in relationship lending: Evidence from Japan's SME Loan Market, *Working Paper*, Martie 2008, pp. 5-29.

³³ E. JANGER: The logic and Limits of Liens, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2/2015, pp. 595- 611.

obiectivelor legii insolvenței eliberează mai multe resurse pentru a atinge cât mai multe din obiectivele vizate³⁴. Cu toate acestea, deficiențele subliniate anterior de doctrină privind acest principiu trebuie avute în vedere atunci când se utilizează acest criteriu.

Criteriul de eficiență Kaldor-Hicks este de asemenea aplicabil aici. Acesta definește o alocare eficientă a resurselor ca fiind cea în care utilitatea câștigată dintr-o schimbare a alocării resurselor depășesc pierderea de utilitate. Deoarece maximizarea avuției creditorului nu este nici strict urmărită, nici nu este posibilă atribuirea unei valori monetare tuturor valorilor multiple ale legii insolvenței, setul de obiective care este în cele din urmă urmărit este unul care va satisface la maxim scopurile *jocului insolvenței* și va conduce la cel mai eficient rezultat în ceea ce privește nivelul câștigurilor și bunăstării pe care le generează³⁵.

Totuși, merită menționat că nu există nicio cale de rezolvare a problemei conflictelor între valori necuantificabile. Cu toate acestea, principiul Kaldor-Hicks permite ca setul de obiective care sunt urmărite în cele din urmă să fie stabilit într-o manieră corespunzătoare, care implică cântărirea costurilor și avantajelor de utilitate³⁶.

Abordarea valorilor multiple percepe legea insolvenței ca fiind condusă de obiective multiple, în care realizarea eficientă a obiectivelor se poate referi atât la costul tranzacției cât și la eficiența Kaldor-Hicks.

³⁴ J. FRANKS: A study of bankruptcy costs and allocation of control, *Working Paper*, Martie 2005, pp. 2-35.

³⁵ C. GUTIERREZ: Valoracion economica de la eficiencia de los sistemas concursales: un analisis empirico internacional, *Revista Espanola de Financiacion y Contabilidad*, nr. 150/2011, pp. 223-245.

³⁶ R. BLAZY: Credit, sactions judiciaires et selection d'entreprises, *Revue d'economie politique*, nr. 1/2002, pp. 79-99.

Criteriul de eficiență Kaldor-Hicks este utilizat pe scară largă de către oamenii de știință și economie și este indispensabil economiei sociale. Este adesea angajat ca un ajutor normativ pentru evaluarea politicilor alternative în domeniul dreptului și economiei (*Law & Economics*), în care maximizarea bunăstării sociale este considerată drept obiectivul general al legii. Criteriul utilizează o valoare de utilitate pentru a măsura eficiența. Pentru a putea detalia mai bine acest concept, mai întâi devine relevantă prezentarea criteriilor de eficiență Pareto, criteriul Kaldor-Hicks fiind varianta ajustată a acestora³⁷.

Eficiența Pareto se referă la o alocare a resurselor în rândul persoanelor de așa natură încât orice altă realocare îmbunătățește bunăstarea unei singure persoane în detrimentul alteia; cu alte cuvinte, este atinsă alocarea optimă a resurselor în cazul în care situația unui participant nu poate fi îmbunătățită fără a poziționa un alt participant într-o situație mai gravă.

O alocare a resurselor este *Pareto superioară* celei alternative dacă și numai dacă nici o persoană nu este afectată de această alocare, iar bunăstarea a cel puțin unei persoane crește. În practică, este dificil să considerăm superioritate Pareto drept un obiectiv al politicii de eficiență juridică, deoarece adoptarea normelor produce atât câștigători cât și pierzători. Într-un astfel de scenariu, criteriile Pareto vor exclude aproape toate situațiile juridice reglementate, prin urmare, nu oferă multă îndrumare cu privire la situațiile din lumea reală³⁸.

În schimb, criteriul de eficiență Kaldor-Hicks, cunoscut și ca o potențială îmbunătățire Pareto, are o perspectivă agregată. În cazul în care o

³⁷ R. BLAZY: Le role des garanties dans les prêts des banques françaises, *Revue d'économie politique*, nr. 4/2006, pp. 506-519.

³⁸ C. TABB: Credit bidding, security and the obsolescence of Chapter 11, *University of I Law Review*, 2012, pp. 2-35.

persoană poate fi poziționată mai bine în ciuda dezavantajării altuia, câștigul net în bunăstare trebuie să fie pozitiv pentru ca alocarea să fie considerată o îmbunătățire Kaldor-Hicks. Cu referire la lege, o normă legală sau o politică este eficientă din prismă Kaldor-Hicks, dacă cei care beneficiază de această regulă câștigă suficient pentru a compensa pe deplin dezavantajul creat celorlalți participanți, deși această compensare este mai degrabă ipotetică decât reală³⁹.

În cazul în care a avut loc o compensare reală a acestora și nu au existat costuri de tranzacție implicate, distribuțiile Kaldor-Hicks vor fi transformate în distribuții *Pareto-superioare*. Criteriul Kaldor-Hicks este similar cu criteriul de maximizare a valorilor, acesta din urmă fiind o versiune augmentată a primului și utilizează mai degrabă o măsură monetară decât o utilitate⁴⁰. Astfel, ca o maximizare a valorilor, eficiența lui Kaldor-Hicks este clasificată ca un criteriu de eficiență finală, deoarece se concentrează asupra eficienței alocării resurselor.

Un cadru de reglementare a insolvenței este mai eficient din prismă Kaldor-Hicks în cazul în care alocarea resurselor pe care le produce generează un randament social net mai bun comparativ, înțeles ca agregare a utilităților individuale. Deși conceptual simplă, eficiența lui Kaldor-Hicks este dificil de determinat în practică⁴¹. Pentru a stabili câștigurile și pierderile din orice schimbare a alocării resurselor, trebuie să fie constatate și trebuie comparate utilități generate de participanți pentru a ști dacă câștigătorii au compensat în mod corespunzător învinșii ajustării.

³⁹ C. MOONEY: The (Il)legitimacy of bankruptcies for the benefit of secured creditors, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2/2015, pp. 738- 758.

⁴⁰ H. EIDENMULLER: Comparative Corporate Insolvency Law, *Working Paper*, 2015, pp. 2-27.

⁴¹ C. TABB: The bankruptcy clause, the fifth amendment and the limited rights of secured creditors in bankruptcy, *University of I Law Review*, Vol. 2/2015, pp. 766- 807.

Utilitatea este obținută din satisfacerea preferințelor raportat la experiența unică a unui anumit individ. Înțeles în acest mod, comparațiile interpersonale de utilitate sunt incoerente și inconsistente, încercând să consolideze utilitatea în rândul persoanelor ale căror preferințe sunt, de asemenea, incoerente⁴².

În afară de incapacitatea de a consolida aceste preferințe, teoriile jurisprudențiale care urmăresc maximizarea utilității oferă o greutate egală preferințelor tuturor indivizilor. În acest mod, ei presupun nerealist și nejustificat că preferințele individuale de utilitate sunt identice, indiferent de nivelul lor de bogăție; ceea ce nu este adevărat în realitate⁴³. În primul rând, prima și cea mai importantă obiecție este că valorile necesare pentru aplicarea testului eficienței Kaldor-Hicks nu pot fi determinate în practică.

Un al doilea neajuns se referă la obstacolul determinării valorii suficiente de compensare, deoarece eficiența Kaldor-Hicks este atinsă numai atunci când pierzătorii dintr-o schimbare în alocarea resurselor sunt cel puțin pe deplin compensați de către câștigători în termeni ipotetici. În cazul în care un pierzător al eficienței Kaldor-Hicks a obiectat puternic la o anumită realocare de resurse, este nevoie de un nivel foarte ridicat de compensare *ex post* pentru a asigura o compensare optimă. Astfel nu putem fi siguri dacă această schimbare este eficientă, în cazul în care pot exista persoane care nu doresc să fie compensate pentru pierderea suferită. Din această prisma există neclarități din perspectiva compensării adecvate a pierzătorului unei alocări Kaldor-Hicks⁴⁴.

⁴² B. SCHOLTENS: Financial regulation and the financial system architecture in Central Europe, *Journal of Banking and Finance*, nr. 24/2000, pp. 530-545.

⁴³ J. FRANKS: *supra* n.n. 31, pp. 2-35.

⁴⁴ D. BAIRD: *supra* n.n. 23, pp. 851- 862.

Un al treilea dezavantaj se referă la echitatea expunerii persoanelor la astfel de exproprieri, în contextul în care criteriul nu face distincție între nevoile individuale ale persoanelor. Bazându-ne pe eficiența lui Kaldor-Hicks în apărarea unei reguli sau a unei politici, rezultă că un câștig pentru un grup de persoane justifică pierderile suferite de alte persoane (care sunt tratate ca simple mijloace), în contextul în care, așa cum s-a menționat anterior, nu este necesară plata unei compensații reale⁴⁵.

Chiar și pierderi extreme sunt acceptabile atât timp cât un număr suficient de mare de indivizi mici obțin beneficii individuale care agregate ating un câștig mai mare decât pierderea. În timp ce unele reguli sau politici sunt justificate în ciuda pierderilor suferite de un individ și câștiguri mai mari ale altuia, Mokāl⁴⁶ susține că justificarea acestei teorii nu poate rămâne nefundamentată. Justificarea corectă necesită demonstrarea faptului că alegerea unei anumite reguli sau a unei politici a rezultat dintr-un proces în care a oferit cel puțin o protecție corespunzătoare și egală intereselor fundamentale ale tuturor părților relevante (deși ne întrebăm care și cum sunt stabilite aceste interese fundamentale). Cu toate acestea, indiferent de metoda de aplicare, nu se poate nega că unele persoane vor fi puse într-o poziție mai gravă sub criteriul Kaldor-Hicks în realitate.

Deficiențele cumulate ale criteriului Kaldor-Hicks – problema stabilirii unei compensații suficiente și justificarea machiavelică a tratării persoanelor drept mijloace în vederea obținerii eficienței – face dificilă determinarea eficienței unui regim de insolvență în raport cu un altul. În special, chiar dacă abordarea valorilor multiple vizează îmbunătățirea

⁴⁵ K. AYOTTE: *supra* n.n. 20, pp. 430-461.

⁴⁶ R. MOKAL: *supra* n.n. 19, pp. 2-19.

rezultatelor pentru creditori, poate fi dificil pentru terți să determine rezultatul real datorită problemei măsurării utilității⁴⁷.

Astfel putem concluziona că teoria valorilor multiple ale legii insolvenței este legată de criteriile specifice ale costului tranzacțiilor și ale eficienței Kaldor-Hicks. Acest lucru se datorează faptului că o creștere a eficienței costurilor tranzacțiilor minimizează risipa fondurilor disponibile care pot fi direcționate spre atingerea mai multor valori multiple ale legii insolvenței (având în vedere deficiențele eficienței costurilor tranzacției). Mai mult, o creștere a eficienței Kaldor-Hicks este în concordanță cu atingerea unui set de obiective care generează cel mai înalt nivel de utilitate economică. Criteriile pot fi complementare în perspectiva valorilor multiple, în care setul final de obiective care urmează să fie urmărit, în ceea ce privește cantitatea și intensitatea lor, este cel considerat a oferi cea mai bună bunăstare societății la cel mai mic cost al tranzacției⁴⁸.

II. Concluzii finale și considerații privind utilizarea eficienței în cadrul procedurii insolvenței românești

Eficiența nu a fost un concept discutat amplu la nivelul legislației din România până la momentul apariției Legii nr. 85 din 2014. În legislația anterioară, conceptul de eficiență era subînțeles însă nu era descris ca atare. În legislația din 2014, au fost introduse principiile de fundamentare a legislației insolvenței din România.

Conceptul de eficiență a procedurii apare în cadrul principului 3, anume asigurarea unei proceduri eficiente, inclusiv prin mecanisme adecvate

⁴⁷ K. AYOTTE: *supra* n.n. 20, pp. 430-461.

⁴⁸ O. VYCHODIL, *supra* n.n. 9, pp. 4-12.

de comunicare și derulare a procedurii într-un timp util și rezonabil, într-o manieră obiectivă și imparțială, cu un minim de costuri. Însă nu se descrie clar ce se înțelege din acest concept de eficiență și nici mecanismele de cuantificare pentru determinarea îndeplinirii acestei ținte.

Prevederea face trimitere la mecanisme de comunicare adecvate și la timpul rezonabil al procedurii, cu un minim de costuri. Aceste elemente ale eficienței împrumută atât din teoria maximizării valorii, precum și din eficiența costurilor de tranzacție. Mecanismul de comunicare ca metodă de reducere a asimetriei informaționale precum și principiul minimizării costurilor sunt specifice teoriei comunitariste, corelate cu eficiența costurilor de tranzacție. În schimb, reducerea perioadei de timp a fost sugerată ca o perspectivă specifică maximizării valorii, care favorizează o procedură cu un grad ridicat de celeritate.

Similar celor menționate mai sus, majoritatea principiilor enunțate pot să fie împărțite între cele două teorii ale eficienței. Astfel, specifice teoriei contractualiste sunt maximizarea gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor; asigurarea unui tratament egal al creditorilor de același rang; recunoașterea drepturilor existente ale creditorilor și respectarea ordinii de prioritate a creanțelor, având la bază un set de reguli clar determinate și uniform aplicabile; fundamentarea votului pentru aprobarea planului de reorganizare pe criterii clare, cu asigurarea unui tratament egal între creditorii de același rang, a recunoașterii priorităților comparative și a acceptării unei decizii a majorității, urmând să se ofere celorlalți creditori plăți egale sau mai mari decât ar primi în faliment; valorificarea în timp util și într-o manieră cât mai eficientă a activelor.

Corelativ, comunitarismului și teoriei costurilor de tranzacție sunt specifice următoarele principii: acordarea unei șanse debitorilor de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a

insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară; asigurarea unei proceduri eficiente, inclusiv prin mecanisme adecvate de comunicare și derulare a procedurii într-un timp util și rezonabil, într-o manieră obiectivă și imparțială, cu un minim de costuri; asigurarea unui grad ridicat de transparență și previzibilitate în procedură; favorizarea, în procedurile de prevenire a insolvenței, a negocierii/renegocierii amiabile a creanțelor și a încheierii unui concordat preventiv.

Subliniem că la nivelul acestor principii apar confuzii între elementele specifice eficienței și echității și cele specifice conceptelor de expertiză și răspundere, mai degrabă cu iz de normă procedurală. Astfel, conceptele menționate mai sus, mijloace și metodele care asigură o operativitate a acestora, nu pot fi considerate la rândul lor principii esențiale ale procedurii insolvenței. Amintim aici limitarea riscului de credit și a riscului sistemic asociat tranzacțiilor cu instrumente financiare derivate prin recunoașterea compensării cu exigibilitate imediată în cazul insolvenței sau al unei proceduri de prevenire a insolvenței unui cocontractant, având ca efect reducerea riscului de credit la o sumă netă datorată între părți sau chiar la zero atunci când, pentru acoperirea expunerii nete, au fost transferate garanții financiare; asigurarea accesului la surse de finanțare în procedurile de prevenire a insolvenței, în perioada de observație și de reorganizare, cu crearea unui regim adecvat pentru protejarea acestor creanțe; în cazul grupului de societăți, coordonarea procedurilor de insolvență, în scopul abordării integrate a acestora; administrarea procedurilor de prevenire a insolvenței și de insolvență de către practicieni în insolvență și desfășurarea acestora sub controlul instanței de judecată. Cele amintite anterior pot fi considerate mecanisme care facilitează eficiența și susțin atingerea obiectivului denumit echitate, însă nu ar trebui să fie considerate principii ale insolvenței.

Datorită amestecului de concepte și obiective pe care le vehiculează legea insolvenței din România, conform celor indicate mai sus, considerăm că aceasta este fundamentată pe teoria valorilor multiple, aplicând elemente specifice eficienței costurilor de tranzacție, eficienței Kaldor-Hicks precum și trăsături specifice teoriei maximizării valorii.

Având în vedere nevoia de cuantificare a acestor teorii privind eficiența măsurilor de protecție a creditorilor, considerăm că definiția oferită de teoria economică asigură cea mai cuprinzătoare sferă de aplicabilitate. Astfel, gradul de eficiență este stabilit ca raport între efectul dorit și efortul depus pentru obținerea acestui efect. Transpunând această noțiune în analiza noastră, având în vedere teoriile enunțate mai sus precum și motivul principal al participării active a creditorilor în insolvență (recuperarea sumelor aferente creanței sale), gradul de eficiență a măsurilor de protecție a creditorilor garantați se cuantifică prin raportul dintre rata de recuperare a creanțelor totale și costurile procedurii.

Propunem astfel să ne îndepărtăm parțial de conceptele de eficiență Pareto sau Kaldor-Hicks⁴⁹ și să ne apropiem de conceptul de *eficiență economică (sau tehnică)* susținut de către profesorul Mokal⁵⁰ pentru această componentă a analizei economice. În aceste sens ne aliniem teoriei valorilor multiple, utilizând teoria costurilor de tranzacție.

⁴⁹ R. MOKAL: *supra* n.n. 19, pp. 2-19.

⁵⁰ *Id.*

ACTIVE CASE MANAGEMENT IN THE
HUNGARIAN CIVIL PROCEDURE

DOI: 10.24193/SUBBiur.67(2022).2.4
Data publicării online: 30.11.2022

Attila KISS*

Abstract: The Act CXXX of 2016 on the Code of Civil Procedure introduced the image of the managerial judge into the Hungarian civil litigation. This perception means that the judge has to take an active part in the litigation. It is not just the notion of the Hungarian legislator, but it is also an international requirement. The new principle – so-called the court’s duty to manage the case – entitles and obligates the judge to offer some kind of support to the parties so that they can perform their procedural obligations properly. This means the judge has to guide the parties if their preparatory statements are incomplete, not sufficiently detailed or contradictory. However, this support is not equal to giving advice like a legal counsel does. The judge cannot overtake the functions and tasks of either the party or the legal counsel. The judicial guidance is meant to provide the parties an opportunity to enforce their claims and to get a proper level of legal protection. This image of an active and managerial judge originates from the Austrian social model of litigation, which goes back to 1895. But it is also not unfamiliar to the Hungarian litigation because the Act I of 1911 on the Civil Procedure was based on an active role of the judge too. My goal is to determine what the real essence and function of the active role of the judge is. I also examine that in what kind of situations and in what procedural phases the judge can offer support to the parties. Furthermore, I intend to define the limits of judicial management. In addition, I analyse how some interpretations view the issues that appeared in judicial practice.

* PhD student, Géza Marton School of Legal Studies, University of Debrecen, <https://orcid.org/0000-0002-8808-0767>.

Keywords: Hungarian civil procedure, case management, judicial guidance, concentration of the proceedings, managerial judge, main hearing model

Cuprins

I.	Introduction – The recent reforms of the Hungarian procedural law	100
II.	The origins of the active role of the judge.....	102
III.	The evolution of the judicial role in Hungary	107
IV.	The court’s duty to manage the case as a principle	108
V.	Manifestations of judicial activity.....	112
VI.	Timing of case management	115
VII.	The limits of the active case management.....	119
VIII.	Summary.....	123

I. Introduction – The recent reforms of the Hungarian procedural law

It was a significant landmark that the Act CXXX of 2016 on the Code of Civil Procedure (hereinafter: CCP) came into effect on 1st of January 2018. This Act innovated the Hungarian procedural law in many aspects, including the system of the principles and the structure of first instance proceedings. Since then, the procedure of first instance is divided into two stages: the preparatory stage and the main hearing stage. The former phase is for submitting the requests, claims, motions for evidence, defining the framework of the legal dispute and preparing the taking of evidence, while the latter phase is limited for taking evidence. This system is also known as the main hearing model or the concentrational model. In order to define the framework of the legal dispute as soon as possible, the judge must facilitate the concentration of proceedings and enable the parties to fulfil their

procedural obligations. Therefore, the active case management is indispensable to achieve these goals, so the judge has to play a more prominent role in the proceedings.

The active role of the judge is also an international requirement. According to the recommendation of the CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice), the judge should have a pro-active role in case management in order to guarantee fair and timely case processing, in accordance with timeframes. Moreover, the recommendation suggests that the courts should also play an active role in ensuring the rapid progress of the proceedings with the powers to order the parties to provide such clarifications as are necessary, to order the parties to appear in person, to raise questions of law, to call for evidence and to control the taking of evidence. The recommendations refer to the European Court of Human Rights, which said that the complete inaction by the judicial authorities have been causes of violation of the reasonable time clause.¹

In my writing, beside reviewing the international and Hungarian evolution of the active judicial role, I aim to define what the essence and purpose of the judicial activity is and in what form it shows up in the Hungarian civil procedural law. In addition, I point to its relation to other principles. I also intend to specify in what procedural phases and in what form the judge can manage the case actively. Primarily, I seek the answer to what factors are the limits of active case management. In other words, my goal is to find out what procedural acts the judge can use to fulfil his duty to manage the case and what acts are prohibited for him.

¹ Compendium of „best practices” on time management of judicial proceedings, CEPEJ, Strasbourg, 8 December 2006, p. 13.

II. The origins of the active role of the judge

The German Act on Civil Procedure (deutsche Zivilprozessordnung, hereinafter: dZPO), which was based on the French Act on Civil Procedure (Code de procédure civil) accomplished the liberal procedural perception to the greatest extent. The liberal state acknowledged its citizens' liberty, therefore, the state did not intend to intervene in their legal disputes, since they were strictly treated as private affairs. The parties were the exclusive masters and owners of their lawsuit due to the high level of principle of free disposition. Under the dZPO, the rules of the civil litigation were too complicated for the parties who were unfamiliar with the law, and because of the nearly complete absence of intervention of the state, in some cases it was extremely burdensome to enforce their claim. The dragging on of the litigation due to the lack of obligation to tell the truth and the lack of the requirement to conduct the lawsuit quickly was another disadvantage.²

By recognizing these problems, Franz Klein created the Austrian Act on Civil Procedure (österreichische Zivilprozessordnung, hereinafter: öZPO), which was based on the social procedural model. Klein consciously turned away from the German liberal model and dedicated himself to protecting socially disadvantaged parties. This type of disadvantage includes not only their financial situation, but also their unfamiliarity with the law.³ As a result, the Austrian procedural law protected the socially weaker individuals. On the one hand, it decreased the dominance of the parties; on the other hand, it empowered the judge with more tools in connection with conducting the procedure. The judge was obliged to provide information to the parties who were not represented by a legal counsel and were unfamiliar with the law. Meanwhile, both parties were obliged to tell the truth.

² KENGYEL Miklós, *Magyar polgári eljárásjog*, Osiris Kiadó, Budapest, 2013, pp. 53-55.

³ KENGYEL, *Magyar polgári eljárásjog*, p. 55. ref. 1.

The Act of 1895 is still in effect in Austria; however, it has been amended numerous times, but it remained loyal to the original perception of the relationship between the court and the parties. The way the öZPO regulates gathering evidence and other information in cases is exemplary, because the judge is the master of the lawsuit in the social procedural model, and he shall manage the proceedings by his discretionary powers in a fair, efficient, and economical way. This model aims to reduce financial inequalities and legal knowledge gaps by using active case management in a way that the judge conducts and manages actively the proceedings.⁴

This shows up mostly in the method of ascertaining the facts, and by this, the Austrian model remarkably differs from the German model. The original dZPO followed the absolute adversarial system, while the öZPO made a cautious step towards the inquisitorial system, but its adversarial characteristics still prevail. In Austria, the main limit of the judicial activity was that the judge must not conduct the proceedings *ex officio* and it is the parties' obligation to provide the evidence. Nevertheless, the judge can gather the evidence only in some special circumstances, especially if certain types of evidence are expected to be the basis for determining the facts.⁵

Similar to the current version of dZPO, the öZPO also obliges the parties to collaborate and to submit their presentations in a timely and complete manner so that the procedure can be carried out as quickly as possible (Prozessförderungspflicht)⁶ and so does the Hungarian procedural law. Moreover, the parties are obliged to tell the truth, and they are expected to present the facts clearly and in full.⁷ The liberal model did not oblige the

⁴ öZPO, Section 182.

⁵ öZPO, Section 183, Subsection 4.

⁶ öZPO, Section 178. Subsection 2.

⁷ öZPO, Section 178. Subsection 1.

parties to tell the truth, because the German procedural law treated the lawsuit as a “litigious warfare” of the parties. The Austrian social model is the opposite of this, because it expects the parties to tell the truth. The Austrian procedural law intended to establish a “civil litigious working community” in which the judge and the parties could actively cooperate. The responsibility of the parties has increased, since they are obliged to tell the truth, meanwhile the judge’s role has increased noticeably, thus he had to manage the proceedings, provide information to the parties who are not represented by a legal counsel, and conduct the proceedings as soon as possible while pursuing to discover the facts as extensively as possible. In the social procedural model, the judge has to be the manager of the case, so he has to act as a managerial judge who conducts the lawsuit dominantly and actively.⁸

The social model and also the entire Austrian procedural law had a serious effect on the Hungarian procedural law, which appeared in the Act I of 1911 on the Code of Civil Procedure (hereinafter: Civil Procedure of 1911). Due to this, the Civil Procedure of 1911 preferred the active judicial role. In this Act, the active judicial activity showed up in case management completed with the already applied case administration.⁹ The latter means that the judge had to conduct the proceedings, open the hearing, call the parties to present their statements, hear and ask questions of the witnesses, experts and other persons, close the hearing, and also, he had to pronounce the decisions. Furthermore, the judge had to make sure that the parties clarify their uncertain requests and statements, make up incomplete statements and

⁸ RECHBERGER, Walter H., *Die österreichische ZPO – (k)ein Vorbild für die ungarische ZPO 1911?*; In: SUTTER-SOMM, Thomas - HARSÁGI Viktória (eds.): *Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende; Reform und Kodifikation – Tradition und Erneuerung*, Schulthess Verlag, Zürich, 2012, pp. 26-27.

⁹ KENGYEL Miklós, *A magyar polgári perjog száz éve – az 1911. évi polgári perrendtartás*, Magyar Jog, 2011/6, p. 325.

evidence, and submit the required requests and statements. He also had to consider certain circumstances *ex officio*.¹⁰

The Austrian model, which was based on the active judicial role and the cooperation of the parties, turned out to be reasonably popular, since beside Hungary, other countries followed it. Within the Germanic law system, it has appeared in the German and Swiss procedural law too. In Germany, the amendment of 1909, so-called *Amtsgerichtsnovelle*, strengthened the position of the judge at the district court level, and then it was extended to all civil procedures in 1924 in the whole country. The German judge was authorized to discuss the facts and requests with the parties, to prepare to discover the facts, to obtain official information, to summon witnesses, to appoint an expert, and to oblige the parties to be present at the hearing. In addition, he was expected to oblige the parties to make statements about every relevant fact and submit appropriate motions.¹¹ The amendment of 2001 of the *dZPO* obliged the judge to substantively conduct the proceedings (*materielle Prozessleitung*) and so that he has specific tasks to determine the framework of the legal dispute.¹² According to the current version of the *dZPO*, if it is necessary, the judge must discuss the factual and legal aspects of the dispute with the parties and ask questions, and he must ensure that the parties give a complete explanation about all relevant facts in time, in particular they add sufficient information on the facts alleged, identify the evidence and make the relevant applications. The court can use measures

¹⁰ Act I of 1911 on the Code of Civil Procedure, Section 224 and 225.

¹¹ KIRÁLY Lilla, *Gyorsabb, egyszerűbb, olcsóbb, hatékonyabb?: Az új magyar polgári perrendtartás általános rész osztott perszerkezetének hatékonysági elemzése*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 2019, p. 152.

¹² WOPERA Zsuzsa (ed.), *A polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény magyarázata*, Wolters Kluwer, Budapest, 2017, p. 29.

taken by the process management to structure the proceedings.¹³ As a result, the German procedural law has got rid of its liberal characteristics through the above-mentioned reforms, and by leaving behind the dominance of the parties, it recognized that the active case management could be the key to an efficient way to enforce claims.

The Swiss Act on Civil Procedure (schweizerische Zivilprozessordnung, hereinafter: schZPO) also applies active case management. Most of all, it shows up in the so-called principle “the court’s obligation to question”. The Act says: if a party’s submissions are unclear, contradictory, indeterminate, or obviously incomplete, the court will give them the opportunity to clarify and supplement by asking appropriate questions.¹⁴ Furthermore, the Romanian Act of 2010 on Civil Procedure uses an especially active case management. Unlike the above-detailed legal systems, the Romanian procedural law prefers the inquisitorial system instead of the adversarial system and aims to completely prove the alleged facts.¹⁵ This means that the Romanian judge has the right to take all measures, which could be reasonably necessary to reveal the truth, even against the will of the parties.¹⁶ The active judicial role fits, but the extended *ex officio* proving method and the inquisitorial system does not correspond with the European tendencies.

¹³ dZPO, Section 139.

¹⁴ schZPO, Article 56.

¹⁵ SZÉKELY János, *Újítások a bizonyítási eljárás terén Románia új Polgári eljárásjogi törvénykönyve rendelkezéseinek fényében*; In: HARSÁGI Viktória – RAFFAI Katalin – SURI Noémi (eds.), *Új jogalkotási perspektívák és tendenciák Magyarországon és az Európai Unióban*, Pázmány Press, Budapest, p. 2014

¹⁶ GHIȚĂ, Daniel, *Procedure Institutions Reformed through the New Romanian Civil Procedure Code: Legal Bases and Prospects*; In: *Revista de Stiinte Politice*, 2015, No. 46., p. 319.

III. The evolution of the judicial role in Hungary

The social model and also the entire Austrian procedural law had a serious effect on the Hungarian procedural law, which appeared in the Act I of 1911 on the Code of Civil Procedure (hereinafter: Civil Procedure of 1911). Due to this, the Civil Procedure of 1911 was also based on the active role of the judge. In this Act, the active role of the judge showed up in case management completed with the already applied case administration of the proceedings.¹⁷ The latter means that the judge had to conduct the proceedings, open the hearing, call the parties to present their statements, hear and ask questions of the witnesses, experts and other persons, close the hearing, and also he had to pronounce the decisions. Furthermore, the judge had to provide the parties to clarify the uncertain requests and statements, to make up the incomplete statements and evidence and to submit the required requests and statements generally. He also had to take in consideration certain circumstances *ex officio*.¹⁸ The judge was expected to manage the case actively in order to discover the material truth.¹⁹

After the end of World War II, in the beginning of the communist era, nearly the whole legal system was reformed in Hungary. The civil procedural law was not an exception with the Act III of 1952 on the Code of Civil Procedure. This Act was based both on the Act I of 1911 and the Soviet code of 1923 on Civil Procedure, it was a kind of mixture of them. However, it primarily aimed to get rid of the imperialistic and bourgeois rules that the Act I of 1911 used to have.²⁰ So, similar to the Soviet procedural law, the court

¹⁷ KENGYEL, *A magyar polgári perjog száz éve...*, p. 325. ref. 9.

¹⁸ Act I of 1911 on the Code of Civil Procedure, Section 224 and 225.

¹⁹ KENGYEL, *A magyar polgári perjog száz éve...*, p. 326. ref. 9.

²⁰ NÉMETH János, *A polgári perjogunk fejlődése a felszabadulás óta*, Magyar Jog, 1985/3-4., p. 290.

had to discover the material truth, while the right to disposition was pushed into the background and was divided among the party, the court and the prosecution.²¹ In order to find out the truth, the judge was obliged to take a dominant part in the procedure. Generally, judicial dominance was one of the characteristics of the socialist procedural law. This perception prevailed for a while in the post-communist era. Then it was thought that the judge is not expected to enforce the claims of the parties instead of them, despite their will or in the case of their negligence, but it is his task to provide to enforce their claims in an efficient, impartial, and fair trial.²² It also implies that the judge did not have to discover the truth. The principle of free disposition was strengthened, whereas taking evidence *ex officio* was restricted to special types of procedures. However, the judge was bound to the requests of the parties but was not bound to the right to be enforced, so he can judge a legal dispute under another legal title. After that the Act CXXX of 2016 made a serious change in this aspect.

IV. The court's duty to manage the case as a principle

The Hungarian legislator was convinced that the active role of judges in case management was necessary to be expressed as a basic principle. A clearly visible attribute of the CCP is that the chapter about the basic principles contains exclusively those principles that shall apply throughout the entire civil procedure. Beside them, there are more procedural principles regulated by the CCP, but they do not necessarily affect the whole procedure. However, the court's duty to manage the case was regulated as a basic principle because it has to affect the entire civil procedure. By this, the judges' role was strengthened and made more active in order to define the framework

²¹ KENGYEL, *Magyar polgári eljárásjog*, p. 62. ref. 1.

²² The ministerial justification of the Act LX of 1995.

of the dispute. First of all, it manifested in case management both at first and second instance.²³ The essence of the divided structure of the procedure is that the object of the legal dispute should be determined in the preparatory stage, and after that, the main hearing should be limited only to taking evidence. The closing of the preparatory stage functions as a general preclusion, which means after that the parties can submit new statements or motions for the presentment of evidence or change the action under exceedingly strict conditions. To avoid the extreme formalism of the divided procedural structure, which would be against the interests of both parties, and to prevent it from leading to an ineffective production of the files instead of the pursuit of justice, the judge has to be given a managerial, active role.²⁴

The court's duty to manage the case is inseparable from the principle of concentration of proceedings and the parties' obligation to facilitate the proceedings, which are also main basic principles of the civil procedure. The principle of concentration of proceedings applies to both the court and the parties, both of them shall strive to make available at the appropriate time all facts and evidence necessary to deliver the judgment, so that the legal dispute can be adjudicated, if possible, during a single hearing.²⁵ In addition to this, the parties shall be obliged to enable the proceedings to be conducted and completed in a concentrated manner.²⁶ The CCP says under the regulation of the court's duty to manage the case: with a view to ensuring the concentration of proceedings, the court shall, in the manner and using the means specified in this Act, contribute to enabling the parties to perform their procedural

²³ WOPERA, *A polgári perrendtartásról szóló...*, p. 28. ref. 12.

²⁴ DÖME Attila, *A perkoncentráció kulcsa: a közbenszóló határozat*; In: NÉMETH János – VARGA István (eds.): *Egy új polgári perrendtartás alapjai*, HVG-Orac, Budapest, 2014, p. 406.

²⁵ CCP, Section 3.

²⁶ CCP, Section 4, Subsection 1.

obligations.²⁷ It should be added that primarily the principle of the parties' obligation to facilitate the proceedings should be understood under the procedural obligations, therefore these three basic principles are closely related to each other. Moreover, the principle of concentration of proceedings, the parties' obligation to tell the truth and the principle of good faith should also be understood under it. A Hungarian scholar, Varga doubts that the court's duty to manage the case should be treated as a principle, he views it as only a procedural criterium. In his perception, it does not have an own content, it is merely a reference to the concentration of proceedings and the parties' obligation to facilitate the proceedings.²⁸

The relation between the court's duty to manage the case and the parties' obligation to facilitate the proceedings might seem quite controversial at first glance. It might be believed that a certain civil procedural model has to choose either the dominance of the parties or the dominant and active role of the judge. However, in the Hungarian procedural law, these two basic principles should not prevail at the expense of each other, on the contrary, they should strengthen each other in an optimal case. We could also say that they are directly proportional to each other. This means the parties are able to collaborate and collude to facilitate the concentration of proceedings so long as the court offers support to enable the parties to fulfil their procedural obligations. Although we should note that the parties can and have to make an effort to collaborate. As we observe the drafting of the court's duty to manage the case in the Act, it has a supplementary and an auxiliary function in connection with the parties' obligation to facilitate the proceedings. But both principles' main goal is to concentrate the actions, which also cannot

²⁷ CCP, Section 6.

²⁸ VARGA István (ed.), *A polgári perrendtartás és a kapcsolódó jogszabályok kommentárja I/III.*, HVG-Orac, Budapest, 2018, p. 32.

have an end in itself. The concentration of proceedings has to provide both the efficient, rapid jurisdiction and the legal protection on individual and social level too.

We could summarize the court's duty to manage the case and the parties' obligation to facilitate the proceedings as the obligation to cooperate or the principle of cooperation. Under this perception, neither the judge nor the parties dominate the proceedings otherwise the procedural rights are divided between them in a way that expects the cooperation of them. The judge is the one whose task is to organize and manage to cooperate, since the parties went to the court because they were not able to solve their legal dispute by themselves. Thus, the judge is expected to conduct the proceedings in a managerial way.²⁹

A counter-argument alleged that the active role of the judge might result the legal counsels being pushed into the background, tending to be passive and being unmotivated to get prepared thoroughly. Nevertheless, this is obviously not the purpose of judicial activity, but rather to correct the mistakes of the legal counsels, or properly make up for the deficiencies of the legal counsels who tend to be passive.³⁰ Although it is indispensable to emphasize that the judge must not replace the legal counsels, he must not take over his tasks, since the active case management works as a safety net, by which the judge can merely correct and make up for the deficiencies in a subsidiary manner.

²⁹ ÉLESS Tamás – DÖME Attila: *Alapvetések a polgári per szerkezetéhez*; In: NÉMETH János – VARGA István (eds.), *Egy új polgári perrendtartás alapjai*, HVG-Orac, Budapest, 2014, p. 59., p. 64., p. 78.

³⁰ DÖME, *A perkoncentráció kulcsa...*, p. 415. ref. 24.

V. Manifestations of judicial activity

Basically, the measures or the conducts of the court can be classified into two categories. The case administration includes all the measures that serve the scheduling and the continuity of the proceedings.³¹ Their goal is to make the proceedings as rapid, cheap, expedient and efficient as possible.³² These procedural acts can be carried out both at the hearing (*e.g.* opening the hearing) and outside the hearing (*e.g.* summon). Within the case administration, the judge shall determine the sequence of these acts and his task is to maintain order. There is no doubt that the case administration is necessary to conduct the proceedings, even in that type of procedural systems where the judge is expected to be rather passive.

Besides that, case management includes all the measures which aim to give the parties an opportunity to expound their standpoints about the content of the relevant substantive law and to present the facts and their evidence in time that are necessary to judge the lawsuit.³³ Case management is directed at the merit of the legal dispute, which is related to the right to be enforced.³⁴ Providing information properly in the framework of case management facilitates that the court and the parties are able to be aware of the relevant facts and legal standpoints that were apparently not taken into consideration or were considered irrelevant or unimportant by the parties, but are going to be the basis of the court's decision.³⁵ The main purpose of

³¹ KIRÁLY, *Gyorsabb, egyszerűbb, olcsóbb, hatékonyabb?...*, p. 161. ref. 11.

³² ÉLESS – DÖME, *Alapvetések a polgári per szerkezetéhez...*, p. 74. ref. 29.

³³ URL: <http://jogiforum.hu/interju/137> (14.12.2021).

³⁴ KIRÁLY, *Gyorsabb, egyszerűbb, olcsóbb, hatékonyabb?...*, p. 161. ref. 11.

³⁵ ÉLESS Tamás – ÉBNER Vilmos, *A percezúra – az érdemi tárgyalás előkészítése*; In: NÉMETH JÁNOS – VARGA István (eds.), *Egy új polgári perrendtartás alapjai*, HVG-Orac, Budapest, 2014, p. 388.

case management is to prevent making a decision that cannot settle the legal dispute definitively.³⁶

Under the relevant rule of the CCP, if the preparatory statement made by a party including, for the purposes of this section, any statement made in the statement of claim, is incomplete, not sufficiently detailed or contradictory, the court shall intervene to have the party make a complete preparatory statement or rectify its deficiencies.³⁷ By exercising case management, the judge becomes more active, thus he is able to facilitate the concentration of proceedings. The judge shall call upon the parties to explain their unclear requests and statements, and complete their evidence and statements, moreover, he has to pay attention to the circumstances that must be taken into consideration *ex officio*.³⁸ In addition to this, the judge can ask a question anytime in order to clarify the case, and he is obliged to provide information to the party without legal counsel concerning his rights and obligations accrued by the judicial proceedings.³⁹ Case management is important to prevent making a 'surprise judgment' that were not expected by the parties at all, because such a judgment would make the procedure completely ineffective.⁴⁰

Active case management can take place both in written and oral form. The great advantage of the oral form is that the parties are able to react directly to each other's statements, and the judge can make the deficiencies and contradictions clear directly and immediately. The written form could be more advantageous in more complicated legal disputes in which the parties

³⁶ KIRÁLY, *Gyorsabb, egyszerűbb, olcsóbb, hatékonyabb?...*, p. 146. ref. 11.

³⁷ CCP, Section 237, Subsection 1.

³⁸ The Conception of the new CCP, p. 62.

³⁹ CCP, Section 111.

⁴⁰ The Conception of the new CCP, p. 61.

need more time to get prepared to make appropriate, reasonable, coherent and detailed statements.⁴¹ Case management is exercised mostly at the preparatory hearing in an oral form. However, it can also be applied in a written form before the preparatory hearing if the judge ordered further preparation in writing.

It is important to note that the court's duty to manage the case and case management are not the same as the obligation to provide information. The CCP of 1952 expected the judge to provide information generally in every case, however, the current CCP does it in a more limited way. While exercising case management, the judge must not distinguish the parties being represented by a legal counsel or not. The obligation of cooperation must be interpreted in the relation between the court and the parties, so optimally the legal counsels should act as a 'professional bridge' between the court and the party represented by them. Therefore, the legal counsels should play the role of an intermediary in the system, which is based on cooperation.⁴² If the judge exercised case management asymmetrically, the party represented by a legal counsel would call the judge in question for not being impartial enough. So, the judge must not take over the task and the role of neither of the party, nor the legal counsel.

Providing information in the framework of case management shall be clear enough and adequate, and it shall always be adjusted to the characteristics of the party as well.⁴³ Although both the party who is unfamiliar with the law and the party represented by a legal counsel should be provided by information, it should not happen in the same measure and the same way due to their circumstances. Under the regulations of the CCP,

⁴¹ ÉLESS – ÉBNER, *A pervezúra – az érdemi tárgyalás előkészítése*, p. 388. ref. 35.

⁴² ÉLESS – DÖME, *Alapvetések a polgári per szerkezetéhez...*, p. 74. ref. 29.

⁴³ ÉLESS – ÉBNER, *A pervezúra – az érdemi tárgyalás előkészítése*, p. 388. ref. 35.

the court shall have the power to order to have the party heard in person so as to define the framework of the dispute, in particular, with a view to clarifying the party's factual claims, legal allegations and the availability of filing motions, statements of defence and evidence, and the court shall inform the party concerning - where appropriate - the possibility of presentment of evidence, the means of evidence available under this Act, and the relevant conditions having regard to facts requiring evidencing.⁴⁴ These are the only occasions that are allowed to exercise case management slightly asymmetrically, but this distinction does not violate either the principle of impartiality, or the principle of equality of the parties.

VI. Timing of case management

As it was mentioned above, the court's duty to manage the case counts as a basic principle, which must prevail during the entire proceedings. This is a guiding rule, but it is worth clarifying at what phase of the proceedings it should be exercised.

The managerial judge shall exercise case management during the whole procedure until the end of it,⁴⁵ including both the preparatory stage and main hearing stage, plus the proceedings of the second instance but with a different intensity. Generally, the main time for active case management is when the judge recognizes that the efficient exercising of the party's right to disposition is not provided sufficiently, and this mostly occurs during the preparatory stage. Therefore, case management has a prominent role during the preparatory stage, since the purpose of the judicial activity is to clarify the facts and define the framework of the legal dispute, and primarily the preparatory stage is the place for that. The judge can exercise case

⁴⁴ CCP, Section 253, Subsection 1-2.

⁴⁵ ÉLESS – DÖME, *Alapvetések a polgári per szervezetéhez...*, p. 70. ref. 29.

management if he notices that the party's preparatory statement is incomplete, unclear, not detailed enough or contradictory. It is also important to note that there is a significant difference between the preparatory stage and the proceedings after that in the aspect of case management. Namely, the court has more extensive rights during the preparatory stage because only the framework of the legal dispute is being defined in this procedural phase,⁴⁶ which essentially requires the judge to conduct actively. Under the CCP, if the preparatory statement made by a party including, for the purposes of this section, any statement made in the statement of claim, is incomplete, not sufficiently detailed, or contradictory, the court shall intervene to have the party make a complete preparatory statement or rectify its deficiencies.⁴⁷ So determining the exact time to intervene belongs to the discretionary powers of the judge. Does that kind of discretionary power cover all phases of the procedure, especially before the preparatory stage? Or to be more precise, while examining whether the statement of claim is suitable for litigation, is the judge allowed to exercise case management?

The National Conference of the Leaders of Civil Law Divisions has interpreted numerous questions like that. Firstly, it was not entirely clear what the correct solution is if the statement of claim does not contain one of the compulsory content elements or contains it incompletely: rejecting the statement of claim, ordering the remedying of the deficiencies, or exercising case management. According to the interpretation, if it does not contain at least one of the compulsory content elements at all, the court shall reject it. If it does contain all these elements, but they are incomplete, the court shall order remedying the deficiencies. If it does contain all such elements completely, but the claim is inconsistent, illogical, or contradictory, the court

⁴⁶ KIRÁLY, *Gyorsabb, egyszerűbb, olcsóbb, hatékonyabb?...*, p. 164. ref. 11.

⁴⁷ CCP, Section 237, Subsection 1.

should neither reject the claim nor order remedying the deficiencies. The right solution is to accept the statement of the claim and deliver it to the defendant. After the defendant has submitted the statement of defence, the court shall exercise case management in the preparatory stage so that the plaintiff can correct the mistake.⁴⁸

From this interpretation we can deduce that the court should not exercise case management before the preparatory stage. However, it is necessary to note that the lawsuit is not established until the statement of claim is delivered to the defendant. The legal effects of the action arise at this procedural moment, so before this moment there is only a bipolar legal relation between the court and the plaintiff, and after that it becomes a tripolar lawsuit. The equality of the parties and the requirement of impartiality expect the judge not to exercise case management until the defendant is not aware of the claim.

Secondly, according to another interpretation, the judge shall not exercise case management if he notices that the right to be enforced is incomprehensible, however it is allowed to order remedying the deficiencies within judicial guidance, so in this way the judge can contribute to enabling the parties to perform their procedural obligations.⁴⁹ It indicates that the judicial guidance can be fulfilled without case management, hence the former one is a broader notion. So, they are definitely not equal to each other, case management is not the only way of the duty to manage the case. However, there is no doubt that case management is its primary and most common form.

⁴⁸ Interpretation No. 10 of the National Conference of the Leaders of Civil Law Divisions (07.07.2017.); URL: <https://kuria-birosag.hu/hu/ckot-allasfoglalasok?page=10> (17.12.2021),

⁴⁹ Interpretation No. 11 of the National Conference of the Leaders of Civil Law Divisions (21.06.2018.); URL: <https://kuria-birosag.hu/hu/ckot-allasfoglalasok?page=6> (17.12.2021),

So, it is clearly visible that case management can be exercised only after the communication of the claim, however, there is a major difference between exercising it in the preparatory stage or after it. During the preparatory stage, the judge can exercise it in a much wider range, because the legal dispute is just being detected in an abstract way in this stage,⁵⁰ which highly demands the active guidance of the judge.

The essence of case management in the preparatory stage is that the parties are able to consider their goals as much as possible, they can reveal their intentions, they can consider their realistic possibilities, and a kind of schedule is being made for the proceedings by the cooperation of the parties and the judge. The primary task of the managerial judge in the preparatory stage is to correct the parties' unintentional errors, to make up for the deficiencies, to unequivocally clarify the relevant questions of law and facts to be decided for all of the parties, and last but not least, to impartially enable and facilitate the parties – without violating their right to disposition – to enforce their legal claims. As a result, the court and the parties should get a full view of the case, thereby the legal dispute gets clear for everyone.⁵¹ Although the frames of the legal dispute can be clarified optimally during a single preparatory hearing, the judicial guidance might be counterproductive. It could be a contradiction that, on the one hand, the parties have to present their statements and motions under the principle of concentration of proceedings, and the judge has to clarify and summarize the legal dispute during the preparatory stage as thoroughly as possible.

Optimally, the framework of the dispute could be determined by case management at only one hearing, the judicial activity might prolong the procedure. On one hand, the parties are obliged to submit their statements as

⁵⁰ ÉLESS – DÖME, *Alapvetések a polgári per szerkezetéhez...*, p. 70. ref. 29.

⁵¹ DÖME, *A perkoncentráció kulcsa...*, p. 406., p. 411. ref. 24.

soon as possible, but on the other hand, the court has to determine the framework of the dispute as thoroughly and precisely as possible. So, to solve this problem, according to an interpretation, it is allowed to postpone the preparatory hearing if the party cannot motion for the presentment of evidence immediately in the preparatory hearing due to exercising case management.⁵² The reason behind this is that case management apparently cannot be treated as a fault of the party.

However, the legal dispute is defined by closing the preparatory stage and a certain schedule for taking evidence is made, the judge is entitled to exercise case management during the main hearing stage, especially if such a novum comes to light that needs judicial guidance. Nevertheless, case management is only allowed to exercise within a much narrower range at the main hearing stage,⁵³ because this phase is only limited to performing the tasks that have already been⁵⁴ consulted in the preparatory stage. Case management in exercised the main hearing stage is a legal reason for amendment of the action or the statement of defence or subsequent taking of evidence, which shows how significant it is.⁵⁵

VII. The limits of the active case management

It is indispensable to delimit the active role of the judge and to point out the procedural criteria and guarantees that must not be violated by active case management. The primary limit is a guiding basic principle, the principle of free disposition. It is of the utmost importance that the judge must not take over the tasks of the parties, not even while exercising case management. Of

⁵² Interpretation No. 19 of the National Conference of the Leaders of Civil Law Divisions (15.04.2019); URL: <https://kuria-birosag.hu/hu/ckot-allasfoglalások?page=3> (17.12.2021).

⁵³ ÉLESS – DÖME, *Alapvetések a polgári per szerkezetéhez...*, p. 70. ref. 29.

⁵⁴ DÖME, *A perkoncentráció kulcsa...*, p. 406. ref. 24.

⁵⁵ CCP Section 215, Section 216, Section 220.

course, the court shall hear and determine disputes upon request, the parties may dispose freely of their actionable rights and the motions, and legal statements of the parties must be binding upon the court. In connection with this, under the rules of the CCP, case management shall be guided by the parties' motions and legal allegations,⁵⁶ which are the manifestation of the right to disposition.

The judge must facilitate and enable the parties to perform their acts properly according to their intentions, however, must not take over a task from the parties that they are unable to perform. Besides that, he must not intervene in issues that exclusively belong in their private sphere.⁵⁷ The court is allowed to cross the parties' requests only in special types of procedures, such as the entire category of actions concerning civil status⁵⁸ which includes for instance the action placement under guardianship, matrimonial actions, actions of origin and actions for custody of a child. In other words, judicial activity is constrained by the trinity of the claim, the statement of defence and the right to be enforced.

By case management the judge must not inform the party about that the facts presented by him bring up a different substantive right to be applied, especially if it needs a change of action, a change of defence or a change of the right to be enforced. So, in essence, the judge is not allowed to point out the suitable and proper legal basis. Notwithstanding, the judge may inform the party about that the claim is unachievable by the right asserted by action.⁵⁹

⁵⁶ CCP, Section 237, Subsection 5.

⁵⁷ KIRÁLY, *Gyorsabb, egyszerűbb, olcsóbb, hatékonyabb?...*, p. 160. ref. 11.

⁵⁸ VIRÁG Csaba: *Az alaki igazságosságot előtérbe helyező fair eljárás nem zárja ki a jó és helyes döntés lehetőségét*; In: NÉMETH János – VARGA István (eds.): *Egy új polgári perrendtartás alapjai*, HVG-Orac, Budapest, 2014, 362.

⁵⁹ KIRÁLY, *Gyorsabb, egyszerűbb, olcsóbb, hatékonyabb?...*, p. 160. ref. 11.

The facts and evidence presented by the parties are also the limits of case management because presenting material facts and making available the evidence to corroborate such facts are under their dispositional control. Although case management includes taking evidence, case management does not mean taking evidences *ex officio* at all.⁶⁰ The active case management is also perceived as the extension of the adversarial system, since the party who is unfamiliar with the law or just not represented appropriately has a possibility for properly enforcing his claim under the guidance of the judge. Its purpose is to eliminate the dangers and to supplement the deficiencies of the absolute adversarial system, so that it may prevent the party from being deprived of legal protection due to his unclear statements and his unfamiliarity with the law.⁶¹

The CCP does not oblige the judge to arbitrarily and *ex officio* pursue to discover the truth or enforce a claim, even against the will of the parties. His primary task is to judge the legal dispute, more closely the right to be enforced which is based on the allegation of the infringed right.⁶² It is still sufficient to secure procedural or formal justice and to provide the legality of the procedure, while it is not a purpose for the court to find out the material truth. This perception is based on the decision 9/1992 of the Hungarian Constitutional Court, which says there is no constitutional guarantee to find out the material truth, but it is the constitutional obligation of the state to provide an impartial decision in legal disputes. Therefore, the court is not required to discover the truth, but it is expected to provide a fair trial and ensure the legality of the procedure.⁶³

⁶⁰ ÉLESS – DÖME, *Alapvetések a polgári per szerkezetéhez...*, pp. 72-73.. ref. 29.

⁶¹ KIRÁLY, *Gyorsabb, egyszerűbb, olcsóbb, hatékonyabb?...*, p. 162. ref. 11.

⁶² VIRÁG, *Az alaki igazságosságot előtérbe helyező fair eljárás...*, p. 362. ref. 58.

⁶³ UDVARY Sándor, *Polgári eljárásjog I.*, Patrocinium Kiadó, Budapest, 2015, p. 17.

So, both the principle of free disposition and the adversarial principle count as the limit of the court's duty to manage the case, since the judge is prohibited from determining the legal basis of the right to be enforced of neither party.⁶⁴ It can be doubted whether case management violates the principle of free disposition or the adversarial principle. According to the view of the Conception of the CCP, both the above-mentioned principles can prevail, because the party is completely free to decide to follow the guidance of the court or not.⁶⁵ Since it belongs to the dispositional right of the party to use or what extent to use the measures of case management in his own acts, requests and statements.⁶⁶ However, if the party decides not to follow the guidance and hence he loses the lawsuit, he cannot refer to that the court dismissed his claim regard to such a legal argumentation that he had not even known. Although the judge is obliged to comply with the requirement to be active, it is not a cause to vacate the judgment if the court of second instance does not agree with case management of the court of first instance, and this fact reduces his responsibility somewhat.⁶⁷

The criterium of fair trials still has to be provided entirely, so the judge can exercise case management as much as he can keep his impartiality and the appearance of impartiality as well.⁶⁸ The active role of the judge should facilitate the parties to enforce their claims, thus the impartiality of the judge should not be realized in indifference, disinterest and passivity but rather in the prohibition of giving preference to either party over the other. The judge can only facilitate the parties exercising their rights to disposition and he

⁶⁴ URL: <http://www.jogiforum.hu/interju/137> (14.12.2021).

⁶⁵ The Conception of the new CCP, p. 62.

⁶⁶ KIRÁLY, *Gyorsabb, egyszerűbb, olcsóbb, hatékonyabb?...*, p. 164. ref. 11.

⁶⁷ CCP, Section 384, Subsection 1.

⁶⁸ KIRÁLY, *Gyorsabb, egyszerűbb, olcsóbb, hatékonyabb?...*, p. 164. ref. 11.

cannot do it instead of them. The judge has tools like asking questions, making the answers clear and calling upon the parties to do something and not like consultation, assistance or giving of advice. This can avoid violating the impartiality or the equality of the parties but can facilitate the progress of the procedure.⁶⁹ By deciding not to give advice, consult or assist, the judge does not take over the legal counsel's role. He is neither allowed to give an advice even in a disguised way nor to give information about the substantive law. It is still forbidden to drop a concealed hint to submit a substantive objection or encourage the party to change the action. In conclusion, while exercising case management the judge is expected to pay a lot of attention to impartiality and equality of the parties.

VIII. Summary

By examining the judicial role in different legal systems, it is clear, that the active role of the judge created by the Austrian social model has become fairly popular in the last century and has been introduced in numerous countries. The court's duty to manage the case should not be treated in itself, because it is inseparable from the principle of concentration of proceedings and the parties' obligation to facilitate the proceedings, because in order to successfully concentrate the actions both the court and the parties have to take part actively in the procedure.

Case management can be defined both in a positive and a negative way. If we would like to define it in a positive way, it needs clarification on what activities are included. So as to summarize it, the judge's task is to clarify the frameworks of the legal dispute as soon as possible using mainly but not exclusively the tools of case management. And there is no doubt that the primary procedural phase for that is the preparatory stage.

⁶⁹ ÉLESS – DÖME, *Alapvetések a polgári per szerkezetéhez...*, p. 62., p. 73. ref. 29.

In order to define it in a negative way, certain principles, rules and criteria must be respected while exercising case management. In order that the principle of free disposition can prevail inviolably, the court is bound to the facts stated by the parties, to the claims and to the right to be enforced. The latter requirement may challenge the judges because the court shall inform the party if the right to be enforced is inappropriate, meanwhile he is not allowed to point out the proper legal title. Due to the adversarial principle, the judge is not empowered to take the evidence *ex officio*. In addition, the judge must avoid even the slightest appearance of impartiality, which might be difficult particularly in those procedures where one of the parties is represented by a legal representative while the other one is not.

I am firmly convinced that case management can be exercised without seeking to discover the material truth, because the latter one is apparently not a procedural purpose or requirement at all. The parties are still the ones who have to present the material facts and the evidence, the judge can only guide them to do so in a fair trial, and he is not obliged to find out the truth, providing the legality of the procedure is sufficient. In my view, case management does not mean discovering the truth at all. It is supported by the fact that a decision on the merits shall not include a right that was not claimed by a party in the action. It is clear, that judges' responsibility has significantly increased for the efficiency of the procedure, because the unlimited case management could cause more damage than benefits. As closing words, I intend to emphasize that the court can contribute to conducting a procedure rapidly and efficiently and to providing a satisfying level of legal protection only through a properly practiced case management and by respecting the limits of it.

ARTICOLE

NECONSTITUȚIONALITATEA „PRETENȚIILOR
PĂRȚII CIVILE” – ART. 10 ALIN. (1) DIN
LEGEA NR. 241/2005

DOI: 10.24193/SUBBIur.67(2022).2.5
Data publicării online: 30.11.2022

Oana BUGNAR-COLDEA*

Rezumat: Recent, Curtea Constituțională a decis că sintagma „pretențiile părții civile” din cuprinsul art. 10 alin. (1) din Legea nr. 241/2005, în forma anterioară modificărilor aduse prin Legea nr. 55/2021 este neconstituțională întrucât încalcă principiul egalității armelor. În acest context, după o trecere în revistă a modificărilor aduse de-a lungul timpului dispozițiilor art. 10 alin. (1) din Legea nr. 241/2005 și a argumentelor instanței constituționale, am analizat în ce măsură dispoziția declarată neconstituțională încalca dispozițiile art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului sau doar dispozițiile din Constituție prin raportare și la jurisprudența CCR.

Cuvinte cheie: evaziune fiscală, art. 10 alin. (1) din Legea nr. 241/2005, pretențiile părții civile, neconstituționalitate, neconvenționalitate, egalitatea armelor

* Dr. Oana BUGNAR-COLDEA, Cadru didactic asociat, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, avocat colaborator SCPA „Sergiu Bogdan&Asociații”, <https://orcid.org/0000-0003-4618-4274>, e-mail: oana.bugnar@yahoo.com.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE
“CLAIMS OF THE CIVIL PARTY” – ART. 10
PARA. (1) OF LAW NO. 241/2005

Abstract: Recently, the Constitutional Court ruled that the phrase "claims of the civil party" in art. 10 para. (1) of Law no. 241/2005, in the form prior to the amendments brought by Law no. 55/2021 is unconstitutional as it violates the principle of equality of arms. In this context, after a review of the changes brought over time to the provisions of art. 10 para. (1) of Law no. 241/2005 and the arguments of the Constitutional Court, we analyzed to what extent the provision declared unconstitutional violated the provisions of art. 6 of the European Convention on Human Rights or only the provisions of the Constitution by reference to the jurisprudence of the RCC.

Key-words: tax evasion, art. 10 para. (1) of Law no. 241/2005, claims of the civil party, unconstitutionality, unconventionality, equality of arms

Cuprins

I.	Indecizia legiuitorului.....	128
II.	Viziunea Curții Constituționale	131
III.	Neconvenționalitate, neconstituționalitate, inechitate?	133
IV.	Lista bibliografică:	140

Într-o continuă încercare de prevenire și combatere a evaziunii fiscale, legiuitorul nu s-a limitat de-a lungul timpului la modificarea legislației fiscale¹, Legea nr. 241/2005² suferind la rândul său modificări. Articolul 10 din acest act normativ a suferit poate cele mai de impact modificări și a suscitat cele mai multe dezbateri, nefiind de mirare că recent Curtea Constituțională a constatat neconstituționalitatea unei sintagme care între timp a fost modificată. Este vorba despre Decizia nr. 867/2021³ prin care instanța constituțională a decis că „sintagma «pretențiile părții civile» din cuprinsul art. 10 alin. (1) din Legea nr. 241/2005 [...] în redactarea anterioară modificării prin Legea nr. 55/2021⁴ [...] este neconstituțională.”

Prezentul material cuprinde așadar o trecere în revistă a modificărilor suferite de-a lungul timpului de art. 10 alin. (1) din Legea nr. 241/2005, ce dovedesc indecizia legiuitorului cu privire la politica penală pe care dorește să o aplice în materia prevenirii, combaterii și sancționării evaziunii fiscale, după care vom prezenta pe scurt viziunea Curții Constituționale din cuprinsul deciziei amintite, finalmente analizând în ce măsură dispozițiile declarate neconstituționale încălcau dispozițiile art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului sau doar dispozițiile din Constituție.

¹ Desigur că multiplele și dese modificări legislative în materie fiscală nu urmăresc doar prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, însă acest aflor de intervenții legislative nu face decât să contribuie, alături de alți factori, la amplificarea acestui fenomen. A se vedea și Nicolae BUZEA, *Teoria generală a infracțiunii fiscale*, Institutul de Arte Grafice „Tipografica”, 1945, p. 22. Cu privire la principiul securității juridice ca principiu fundamental de drept fiscal, Cosmin Flavius COSTAȘ, *Drept fiscal*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2019, pp. 52-53.

² Legea pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, publicată în M.of.: 672/ 27.07.2005.

³ Publicată în M.of.: 325/2022.

⁴ Prin care s-a revenit la sintagma „prejudiciul cauzat”.

I. Indecizia legiuitorului

Urmărind modificările suferite de-a lungul timpului de dispozițiile art. 10 alin. (1) din Legea nr. 241/2005, credem că „indecizie” este cel mai potrivit termen care să caracterizeze conduita legiuitorului din ultimii 8 ani⁵. În varianta inițială, prin art. 10 alin. (1) din lege, erau reglementate anumite „beneficii” de care cei care comiteau infracțiuni de evaziune fiscală puteau să se bucure în măsura în care acopereau integral prejudiciul cauzat prin comiterea faptei”. Astfel, dacă în cursul urmăririi penale sau al judecării, până la primul termen de judecată, învinuitul sau inculpatul acoperea prejudiciul cauzat, beneficia de reducerea la jumătate a limitelor de pedeapsă, i se putea aplica amenda în cazul în care prejudiciul nu depășea 100.000 € în echivalentul monedei naționale sau i se aplica o sancțiune administrativă dacă prejudiciul nu depășea 50.000 €, în echivalentul monedei naționale.

Odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 255/2013, „beneficiile” au fost mult reduse, inculpatul putându-se bucura doar de reducerea la jumătate a limitelor de pedeapsă. Expunerea de motive a Legii nr. 255/2013 nu ne oferă nici o explicație cu privire la necesitatea unei astfel de modificări. Nu putem decât să deducem că această modificare s-a înscris în „obiceiul” legiuitorului de a „preveni și combate” fenomene infracționale prin instituirea unui regim

⁵ Legea nr. 241/2005 a intrat în vigoare în august 2005, dar a cunoscut o perioadă de „liniște” până în anul 2014 când a intrat în vigoare Legea nr. 255/2010 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale, publicată în M.of.: 515/14.08.2013, prin care au fost aduse multiple și importante modificări Legii nr. 241/2005, inclusiv art. 10 din acest act normativ.

sever de sancționare, uneori dincolo de limita bunului simț juridic⁶. O modificare importantă adusă odată cu intrarea în vigoare a acestei legi și care de altfel a și condus la sesizarea recentă a Curții Constituționale constă în înlocuirea sintagmei „prejudiciu cauzat și recuperat” cu sintagma „pretențiile părții civile”. Diferența dintre cele două sintagme este una cât se poate de clară: dacă în vechea reglementare inculpatul trebuia să achite prejudiciul cauzat prin comiterea faptei, stabilit de organele judiciare, independent (cel puțin în teorie) de solicitările administrației fiscale, potrivit noii reglementări inculpatul trebuia să achite pretențiile părții civile, altfel spus, sumele menționate în constituirea de parte civilă, context în care reamintim și faptul că partea civilă, în speță administrația fiscală, este parte interesată în cauză⁷. Nici în ceea ce privește această modificare nu am găsit în cuprinsul expunerii

⁶ Credem că este suficient să facem aici referire la infracțiunea de furt calificat care în vechea reglementare se sancționa cu pedeapsa închisorii de la 3 la 15 ani (art. 209 alin. [1] din C.pen.1968]. În opinia noastră chiar și Legea nr. 241/2005 cuprinde sancțiuni excesive care și-au dovedit însă de-a lungul timpului ineficacitatea în combaterea evaziunii fiscale. Regimul sancționator al infracțiunilor de evaziune fiscală a fost parțial atenuat odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 55/2021 prin care în anumite cazuri pedeapsa închisorii este prevăzută alternativ cu cea a amenzii. Nu putem însă să nu subliniem, cu titlu exemplificativ, că potrivit art. 9 alin. (2) din lege, în măsura în care prin faptele prevăzute la alin. (1) s-a produs un prejudiciu mai mare de 100.000 €, sancțiunea aplicabilă va fi închisoarea între 7 și 13 ani, iar în măsura în care prejudiciul depășește 500.000 €, pedeapsa va fi închisoarea de la 9 la 15 ani. Oricât de importantă ar fi pentru stat și societate colectarea corectă și la timp a taxelor și impozitelor, stabilirea unei pedepse mai mari pentru comiterea unei infracțiuni de evaziune fiscală decât pentru comiterea unei tentative de omor, chiar și în condițiile în care prejudiciul este unul ridicat, credem că depășește orice logică în ierarhia valorilor sociale protejate prin intermediul dreptului penal.

⁷ Pentru diferența dintre cele două sintagme a se vedea și pg. 33-47 și pg. 53-56 din Decizia nr: 867/2021 a Curții Constituționale.

de motive argumente care să susțină necesitatea acestei intervenții legislative sau motivul acesteia.

Prin adoptarea și intrarea în vigoare a Legii nr. 55/2021 s-a revenit parțial la forma anterioară⁸: s-a revenit la sintagma „prejudiciul cauzat”, iar efectul acoperirii acestuia constă în posibilitatea aplicării pedepsei amenzii în cazul în care prejudiciul nu depășește 100.000 €, respectiv obligativitatea aplicării acestei sancțiuni în cazul în care prejudiciul nu depășește 50.000 €⁹.

⁸ În acest context precizăm și că, în opinia noastră, indecizia legiuitorului, reflectată și în modificările la care am făcut referire, privește de fapt modelul pe care dorește să îl adopte în domeniul infracționalității fiscale: modelul autoritar care, printre altele, pune accentul pe sancționarea severă a persoanelor vinovate de comiterea unor astfel de infracțiuni sau modelul liberal axat mai mult pe reintegrarea socială a persoanelor în cauză și repararea prejudiciului cauzat. Am analizat aceste aspecte într-o lucrare anterioară, Oana BUGNAR-COLDEA, *Infracțiunile de evaziune fiscală prevăzute de art. 9 din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale*, Ed. Universul Juridic, București, 2021, p. 458 și urm. A se vedea și Mircea-Ștefan MINEA, Cosmin Flavius COSTAȘ, Diana Maria IONESCU, *Legea evaziunii fiscale. Comentarii și explicații*, Ed. C. H. Beck, București, 2006, p. 31; Jean PRADEL, *Droit Pénal Comparé*, 4^e édition, Ed. Dalloz, Paris, 2016, pp. 885, 929.

De altfel, și în expunerea de motive a Legii nr. 55/2021 s-a arătat că „în cazul infracțiunilor de evaziune fiscală, cel mai important este recuperarea prejudiciului suferit de stat”, iar scopul pedepselor este de prevenție, reeducare dar și reparator, „și nu menținerea unei persoane în detenție, fapt ce atrage și mai multe cheltuieli din partea statului”.

Dacă modificările aduse prin Legea nr. 55/2021 sunt laudabile, legiuitorul părând că începe să înțeleagă că în materia acestor infracțiuni mai importantă este recuperarea prejudiciului decât încarcerarea persoanei vinovate, îndreptându-se așadar spre modelul liberal, intrarea în vigoare a OUG nr. 130/2021 prin care aplicabilitatea dispozițiilor art. 10 alin. (1)¹ a fost limitată la situațiile în care prejudiciul nu depășește 100.000 € reprezintă o dovadă că totuși, acesta nu este încă pregătit să renunțe la sistemul autoritar.

⁹ Legea nr. 241/2005 a mai fost modificată recent prin OUG: 130/2021, publicată în M.of.: 1202/18.12.2021, modificarea adusă însă dispozițiilor art. 10 alin. (1) neinteresând din perspectiva prezentei analize, având în vedere că intervenția legislativă a constat doar în

La o trecere în revistă a modificărilor aduse dispozițiilor art. 10 alin. (1) din lege, printre altele, se poate așadar observa că în forma inițială s-a făcut referire la „prejudiciul cauzat”, după intrarea în vigoare a Legii nr. 255/2013 a fost preferată sintagma „pretențiile părții civile”, iar în prezent, urmare a intrării în vigoare a Legii nr. 55/2021, pentru a beneficia de dispozițiile menționate inculpatul trebuie să achite, din nou, „prejudiciul cauzat”. Sintagma „pretențiile părții civile” a făcut recent obiectul controlului de constituționalitate, prin Decizia nr. 867/2021, Curtea Constituțională a României stabilind că aceasta este neconstituțională, această decizie făcând obiectul prezentei analize.

II. Viziunea Curții Constituționale

Prin Decizia nr. 867/2021 Curtea Constituțională a decis că „sintagma «pretențiile părții civile», cuprinsă în dispozițiile art. 10 alin. (1) din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, în redactarea anterioară modificării prin Legea nr. 55/2021 privind modificarea și completarea Legii nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, este neconstituțională”.

În esență, Curtea și-a întemeiat decizia pe următoarele argumente principale:

- faptul că partea civilă este liberă să solicite pretenții într-un quantum mult mai mare sau mult mai mic decât quantumul prejudiciului stabilit de procuror poate determina fie crearea unui impediment de natură să împiedice acoperirea sumei respective și, implicit, aplicarea cauzei de reducere a

menționarea, pe lângă infracțiunile prevăzute la art. 8 și 9 din lege, și a infracțiunii prevăzute de art. 6¹ ca fiind cele prin raportare la care pot deveni incidente dispozițiile art. 10 alin. (1) din lege.

limitelor de pedeapsă, fie crearea unei situații de natură a avantaja anumiți inculpați;

- aplicarea acestui beneficiu este condiționată de comportamentul persoanei vătămate (statul), în condițiile în care constituirea de parte civilă rămâne caracterizată de principiul disponibilității, astfel încât statul poate decide dacă exercită acțiunea civilă sau nu. În aceste circumstanțe, pentru ca inculpatul să aibă posibilitatea de a beneficia de dispozițiile art. 10 alin. (1) din lege „este necesar ca statul să se constituie parte civilă și să indice în mod clar, concret, explicit pretențiile pe care le are sub aspectul laturii civile” (pg. 58 din decizie). Or, nu este exclus ca, având în vedere că partea civilă are interese contrare inculpatului, aceasta să își exercite dreptul în mod abuziv, cu scopul de a exclude accesul inculpatului de la beneficiul cauzei de reducere a pedepsei.

- având în vedere aceste aspecte „legiuitorul a creat premisa aplicării cauzei de reducere a pedepsei ca rezultat al unor interpretări sau aprecieri arbitrare ale persoanei vătămate/părții civile”, iar „prin această modalitate de reglementare, legiuitorul a conferit persoanei vătămate/părții civile din procesul penal (referitor la infracțiunile de evaziune fiscală prevăzute de art. 8 și 9 din Legea nr. 241/2005) o poziție privilegiată, simpla manifestare de voință a acesteia din urmă putând determina posibilitatea aplicării sau neaplicării cauzei de reducere a limitelor de pedeapsă” (pg. 59 din decizie);

În aceste condiții, Curtea a apreciat că nu este respectat dreptul la un proces echitabil și principiul potrivit căruia justiția este unică, imparțială și egală pentru toți.

III. Neconvenționalitate, neconstituționalitate, inechitate?

Dincolo de observațiile care pot fi formulate cu privire la temeiurile în baza cărora instanța constituțională a admis excepția de neconstituționalitate și asupra cărora vom reveni *infra*, dorim să precizăm de la bun început faptul că din perspectivă logică, echitabilă, soluția este binevenită. Reglementarea anterioară, declarată în prezent neconstituțională, pune într-adevăr partea civilă într-o poziție privilegiată, iar „soarta” inculpatului putea să depindă de comportamentul, chiar arbitrar al acesteia.

Potrivit art. 21 din Constituție, „părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil”, dreptul la un proces echitabil fiind garantat și prin dispozițiile art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

În materie penală, noțiunea de „proces echitabil” este explicată și în cuprinsul art. 8 din Codul de procedură penală potrivit căruia „Organele judiciare au obligația de a desfășura urmărirea penală și judecata cu respectarea garanțiilor procesuale și a drepturilor părților și ale subiecților procesuali, astfel încât să fie constatate la timp și în mod complet faptele care constituie infracțiuni, nicio persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală, iar orice persoană care a săvârșit o infracțiune să fie pedepsită potrivit legii, într-un termen rezonabil.”

Noțiunea de proces echitabil este poate una dintre cele mai complexe, sub „umbrela” acesteia regăsindu-se o sumedenie de garanții procedurale aplicabile atât în materie penală, cât și în materie civilă¹⁰, precum accesul la justiție, neutralitatea tribunalului, celeritatea și publicitatea procedurii,

¹⁰ Pentru o amplă analiză a dispozițiilor art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului a se vedea Radu CHIRIȚĂ, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentarii și explicații*, ediția a 2-a, Ed. C. H. Beck, București, 2008, pp. 172 și urm.

egalitatea armelor, alături de garanțiile specifice aplicabile în materie penală¹¹.

Soluția instanței constituționale poate fi privită din două perspective: prin raportare la noțiunea de proces echitabil astfel cum a fost aceasta dezvoltată în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, respectiv în jurisprudența Curții Constituționale a României.

Din perspectivă convențională, credem că dispoziția declarată neconstituțională nu contravenea dispozițiilor art. 6 din Convenție. Anticipând însă concluzia la care vom ajunge, raportându-ne la jurisprudența curții constituționale și la dispozițiile art. 20 din Constituție, credem că lucrurile stau diferit.

Așadar, dacă ne raportăm la noțiunea de proces echitabil astfel cum a fost aceasta dezvoltată în jurisprudența curții, credem că sintagma declarată neconstituțională nu contravenea dispozițiilor art. 6 din Convenție.

Curtea a arătat în repetate rânduri faptul că egalitatea armelor presupune ca fiecărei părți să i se dea posibilitatea rezonabilă de a-și prezenta cauza în condiții care să nu o plaseze într-o situație net dezavantajoasă față de adversarul său¹². Altfel spus, egalitatea armelor se află în strânsă legătură cu dreptul la apărare, vizând modalitatea de desfășurare a procesului în ansamblul său, iar o încălcare a dispozițiilor art. 6 din Convenție se produce în momentul în care una dintre părți nu are posibilitatea de a-și formula

¹¹ Prezumția de nevinovăție, dreptul de a fi informat asupra acuzării, dreptul de a dispune de timpul și facilitățile necesare apărării, dreptul la asistență juridică, dreptul de a convoca și interoga martorii și dreptul la un interpret.

¹² Cu titlu exemplificativ, Hot. *Faig Mammadov c. Azerbaidjanului* din 26.01.2017, pg. 19; Hot. *Viktor Nazarenko c. Ucrainei* din 03.10.2017, pg. 36; Hot. *Bobek c. Poloniei* din 17.07.2007, pg. 56; Hot. *Klimentyev c. Rusiei* din 16.11.2006, pg. 56; Hot. *Öcalan c. Turciei* din 12.05.2005, pg. 140; Hot. *Foucher c. Franței* din 18.03.1997, pg. 34; Hot. *Bulut c. Austriei* din 22.02.1996, pg. 47.

apărările dintr-o poziție de egalitate cu adversarul său. Cu titlu exemplificativ, curtea a constatat o încălcare a convenției în situația în care inculpatul nu a avut suficient timp la dispoziție pentru a studia dosarul, iar solicitarea de a fi audiați o serie de martori propuși de apărare a fost respinsă din motive procedurale generate de autorități¹³, în situația în care inculpatului nu i-au fost comunicate concluziile procurorului transmise instanței supreme investite cu soluționarea apelului formulat de inculpat, astfel încât acesta nu a avut posibilitatea de a răspunde la argumentele parchetului¹⁴ sau când încadrarea juridică dată faptelor pentru care inculpata a fost trimisă în judecată a fost schimbată la ultimul termen în apel, astfel încât aceasta nu a putut să își formuleze apărări față de noua încadrare juridică¹⁵.

Dacă raportăm situația analizată de Curtea Constituțională a României la ceea ce înseamnă egalitate de arme din perspectivă convențională, credem că se poate constata că o normă potrivit căreia inculpatul poate beneficia de reducerea limitelor de pedeapsă în funcție de solicitările părții civile (potențial arbitrare) nu contravine acestui principiu. În cauză nu se pune problema încălcării dreptului inculpatului de a-și prezenta observațiile de pe o poziție de egalitate cu unul din adversarii săi și mai mult, efectele dispoziției declarate neconstituționale se puteau produce doar în etapa individualizării sancțiunii, deci aceasta nu avea cum să afecteze procedura în ansamblul său. Or, după cum a arătat curtea în repetate rânduri, atunci când se analizează o posibilă încălcare a dreptului la un proces echitabil, acesta este analizat în ansamblu¹⁶. Ceea ce a „sanționat” Curtea

¹³ Hot. *Kikabidze c. Georgiei* din 16.11.2021, pg. 39 și urm.

¹⁴ Hot. *Bajić c. Macedoniei* din 10.06.2021, pg. 54 și urm.

¹⁵ Hot. *Gelenidze c. Georgiei* din 07.11.2019, pg. 24 și urm.

¹⁶ Hot. *Miailhe c. Franței* din 26.09.1996, pg. 43; Hot. *Gelenidze c. Georgiei* din 07.11.2019, pg. 29.

Constituțională a României prin pronunțarea Deciziei nr. 867/2021 a fost faptul că norma declarată neconstituțională permitea părții civile din procesul penal să aibă o conduită abuzivă care să conducă la imposibilitatea ca inculpatul să beneficieze de o reducere a limitelor de pedeapsă aplicabile.

Din aceste considerente, apreciem că sintagma „pretențiile părții civile” nu conducea la o încălcare a principiului egalității armelor privit din perspectiva dispozițiilor art. 6 din CEDO și a jurisprudenței curții europene.

Dacă ne raportăm însă la dispozițiile art. 20 din Constituție și la jurisprudența Curții Constituționale a României, apreciem, alături de instanța constituțională, că sintagma atacată contravenea principiului egalității armelor.

După cum rezultă din interpretarea dispozițiilor constituționale menționate anterior, dispozițiile interne pot asigura un standard de protecție a drepturilor omului mai ridicat decât cel minim impus de convenție, fapt ce a permis Curții Constituționale să extindă noțiunea de egalitate a armelor¹⁷.

În acest sens, spre exemplu, analizând dispozițiile art. 459 alin. (2) C.proc.pen., Curtea Constituțională a stabilit, prin Decizia nr. 506/2015¹⁸ că „soluția legislativă potrivit căreia admisibilitatea în principiu a cererii de

¹⁷ De altfel CCR amintește acest fapt în repetate rânduri, cu titlu exemplificativ facem trimitere la Decizia nr. 641/2014 publicată în M.of.: 887 din 05.12.2014, prin care s-a constatat neconstituționalitatea dispozițiilor art. 344 alin. (4), 345 alin. (1), 346 alin. (1) și 347 alin. (3) C. pr. pen. În cuprinsul acestei decizii Curtea a reținut că „având în vedere că standardul de protecție oferit de dispozițiile Convenției și de jurisprudența instanței europene este unul minimal, Legea fundamentală sau jurisprudența Curții Constituționale putând oferi un standard mai ridicat de protecție a drepturilor, potrivit prevederilor art. 20 alin. (2) din Constituție și art. 53 din Convenție, instanța de contencios constituțional a statuat că garanțiile prevăzute de art. 6 paragraful 1 din Convenție și de art. 21 alin. (3) din Constituție se aplică, în materie penală, nu numai procedurii de fond a litigiului, ci și în procedura camerei preliminare, oferind o protecție sporită celei regăsite la nivelul Convenției” (pg. 56).

¹⁸ Publicată în M.of.: 539/20.07.2015.

revizuire se examinează de către instanță «fără citarea părților» este neconstituțională¹⁹. În cuprinsul deciziei, curtea a reținut că dispozițiile procesual penale analizate „prin excluderea numai a părților de la soluționarea admisibilității în principiu a cererii de revizuire, fără a dispune expres cu privire la neparticiparea procurorului, acesta fiind prezent în temeiul normelor de generală aplicare ale art. 363 alin. (1) din Codul de procedură penală, determină ruperea echilibrului procesual”, iar „în condițiile în care participarea procurorului în procedura de admisibilitate în principiu a cererii de revizuire este obligatorie, exigențele unui proces echitabil sunt înfrânte, de vreme ce nu se respectă egalitatea de arme între acuzare și apărare” (pg. 30). Finalmente, curtea a arătat că „prin excluderea revizuentului din această procedură este restrânsă în mod absolut posibilitatea acestuia de a avea cunoștință și de a dezbate susținerile parchetului, revizuentul plasându-se astfel într-o situație dezavantajoasă față de procuror” (pg. 31).

Curtea Constituțională a constatat așadar că dispozițiile analizate conduc la o încălcare a dreptului la un proces echitabil, din perspectiva egalității armelor²⁰, în procedura revizuirii, în condițiile în care dispozițiile art. 6 din CEDO vizează doar procesele penale prin care se soluționează

¹⁹ Potrivit art. 459 alin. (2) C.proc.pen. în forma declarată neconstituțională „admisibilitatea în principiu (a cererii de revizuire – n.n.) se examinează de către instanță, în camera de consiliu, fără citarea părților”. Ca urmare a pronunțării deciziei CCR, textul a fost modificat prin OUG: 18/2016, M.of.: 389/23.05.2016, astfel că în prezent „Admisibilitatea în principiu se examinează de către instanță, în camera de consiliu, cu citarea părților și cu participarea procurorului. Neprezentarea persoanelor legal citate nu împiedică examinarea admisibilității în principiu”.

²⁰ Precizăm că prin decizia amintită, curtea a constatat neconstituționalitatea dispozițiilor atacate prin raportare la dreptul la un proces echitabil, nu doar din perspectiva egalității armelor, ci și din perspectiva respectării principiului oralității și contradictorialității.

fondul²¹, aspect subliniat de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în repetate rânduri²².

O soluție similară a pronunțat Curtea Constituțională și prin Decizia nr. 542/2015²³ prin care a constatat neconstituționalitatea dispozițiilor art. 431 alin. (1) C.proc.pen. potrivit cărora admisibilitatea în principiu a contestației în anulare se examina de către instanță fără citarea părților, situația fiind identică celei la care am făcut referire anterior. Curtea a extins astfel aplicabilitatea dreptului la un proces echitabil și la alte proceduri decât cele prin care se soluționează fondul.

Curtea a mers chiar mai departe, apreciind că nu doar inculpatul are dreptul la un proces echitabil ci și partea civilă, partea responsabilă civilmente și chiar reprezentantul Ministerului public(!). În cuprinsul Deciziei nr. 641/2014, curtea a precizat că „din perspectiva principiului contradictorialității, atât părții civile, cât și părții civilmente responsabile trebuie să li se ofere aceleași drepturi ca și inculpatului” (pg. 49). De asemenea, s-a reținut că „În ceea ce privește rolul procurorului în procedura camerei preliminare, din dispozițiile de lege criticate, Curtea observă că acesta nu are decât o participare limitată în această etapă procesuală. Plecând de la obiectul procedurii camerei preliminare, de la importanța probelor în

²¹ Potrivit art. 6 din CEDO „Orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în mod public și în termen rezonabil, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil, fie *asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală* îndreptate împotriva sa (s.n).”

²² Cu titlu exemplificativ, Curtea a arătat în cuprinsul hotărârii *Franz Fischer c. Austriei* din 06.05.2003 faptul că art. 6 din CEDO nu se aplică procedurilor de redeschidere a procesului penal, în condițiile în care persoana care solicită redeschiderea cauzei sale și a cărei sentință a devenit definitivă nu este „acuzată de comiterea unei infracțiuni”. A se vedea și R. CHIRIȚĂ, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului...*, pp. 197-198.

²³ Publicată în M.of.: 707/21.09.2015.

procesul penal, precum și de la rolul pe care procurorul îl ocupă în procesul penal, Curtea constată că și acesta din urmă trebuie să se bucure în egală măsură de dreptul la o procedură orală”²⁴ (pg. 52).

Având în vedere viziunea CCR asupra noțiunii de „proces echitabil”, o soluție precum cea cuprinsă în Decizia nr. 867/2021 era de așteptat și este una cât se poate de firească și corectă. În opinia noastră, relevanța și corectitudinea acestei decizii nu se datorează doar faptului că o soluție contrară ar fi fost neconcordanță cu jurisprudența anterioară a curții, ci și din perspectivă echitabilă. Era cât se poate de nefiresc și inechitabil ca o dispoziție internă să ofere părții civile o astfel de poziție privilegiată în procesul penal, de atitudine a acesteia putând să depindă, în mod decisiv, sancțiunea aplicabilă inculpatului. În plus, o sintagmă precum cea declarată neconstituțională afecta chiar și actul de justiție, judecătorul investit cu soluționarea cauzei fiind limitat în stabilirea sancțiunii aplicabile nu doar de dispozițiile legale, ci într-un mod covârșitor și de conduita părții civile.

Concluzionând, având în vedere cele expuse, apreciem că soluția curții este una cât se poate de corectă, iar decizia legiuitorului de a reveni (prin intermediul Legii nr. 55/2021 prin care dispozițiile art. 10 din Legea nr. 241/2005 au fost modificate) la sintagma „prejudiciul cauzat” este binevenită.

²⁴ Decizia a vizat dispozițiile procesual penale care reglementau etapa camerei preliminare și potrivit cărora această fază a procesului penal era una exclusiv scrisă. Curtea a constatat cu prilejul pronunțării acestei decizii că dispozițiile atacate încălcau dreptul la un proces echitabil nefiind respectate principiile contradictorialității, oralității și egalității armelor.

IV. Lista bibliografică:

- BUGNAR-COLDEA O., *Infrațiunile de evaziune fiscală prevăzute de art. 9 din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale*, Ed. Universul Juridic, București, 2021;
- BUZEA N., PĂUN T., *Teoria generală a infracțiunii fiscale*, Institutul de Arte Grafice „Tipografica”, 1945;
- CHIRIȚĂ R., *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentarii și explicații*, ediția a 2-a, Ed. C. H. Beck, București, 2008;
- MINEA M. Ș., COSTAȘ C. F., IONESCU D. M., *Legea evaziunii fiscale. Comentarii și explicații*, Ed. C. H. Beck, București, 2006;
- PRADEL J., *Droit Pénal Comparé*, 4^e édition, Ed. Dalloz, Paris, 2016.