

UNELE CONSIDERAȚII ASUPRA ASIGURĂRII DOVEZILOR PE CALE PRINCIPALĂ

George PAPU
jurist

Celeritatea specifică operațiunilor comerciale a impus adoptarea unor norme de drept material și procedural capabile să o satisfacă.

Procedura asigurării dovezilor, fiind o procedură rapidă, este utilă în desfășurarea oricărora litigii de drept privat și își găsește necesitatea și în contenciosul comercial.

Articolul 235 alin. 1 din Codul de procedură civilă prevede că „oricine are interes să constate de urgență mărturisirea unei persoane, părerea unui expert, starea unor bunuri mișcătoare sau nemișcătoare, sau să dobândească recunoașterea unui înscris, a unui fapt ori a unui drept va putea cere administrarea acestor dovezi dacă este primejdie ca ele să dispară sau să fie greu de administrat în viitor”.

Textul de lege se referă la instituția procesual-civilă denumită „asigurarea dovezilor” sau ancheta *in futurum* care reprezintă acea procedură contencioasă în cadrul căreia partea care are interes poate solicita să se constate și să se conserve, de urgență, probele de care înțelege să se folosească în proces, dacă există pericolul ca ele să dispară sau dacă ar fi greu de administrat în viitor¹.

Asigurarea dovezilor „înseamnă, deci, a preconstitui o probă importantă ce ar putea dispărea sau ar deveni greu de administrat în viitor”². Prin această procedură pot fi administrate oricare dintre mijloacele de probă prevăzute de lege, cu excepția înscrisurilor ce sunt probe preconstituite chiar din momentul întocmirii lor³.

„Asigurarea dovezilor” se poate cere pe cale principală înainte de judecată, când se solicită constatarea și conservarea unei probe utile într-un litigiu sau pe cale incidentală, în timpul judecății, dacă încă nu s-a ajuns la faza administrării probelor.

Câteva exemple vor fi mai concludente pentru înțelegerea acestei instituții și a utilității sale practice.

Dacă într-un viitor litigiu este necesară mărturia unei persoane bolnave care poate deceda până la deschiderea procesului, sau dacă în acel proces este necesară mărturia unei persoane care urmează să părăsească țara se poate proceda la asigurarea dovezii pe cale principală. La fel se va proceda în cazul în care, la expirarea unui contract de închiriere, chiriașul părăsește imobilul în stare de degradare da-

¹ Ion Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, Edit. Europa Nova, București, 1997, pag. 257.

² Vasile Negru, Dumitru Radu, *Drept procesual civil*, Edit. Didactică și Pedagogică, pag. 188.

³ Ion Leș, în Mircea N. Costin, I. Leș, Șt. Minea, Dumitru Radu, *Dicționar de drept procesual civil*, Edit. Științifică și Enciclopedică, București, 1983, pag. 76; V. Negru, D. Radu, *op. cit.*, pag. 188.

torită culpei lui, dar ale cărui urme proprietarul dorește să le facă să dispară pentru a putea reînchiria imobilul, acesta neputând aștepta desfășurarea procesului⁴.

Și pentru a fi folosită în viitorul litigiu privind unele produse ușor alterabile sau atunci când trebuie să fie stabilită cauza alterării anumitor produse care trebuie distruse⁵ dovada se va asigura pe cale principală.

De asemenea, în partea finală a articolului 235 alin. 1 din Codul de procedură civilă este prevăzută posibilitatea de a constata valabilitatea sau nevalabilitatea unui titlu, a obține recunoașterea unui act scris sau a unei obligații. Astfel, „dacă cineva are în favoarea sa un act scris de la o altă persoană care ar putea să dispare, fie că e vorba de un bătrân care mai are puțin de trăit sau de la o persoană bolnavă care ar putea dîntr-un moment în altul să moară; acel care are în mâna un act împotriva celeilalte persoane, pentru a nu fi expus mai târziu dificultăților cu moștenitorii, acela care i s-a dat acel act care îi creează drepturi de creditor, are dreptul să ceară o verificare de scripte pentru a avea declarația în fața instanței din partea celuilalt că actul e opera sa”⁶.

Scurt istoric al instituției

Originea acestei instituții este controversată. Se consideră că ancheta *in futurum* își are originea în dreptul roman⁷, dar și faptul că aceasta apare abia în dreptul canonic, argumentându-se că „în dreptul roman, când probele amenințau să dispare, se intenția imediat acțiune, căci altfel s-ar fi întâmpinat dificultăți la pornirea procesului⁸”. Cert este că în dreptul canonic a fost reglementată printr-un decret dat de Grigore al IX-lea.

Ancheta *in futurum* se prezenta în două variante: cea canonica și cea de drept civil.

Cea din dreptul civil se putea cere atât înainte, cât și după ce procesul a început. Înainte de începerea procesului, aprobarea pentru a proceda la efectuarea anchetei *in futurum* se cerea de la cancelaria parlamentului competent și acordată prin așa-numitele *lettres royaux*, percepându-se o taxă.

După efectuarea acesteia, depozitiile martorilor erau păstrate sub sigiliu până când erau necesare la proces. Partea care ceruse această anchetă se putea prevala de ea timp de treizeci de ani.

Această procedură nu era definitivă, având doar scopul de a conserva probele amenințate să dispare. Dacă martorii audiați anterior puteau fi la dispoziția justiției erau ascultați din nou în procesul în curs, iar dacă lipseau se foloseau dovezile conservate. Pentru aceasta erau necesare alte scrisori regale ce autorizau folosirea probelor ținute în secret până la acea dată⁹.

Codul francez de procedură din 1866 nu a reprobus expres interzicerea anchetei *in futurum*, dar nici nu a reglementat-o.

⁴ M.A. Dumitrescu, *Manual de procedură civilă*, Edit. Alcalay & Co, București, 1920, pag. 163.

⁵ Emil Mihuleac, *Sistemul probator în procesul civil*, Edit. Academiei R.S.R., București, 1970.

⁶ Dem. Negulescu, *Curs de procedură civilă – Probe*, editat de Alex. Th. Doicescu, str. Radu Vodă nr. 41 bis, București, 1916, pag. 16.

⁷ Victor G. Cădere, citând un text din Ulpian (L. 3, paragraf 5, D. De. Carb. Edict), în *Tratat de procedură civilă – după legile de unificare și legile provinciale în vigoare*, ed. a II-a, Tipografiile Române Unite S.A., București, pag. 173.

⁸ E. Mihuleac, *op. cit.*, pag. 84.

⁹ Pentru amănunte asupra istoricului acestei instituții vezi E. Mihuleac, *op. cit.*, pag. 84.

În dreptul german aceasta a fost reglementată mai minuțios, numindu-se *Sicherung des Beweis* sau *Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis* și originea sa se află tot în dreptul canonici.

În articolul 477 din Codul de procedură civilă german aceasta este prevăzută astfel: „se poate proceda la descinderi locale precum și la ascultări de martori sau de experti în scopul de a conserva dovada dacă este teamă ca unul din aceste mijloace să dispară sau să fie greu de utilizat”¹⁰.

În dreptul rus purta denumirea de „procedură garantiei publice”, în dreptul ungar – „procedura dovedirii prealabile”¹¹, iar în legea ardeleană (înainte de Marea Unire din 1918 și până la unificarea legislativă) – „procedura probației preliminare”¹² (art. 381).

Codul de procedură civilă din Vechiul Regat, de la intrarea sa în vigoare (decembrie 1865) și până la modificarea din 1900 (republicat în Monitorul Oficial nr. 281 din 15 martie 1900), nu a cunoscut această procedură. „Asemenea constatări nu se puteau face niciodată decât în cursul unui proces, iar nicidecum cu scopul ca să slujească drept acte probatorii într-un proces viitor”¹³.

Proiectul de revizuire, considerat opera personală a ministrului justiției de atunci, C.G. Dissescu¹⁴ și adoptat de legislativ introduce, prin articolul 66, ancheta *in futurum*.

Inclus în Cartea a II-a, capitolul II, intitulat „Cereri, ordonanțe prezidențiale și citații”, articolul 66 alin. 4 avea următorul conținut: „oricine are interes să constate declarația unui martor, părerea unui expert, o stare de lucruri a unor bunuri mișcătoare sau nemișcătoare, a obține recunoașterea unui act scris sau unei obligații, validitatea sau nevaliditatea unui titlu, va putea cere judecătorului competente, potrivit art. 58 și următoarele din acest cod, chemarea de urgență înaintea sa a părților interesate, pentru stabilirea cererii sale”.

Cu toate că nevoie acestei reglementări fusese resimțită, ea era incompletă, dând naștere la anumite controverse.

Astfel, nu exista unanimitate în aprecierea naturii procedurii prin care dovezi-le erau conservate. Se considera că aceasta este o procedură grațioasă¹⁵, cât și faptul că procedura are un caracter contencios¹⁶ și, ca atare:

– o asemenea hotărâre trebuia să se dea de completul de judecată și nu doar de președinte;

– hotărârea nu trebuia să se dea în camera de chibzuire, ci în ședință publică, aceasta se putea ataca cu opoziție, apel și recurs în termenele obișnuite.

De asemenea exista controversă cu privire la posibilitatea atacării dispoziției instanței cu privire la cerere. Se conturaseră cinci puncte de vedere:

¹⁰ Dan Emil, *Codul de procedură civilă adnotat*, ed. a II-a, Edit. Alcalay & Co, București, 1914, pag. 65.

¹¹ E. Mihuleac, *op. cit.*, pag. 84.

¹² V.G. Cădere, *op. cit.*, pag. 173.

¹³ M.A. Dumitrescu, *op. cit.*, pag. 162.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ M.A. Dumitrescu, *op. cit.*, pag. 162; Trib. Ilfov, Com. 6 apr. 1913, în Dreptul, nr. 49/1913.

¹⁶ V.G. Cădere, *op. cit.*, pag. 173. De asemenea și jurisprudența citată de Dan Emil, *op. cit.*, pag. 65.

1. Acele „jurnale” nu se puteau apela¹⁷;
2. Acele „jurnale” erau assimilate ordonantelor presidențiale și erau considerate susceptibile de apel la completul tribunalului sau curții;
3. Acestea urmău să fie apelate înainte de orice judecare asupra fondului conform 104 Cod procedură civilă, privitor la jurisdicțunea grațioasă;
4. Apelul nu se putea face decât odată cu hotărârea dată asupra fondului;
5. „Jurnalele” prin care se admitea ancheta *in futurum* erau supuse apelului și recursului conform dreptului comun.

Aceste controverse au fost rezolvate prin modificarea Codului de procedură civilă din februarie 1948. „Asigurarea dovezilor”, cum se numește de atunci, este cuprinsă în Cartea I, Titlul III, capitolul III, secțiunea III, Codul de procedură civilă, articolele 235-241.

În noua reglementare se prevede condiția urgenței, dedusă doar de doctrina juridică de după 1900¹⁸ și faptul că instanța hotărăște prin încheiere dată în camera de consiliu (art. 236, alin. 1, teza a II-a).

Dar inovația constă în prevederea căii de atac a apelului împotriva acestei încheieri¹⁹, punându-se capăt celei mai importante controverse privitoare la asigurarea dovezilor.

Natura juridică

Procedura prin care se „asigură” dovezile este considerată ca fiind o „excepție de la principiul nemijlocirii, căci proba poate fi în asemenea cazuri administrață în fața altei instanțe sau a altui complet de judecată decât cel care va judeca procesul și căruia i se vor prezenta doar constataările acestei alte instanțe sau complet”²⁰.

Această procedură este unanim apreciată ca fiind o procedură contencioasă²¹, deși rezolvarea cererii de asigurare a dovezilor se face în camera de consiliu.

Caracterul contencios „decurge din contrarietatea de interes dintre părțile eventualului litigiului sau ale litigiului pendinte”²².

S-a afirmat, însă, că aceasta este o procedură specială²³.

Într-adevăr, art. 235-241 din Codul de procedură civilă conțin norme care particularizează această instituție și anume că rezolvarea cererii se face în camera de consiliu (cu toate că în procedurile contencioase rezolvarea se face în ședință publică); împrejurarea că încuviințarea cererii, în caz de „primejdie de întârziere” se poate face fără citarea părților, iar încheierea dată este executorie.

¹⁷ Pentru amănunte vezi Dan Emil, *op. cit.*, pag. 65.

¹⁸ Pentru amânunte vezi Dan Emil, pag. 65; V.G. Cădere, *op. cit.*, pag. 268.

¹⁹ Apelul a fost abrogat prin Decretul nr. 132/19 iunie 1952 publicat în B.Of. nr. 31/1952; reintrodus prin Legea nr. 59/23 iulie 1993 publicată în M.Of. nr. 177/26 iunie 1993.

²⁰ Arthur Hilsenrad, Ilie Stoinescu, *Procesul civil în R.P.R.*, Edit. Științifică, București, 1957, pag. 57.

²¹ I. Deleanu, *op. cit.*, pag. 257; I. Les, în *Dicționar de drept procesual civil*, pag. 76; Ilie Stoinescu, Savelly Zilberstein, *Drept procesual civil – tratat – Teoria generală*, Edit. Didactică și Pedagogică, București, 1977, pag. 401; Grațian Porumb, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, vol. I, Edit. Științifică, București, 1960, pag. 472.

²² Grațian Porumb, *idem*.

²³ Aurelian Ionașcu, *Probleme în procesul civil*, Edit. Științifică, București, 1969, pag. 299.

Toate aceste norme speciale constituie elementele procedurale specifice instiției „asigurării dovezilor”. Aceasta nu reprezintă însă „un ansamblu de norme derogatorii în mai multe privințe”, de la dreptul comun, aşa cum sunt caracterizate procedurile speciale²⁴, care, pe lângă aceste trăsături au și una comună – abordarea fondului (neincidentă în ipoteza asigurării dovezilor).

Pentru aceste argumente, considerăm că „procedura asigurării dovezilor” nu îndeplinește condițiile în care o procedură este catalogată (considerată) ca procedură specială.

De altfel s-a opinat că „asigurarea dovezilor nu este o acțiune, ci un mijloc procedural pentru constatarea și conservarea grabnică a unor dovezi”²⁵.

Reținând că „acțiunea civilă poate fi definită ca fiind ansamblul mijloacelor procesuale prin care poate fi solicitat și asigurat concursul unui organ jurisdicțional în vederea recunoașterii sau realizării unui drept ori interes – nesocotit, contestat sau încălcătat – fie prin afirmarea dreptului subiectiv preexistent sau constituirea unei situații juridice noi, fie prin plata unei despăgubiri sau și prin plata unei asemenea despăgubiri”²⁶ observăm că „asigurarea dovezilor” nu se poate încadra în această situație, pentru că aşa cum am spus și vom dezvolta, aceasta nu presupune un drept sau interes nesocotit sau încălcătat.

Chiar dacă „asigurarea dovezilor” nu presupune o acțiune civilă, în sensul pe care l-am evocat, ea presupune totuși o anume modalitate, o anume procedură pentru efectuarea sa. De aceea, considerăm că folosirea sintagmei „procedura asigurării dovezilor” nu este nepotrivită, cu precizarea că aceasta nu desemnează o procedură specială în sensul prevăzut de lege, doctrină și jurisprudență. Ea este o **procedură contencioasă ce conține elemente procedurale specifice**.

Procedura

a) Cererea

Articolul 236 alin. 1 și 2 Cod procedură civilă precizează: „Cererea se va îndrepta, înainte de judecată, la judecătoria în circumscriptia căreia se află martorul sau obiectul cercetării, iar în timpul judecății la instanța care judecă pricina.

Partea va arăta în cerere dovezile a căror administrare o pretinde, faptele ce voiește să dovedească, precum și primejdia întârzierii sau învoirea părătului”.

Această cerere de care vorbește art. 236 alin. 1 Cod procedură civilă trebuie să cuprindă toate elementele necesare pentru cererile adresate instanțelor judecătoarești, prevăzute de art. 82 Cod procedură civilă²⁷. Admisibilitatea asigurării dovezilor este supusă următoarelor condiții:

- 1) Justificarea unui interes pentru preconstituirea probei;
- 2) Urgența determinată de teama de dispariție a probei ori de îngreunarea administrației ei în viitor²⁸.

²⁴ Pentru condițiile procedurii speciale vezi I. Deleanu, *op. cit.*, pag. 278-279.

²⁵ Grațian Porumb, *op. cit.*, pag. 470.

²⁶ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Edit. Europa Nova, București, 1995, pag. 98.

²⁷ V. Negru, D. Radu, *op. cit.*, pag. 189; I. Leș, în *Dicționar...*, pag. 76; I. Stoenescu, S. Zilberstein, *op. cit.*, pag. 401.

²⁸ V. Negru, D. Radu, *op. cit.*, pag. 188; I. Deleanu, *Tratat...*, vol. II, pag. 257.

Chiar dacă pare eventual, **interesul este considerat în această situație „născut și actual”²⁹**.

Urgența este considerată elementul esențial³⁰, principala condiție de admisibilitate a cererii privind asigurarea dovezilor³¹. S-a exprimat și opinia că „elementul urgenței nu este de esență asigurării dovezilor, pentru că, dacă cealaltă parte este de acord, proba se poate administra în mod anticipat chiar dacă nu există pericolul menționat”³².

Considerăm această opinie întemeiată, **urgența nefiind de esență acestei proceduri, ci de natura ei.**

Întrunirea acestor condiții nu se face după criterii prestabilite, ci este lăsată la aprecierea instanței, care va putea ține seama de împrejurările speței de la caz la caz³³, fiind dedusă din pericolul de dispariție a probei sau din dificultățile de administrare a acesteia în viitor.

Datorită faptului că instanța trebuie să se ferească să prejudece fondul, întinderea cercetării instanței se va mărgini numai la aprecierea admisibilității probei a cărei conservare se cere. Instanța va cerceta cererea sub aspectul condițiilor de admisibilitate **exceptând totuși concludența probei care este o problemă de fond**, aceasta urmând a fi analizată în viitorul litigiului. Pentru necercetarea concludenței probei pledează și art. 167 alin. 1 Cod procedură civilă ce prevede că: „dovezile se pot încuviința numai dacă instanța socotește că ele pot să aducă la dezlegarea pricinii, afară de cazul când ar fi în primejdie ca ele să se piardă prin întârziere”.

Se consideră că asigurarea dovezilor pe cale principală este de competență judecătoriei și atunci când cererea asupra pretenției dedusă judecății (cea din viitorul litigiului) ar fi de competență în primă instanță a tribunalului, deoarece art. 236, alin. 1, teza 1, Codul de procedură civilă reprezintă o normă specială în materie de competență³⁴.

De asemenea, această cerere nu are un conținut patrimonial, nici nu este o acțiune propriu-zisă, nefiind incident art. 2, pct. 1, lit. a din Codul de procedură civilă.

Se consideră că această cerere de asigurare a dovezilor **nu are efect între-ruptiv de prescripție și că ea se poate perima**.

Lipsa efectului între-ruptiv de prescripție al acestei cereri era justificată în baza caracterului necontencios al procedurii asigurării dovezilor³⁵.

Considerăm că această cerere nu are efect între-ruptiv de prescripție, dar pe alt temei.

²⁹ I. Deleanu, *Tratat...*, vol. I, pag. 144; V.G. Cădere, *op. cit.*, pag. 268.

³⁰ I. Stoenescu, S. Zilberstein, *op. cit.*, pag. 401.

³¹ I. Leș, *op. cit.*, pag. 72. De asemenea, printr-o decizie a secției comerciale a Curții Supreme de Justiție, s-a apreciat că urgența este o „condiție esențială a acestei proceduri” (Decizia secției comerciale nr. 19/19 ianuarie 1995, publicată în *Curtea Supremă de Justiție – Buletinul jurisprudenței – culegere de decizii pe anul 1995*, Edit. Proema, Baia Mare, 1996, pag. 415-416).

³² A. Ionașcu, *op. cit.*, pag. 301.

³³ Grațian Porumb, *op. cit.*, pag. 470.

³⁴ Viorel M. Ciobanu, *Drept procesual civil*, vol. I, Universitatea București, 1986, pag. 166; Gabriel Boroi, Dumitru Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Edit. All, București, 1994, pag. 324.

³⁵ Tribunalul Ilfov, Com. 6 aprilie 1913, în Dreptul, nr. 49/1913, citată de Dan Emil, *op. cit.*, pag. 65-66.

Așa cum s-a spus, „efectul întreruptiv se datorează acțiunii creditorului careiese din pasivitatea în care a stat pe timpul cât a curs prescripția împotriva sa. Această ieșire din pasivitate constă tocmai în chemarea în judecată a debitorului care nu-și execută obligația”³⁶.

Or, în procedura asigurării dovezilor, instanța trebuie să limiteze strict soluția dată cererii la scopul ei, care este preparator, față de viitorul proces, urmărind conservarea unor probe. Nu trebuie, deci, să prejudice fondul, adică să statueze asupra unor drepturi ce nu pot fi lămurite decât cu prilejul judecării acțiunii principale³⁷. Nepresupunând o judecată în fond asupra unor drepturi subjective, cererea de asigurare a dovezilor nu realizează efectul întreruptiv de prescripție. Această cerere nu este una efectivă, nu are ca scop condamnarea părâțului.

Din faptul că „asigurarea dovezilor nu presupune o judecată în fond” se desprinde faptul că **nu vor exista nici incidente cu privire la judecată**, sub forma incidentelor cu privire la obiectul judecății și părțile aflate în judecată, și a incidentelor cu privire la modalitățile procedurale ale judecății și cu privire la cursul judecății³⁸.

Cu alte cuvinte, nu se vor putea face cereri incidentale (adiționale sau de intervenție), nu se va putea conexa cererea cu alte cereri, nu se va putea suspenda sau întrerupe rezolvarea cererii.

A existat opinia, întemeiată credem, potrivit căreia, chiar dacă „cererea de anchetă *in futurum* nu este prevăzută de textul legal ca o cerere ce poate fi permisă, totuși aceeași rațiune care dictează ca cererile enumerate de textul de lege să poată fi permise există și pentru cererile de anchetă *in futurum* care și ele pot fi permise dacă partea ar lăsa să treacă doi ani (sau un an în reglementarea actuală, subl. ns. G.P.) de la ultimul act de procedură, fără să fi făcut ancheta ce o cerea”³⁹.

Considerăm că **reclamantul poate renunța la cererea de asigurare a dovezii**. Acest lucru se poate întâmpla de exemplu atunci când martorul a cărui depozitie se cere a fi „asigurată” decedează după admiterea cererii, dar înainte de termenul acordat de instanță pentru ascultarea acestuia.

Chiar dacă textul art. 242 alin. 1 din Codul de procedură civilă, reglementând renunțarea la judecată, se referă la renunțarea la cererea de chemare în judecată (ceea ce presupune o abordare în fond a litigiului), credem că se poate aplica și acestei cereri.

Suntem de părere că și în cazul renunțării la cererea de asigurare a dovezilor suntem în prezență unei „desistări”, dar credem că problema despăgubirilor pe care le-ar putea cere părâțul necesită anumite precizări.

În această situație (a renunțării la cererea de asigurare a dovezilor), părâțul poate cere despăgubiri reprezentând eventualele cheltuieli pe care le-ar fi făcut în această calitate în cadrul procedurii de asigurare a dovezilor.

Conform prevederilor art. 241, alin. 2 din Codul de procedură civilă, „cheltuielile făcute cu administrarea dovezilor vor fi ținute în seamă de instanță care

³⁶ Ernest Lupan, *Drept civil – partea generală*, Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”, Facultatea de Drept Cluj Napoca, pag. 306.

³⁷ I. Stoenescu, S. Zilberstein, *op. cit.*, pag. 401.

³⁸ Pentru enumerarea acestora și amânantele vezi I. Deleanu, *Tratat...*, vol. II, pag. 140-232.

³⁹ Tribunalul Brăila II, 8 dec. 1908, în Dreptul, nr. 3/1909, citată de Dan Emil la pag. 65-66.

judecă în fond”, adică în viitorul litigiu. Dacă reclamantul din cererea de asigurare a dovezilor nu mai dorește să deschidă un proces (lipsindu-i singura dovedă pe care ar fi putut-o folosi – în cazul nostru), părâțul inițial va putea intenționa o acțiune separată pentru obținerea despăgubirilor dorite.

O ultimă precizare în legătură cu aceasta ar fi aceea că **nu se poate cere „asigurarea” unei dovezi pe calea unei cereri de ordonanță președințială**.

Această cerere de ordonanță președințială are un obiect distinct și condiții diferite de admisibilitate. Una din condiții este aceea a „aparenței dreptului”, or în procedura asigurării dovezilor nu se pune în nici un caz problema vreunui drept (aceasta se va face în viitorul litigiu). Așadar, cele două proceduri sunt distințe și nu trebuie confundate⁴⁰.

b) Părțile

Părțile în această procedură sunt reclamantul și părâțul, cu precizarea că termenul „părâț” se referă numai la calitatea părților din cererea de asigurare a dovezilor și nu la rolul viitor al părților în procesul principal⁴¹.

Chiar dacă instituția asigurării dovezilor a fost edictată spre a folosi în principal persoanei care „are interes să constate de urgență...” anumite dovezi (art. 235, alin. 1, Cod procedură civilă), deci reclamantului, nu se poate considera că părâțul este dezavantajat prin această procedură. El se poate manifesta în cadrul acestei proceduri după cum îi dictează interesele. Astfel el poate solicita prin întâmpinare respingerea cererii reclamantului (art. 236, alin. 3, teza I, Cod procedură civilă) atunci când este citat sau poate ataca cu apel încheierea instanței ori poate folosi el însuși aceste probe „conservate” în viitorul proces.

c) Hotărârile instanței. Incidentele ce pot apărea

Textul art. 238 Cod procedură civilă prevede că: „încheierea instanței este executorie și poate fi atacată cu apel în termen de 5 zile de la pronunțare, dacă s-a dat cu citarea părților sau de la comunicare dacă s-a dat fără citarea lor”.

Având în vedere ordinea lor din Codul de procedură civilă (art. 238 succede art. 237 ce vorbește de administrarea dovezii) s-ar părea că încheierea prin care se administrează, se constată administrată dovada, este executorie și că poate fi atacată cu apel. Această soluție nu trebuie acceptată. Administrarea dovezii este o fază distinctă de faza încuviințării cererii de asigurare a dovezii și o succede.

Ce s-ar mai executa în cazul în care deja s-a administrat dovada? (Se întâmplă astfel pentru că hotărârea de constatare este ulterioră administrației).

Așadar singura încheiere pe care o reglementează art. 238 Cod de procedură civilă este cea prin care instanța admite sau respinge cererea de asigurare a dovezilor. **Doar această încheiere (de admitere sau respingere a cererii) poate fi atacată**.

⁴⁰ În sensul că se poate recurge la procedura ordonanței președințiale pentru a ordona „conserverea” unei probe, vezi Trib. Pop. Raion Pitești, sent. civ. nr. 297/1968 și Judec. R. Vâlcea, sent. civ. nr. 1538/1968 (nepublicate), citate de Constantin Crișu în *Ordonanța președințială*, Edit. Argessis, Curtea de Argeș, 1997, la pag. 314, nota 1.

⁴¹ A. Hilsenrad, I. Stoenescu, *op. cit.*, pag. 246.

cată cu apel în condițiile prevăzute de art. 238 alin. 1 din Codul de procedură civilă. Această opinie este împărtășită de întreaga literatură de specialitate⁴².

Încheierea la care ne-am referit este o **încheiere interlocutorie**, pentru că „leagă” instanța, în sensul că nu mai poate reveni ulterior asupra celor dispuse de ea prin încheierea respectivă (art. 268, alin. 3, Cod procedură civilă) și „rezolvă un aspect litigios al cauzei”⁴³, adică admiterea sau respingerea cererii. Acceptând punctul de vedere expus, ar trebui acceptat și faptul că ea este alături de încheierea cu caracter preparator, o varietate a încheierii premergătoare, ce precede hotărârea⁴⁴.

Conform art. 282 Cod procedură civilă, încheierile premergătoare pot fi suspendate apelului odată cu fondul, „apelul împotriva hotărârii socotindu-se făcut și împotriva încheierilor premergătoare”. Aceasta însă este regula generală, de la care sunt permise derogări (chiar art. 282 alin. 2 teza a II-a din Codul de procedură civilă instituind una). Astfel și art. 238 alin. 1 Cod procedură civilă prevede o derogare de la normele cuprinse în art. 282 alin. 2 teza I și alin. 3, în cazul prevăzut de acesta **încheierea atacându-se separat, apelul împotriva hotărârii nefiind posibil să fie făcut și împotriva încheierii de admitere sau respingere a cererii** de asigurare a probelor.

Art. 237 Cod procedură civilă prevede că „administrarea dovezii putea fi făcută de îndată sau la termenul ce se va soroci”. Instanța, admitând cererea, va putea administra proba pe loc, dacă este posibil, sau va fixa un termen la care se va administra proba.

Considerăm că instanța va constata administrată proba printr-o hotărâre cu caracter formal ce nu rezolvă fondul. Această hotărâre este o hotărâre *sui generis* pentru că nu se încadrează în clasificarea hotărârilor judecătoarești în încheieri, sentințe și decizii.

Existența acestei hotărârii reglementate prin norme speciale este admisă de legea de procedură (de exemplu art.: 40 alin. 4, 158 alin. 3, 246 alin. 2 și art. 281 din Codul de procedură civilă⁴⁵). Calea de atac împotriva acestei hotărâri este apelul, potrivit dreptului comun. Este apelabilă pentru că obiectul apelului îl constituie hotărârile date în primă instanță de către judecătorii și tribunale, indiferent dacă s-au pronunțat ori nu asupra fondului litigiului și, după cum s-a precizat, „apelul există întotdeauna dacă un text de lege nu-l interzice”⁴⁶.

În legătură cu termenul de apel, putem spune că acesta nu este suspensiv de executare, pentru că încheierea este dată cu execuție vremelnică de drept (conform art. 278 pct. 8 din Codul de procedură civilă). Părâtul, apelând încheierea de admitere a probei va putea cere și suspendarea executării, potrivit regulilor generale în materie.

⁴² Grațian Porumb, *op. cit.*, pag. 472; V. Negru, D. Radu, *op. cit.*, pag. 189; I. Stoeneșcu, S. Zilberman, *op. cit.*, pag. 401; A. Hilsenrad, I. Stoeneșcu, *op. cit.*, pag. 246; I. Leș, în *Dicționar...*, pag. 76.

⁴³ A. Hilsenrad, I. Stoeneșcu, *op. cit.*, pag. 189.

⁴⁴ V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. II, Edit. Național, București, 1997, pag. 113.

⁴⁵ Pentru amănunte, *idem*, pag. 251.

⁴⁶ Cas. I, dec. nr. 458/1934, citată de V.M. Ciobanu, *idem*, pag. 328, nota 41.

În ceea ce privește incidentele în cursul acestei proceduri, considerăm că ele se pot prezenta sub forma incidentelor cu privire la compunerea instanței și incidentelor cu privire la probe și probațiune.

Dacă incidentele cu privire la compunerea instanței pot apărea în toate formele prevăzute de legea de procedură⁴⁷ și se rezolvă în condițiile dreptului comun, incidentele cu privire la probe și probațiune necesită unele explicații.

Pot apărea incidente cu privire la probe și probațiune sub forma contestațiilor cu privire la martor sau mărturie, contestațiilor cu privire la mărturisire și a contestațiilor în cadrul procedurilor de verificare a faptelor materiale. Nu pot apărea, în procedura asigurării dovezilor, contestații cu privire la proba scrisă deoarece aceasta nu face obiect al acestei proceduri.

Contestațiile vor constitui, după caz, fie motive de apel împotriva încheierii instanței de admitere sau respingere a cererii de asigurare a probei, fie pentru a solicita o anchetă *in futurum* proprie, ori se pot ridica în viitorul litigiu dacă mai este posibil.

Suntem de părere că ancheta *in futurum* este personală. Cu alte cuvinte, doar reclamantul poate să ceară „asigurarea” unor dovezi prin cererea sa.

În cazul în care și părătul ar solicita „asigurarea” unor „contra probe” (în cadrul acestei proceduri), pretențiile sale ne par asimilabile cu cele formulate în general printr-o cerere reconvențională și nu ar trebui să fie satisfăcute de către instanță.

Suștinem aceasta pentru că cererea reconvențională este un incident privitor la obiectul judecății or, după cum am afirmat, aceste incidente nu pot interveni în cadrul acestei proceduri.

Așadar părătului îi rămâne posibilitatea de a introduce o cerere de asigurare a dovezilor, prin care se va cere instanței „asigurarea” probelor de care înțelege să se folosească în viitorul proces.

Credem că nici termenul de „contra-probă” nu poate fi folosit în această situație, deoarece doar în viitorul litigiu respectivele probe, „asigurate” de către părătul din cererea inițială, vor fi opuse reclamantului inițial.

Efectele asigurării dovezilor

Potrivit art. 241 din Codul de procedură civilă „dovezile administrate în condițiile mai sus prevăzute pot să fie folosite și de partea care nu a cerut administrarea lor”.

Dovezile conservate prin această procedură sunt în primul rând opozabile părții adverse din cererea de asigurare⁴⁸, dar și părților din procesul în fond⁴⁹. Partea adversă are însă posibilitatea de a le combate prin contra-probă în cursul procesului asupra fondului cauzei⁵⁰, pentru că preconstituirea dovezii nu prejudecă fondul. Astfel partea adversă din procesul fond poate invoca neconcludența dovezii sau poate solicita reaudierea martorului, dacă mai e posibil.

⁴⁷ Pentru amănunte, vezi I. Deleanu, *op. cit.*, vol. II, pag. 29-47.

⁴⁸ V. Negru, D. Radu, *op. cit.*, pag. 190.

⁴⁹ I. Stoeneșcu, S. Zilberstein, *op. cit.*, pag. 402.

⁵⁰ V. Negru, D. Rădu, *op. cit.*, pag. 190; V.G. Cădere, *op. cit.*, pag. 267; E. Mihuleac, *op. cit.*, pag. 152.

Textul art. 241 alin. 1 face aplicarea principiului enunțat în art. 168, alin. 3 Cod procedură civilă, potrivit căruia dovezile nu aparțin părților, ci cauzei.

În ce privește valoarea, dovezile administrate pe calea acestei proceduri se bucură de aceeași tărie ca și în cazul în care s-ar fi administrat în cursul judecății⁵¹, instanța urmând a le aprecia liber, la egalitate cu celelalte probe.

În situația în care este posibil, instanța care va judeca pricină poate dispune, în virtutea rolului ei activ, o nouă administrare a probelor care au făcut obiectul procedurii asigurării dovezilor⁵².

⁵¹ V. Negru, D. Radu, *idem*.

⁵² Gratián Porumb, *op. cit.*, pag. 470.