

În cautarea stării de „antifragilitate” pentru persoana juridică și managementul acesteia, în raport cu „stresul penal” (I)



Lansăm azi o rubrică nouă, „De-a dreptul penal...”, susținută de una dintre cele mai prestigioase semnături din ecosistemul juridic românesc.

Dr. Valerian Ciocel, Profesor universitar doctor la Facultatea de Drept a Universității din București (Criminologie și Drept penal) și Of Counsel ZRVP, va împărtăși cititorilor ^{Biz}Lawyer gânduri, idei, preocupări, frământuri din experiența sa de expert de top în științe juridice. Azi, „În cautarea stării de „antifragilitate” pentru persoana juridică și managementul acesteia, în raport cu „stresul penal”, primul articol din această serie.

♦♦♦♦♦

Omul de știință Nassim Nicholas Taleb este cunoscut, mai ales, datorită celebrei lucrări „Lebada Neagră”, în care sunt analizate evenimente imprevizibile ce au capacitatea de a schimba modul nostru de gândire și, uneori, chiar cursul istoriei omenirii. Există Lebede negre pozitive (ex. tiparul, internetul) și Lebede Negre negative (ex. crash-ul pieței financiare din 1987, evenimentele din 11 septembrie 2001). În strânsă conexiune cu această carte, autorul a conceput o altă lucrare, poate mai puțin cunoscută, dar la fel de profundă și incitantă, „Antifragil”.

Explicarea conceptului *antifragilitate* apare chiar în debutul lucrării: „Unele lucruri trag foloase de pe urma șocurilor; înfloresc și cresc când sunt expuse la volatilitate, la aleatoriu, dezordine și factori de stres și iubesc aventura, riscul și incertitudinea. Și totuși, în ciuda ubicuității fenomenului, nu există un termen pentru a desemna antonimul exact al lui *fragil*. Hai să-i zicem *antifragil*. Antifragilitatea înseamnă mai mult decât rezistența sau robustețea. Rezistentul face față șocurilor și rămâne același; antifragilul devine mai bun. Această proprietate se află în spatele tuturor lucrurilor care s-au schimbat pe parcursul timpului: evoluție, cultura, idei, revoluții, sisteme politice, inovație tehnologică, succes cultural și economic, supraviețuire colectivă (...)”¹. Fragilul este expus Lebedelor negre negative, în timp ce antifragilul este expus celor pozitive². A trage învațăminte în urma unui eveniment negativ (stres) presupune o cunoaștere prin încercări și greșeli, o valorificare a propriilor erori și a celor comise de ceilalți. Aceasta ar fi, simplificând, calea spre obținerea antifragilității, înțeleasă (tot simplificând) ca acea capacitate a unei entități de a se întări la impactul cu elementul stresant. Mai trebuie spus că autorul consideră că „aproape orice lucru caruia îi acordăm o oarecare importanță” poate fi inclus într-una din următoarele trei categorii: fragil, robust, antifragil. Această Triada, bazată pe proprietățile unei entități, generează trei tipuri diferite de expunere³. Printre exemplele oferite de autor pentru înțelegerea celor trei categorii, cel mai sugestiv mi se pare cel bazat pe echivalentul mitologic: „Damocles este fragil (este doar o chestiune de timp până va fi răpus

de sabie)”; pasarea Phoenix este robusta („renaște din propria cenușă, revine întotdeauna la starea inițială”); „Hidra reprezintă antifragilitatea (de fiecare dată când un cap este tăiat, în locul lui cresc două capete (...), vatamarea este exact ce îi place”⁴.

Mi-am amintit de lucrarea lui Taleb și de conceptul lui – antifragilitate – în momentul în care mi-am pus unele întrebări legate de evoluția jurisprudențială a răspunderii penale a persoanei juridice.

Se poate observa ca, de la intrarea în vigoare a răspunderii penale a persoanei juridice (prin Legea nr. 278/2006) și pâna în prezent, s-a ajuns la construirea unei jurisprudențe relativ consistente în materie. Dacă la început organele judiciare au dat dovada de o oarecare „timiditate” în antrenarea răspunderii penale a persoanei juridice, în timp, aceasta atitudine a fost depășită, iar în prezent se manifesta un „apetit” din ce în ce mai crescut pentru aceasta formă a răspunderii penale. La acest reviriment au contribuit: mai întâi doctrina juridică, prin lamurirea unor aspecte controversate din punct de vedere teoretic, apoi practica judiciară în sine, care, cu timpul, a învățat mecanismele de „autoreproducere” și, nu în ultimul rând, părțile vatamate, care au sesizat ca aceasta formă de răspundere penală le ofera o mai bună oportunitate pentru recuperarea daunelor suferite.

În acest context, persoanele juridice și managementul acestora devin extrem de „fragile” în raport cu ceea ce am putea numi „stresul penal”. Fața de aceasta constatare, întrebarea care se pune este cum anume s-ar putea obține acel grad de „antifragilitate” care să permită persoanei juridice să răspundă cu succes „stresului penal”.

Transferând conceptele și explicațiile utilizate de Taleb în domeniul răspunderii penale a persoanei juridice, cred ca, în acest caz, antifragilitatea trebuie pusă în legătură cu ideea de prevenire. Se vorbește „mult și de demult” despre prevenire în materie penală, dar cred ca s-a acționat și se acționează prea puțin în acest sens. Este una din „temele” pentru care drumul de la teorie la practică este unul foarte lung. Principiul supremației prevenirii apare în antichitate ca percept medical (este mai important să previi decât să vindec), fiind ulterior adaptat la Dreptul penal de către filozofii iluminiști (ex. Montesquieu) de la care a fost „preluat și perfecționat” de către Beccaria, cel de la care ne-a rămas formula: „merita mai mult a preveni crimele decât a le pedepsi”⁵. În prezent, orice politică penală națională serioasă cuprinde o strategie preventivă la a cărei punere în practică ar trebui să conlucreze toate cele trei puteri ale statului: legislativă, executivă și judecătorească. De cele mai multe ori însă, din păcate, strategiile preventive rămân la un nivel declarativ, punerea lor în practică fiind deficitară. Este și cazul strategiilor preventive statale autohtone, dar nu despre acestea mi-am propus să discut în cele ce urmează. Ceea ce vreau să pun în discuție are legătura cu un alt gen de strategii preventive, respectiv cele „individuale”, care ar trebui elaborate și puse în practică de acele „entități” ce intra sub incidența răspunderii penale a persoanei juridice (art. 135 C.pen.). Mai concret, ceea ce interesează este de a stabili dacă persoana juridică are sau nu posibilitatea ca, printr-o strategie și o atitudine preventivă proprie, să diminueze riscul penal ce decurge din activitatea sa. Menționez în același timp că noțiunea de prevenire trebuie înțeleasă atât în sens reactiv (reacție la un eveniment de natură penală) cât și în sens proactiv (anticiparea evenimentului de natură penală).

În sensul celor de mai sus și urmând sfaturile talebiene cu privire la „cunoașterea prin încercări și greșeli”, propun analiza unor cauze din practica judiciară penală, care ar putea să aducă unele lamuriri cu privire la problema pusă în discuție.

Cauza nr. 1 – O societate pe acțiuni din domeniul bancar (Banca) este trimisă în judecată împreună cu mai mulți reprezentanți din conducerea acesteia (managementul) pentru comiterea infracțiunii de abuz în serviciu.

Fără a intra în detaliile cauzei, precizez că actul de trimitere în judecată se referea, în linii generale, la următoarea situație de fapt: Pentru dobândirea unui teren, societatea comercială X, în calitate de cumparator, a încheiat un contract de vânzare cumpărare (cu rest de preț) cu o persoană fizică, în calitate de vânzător, achitând în acest sens o sumă drept avans. Ulterior, cu acordul proprietarului terenului, societatea X a înstrăinat terenul societății Y,

urmând ca aceasta din urma sa achite restul de preț. Pentru obținerea sumei necesare tranzacției societatea Y a solicitat și obținut un credit ipotecar de la Banca. În același timp vânzătorul persoana fizica a deschis un cont la aceeași Banca, pentru a primi restul de plata. În condițiile generale de afaceri ale Bancii, agreeate de clientul persoana fizica, era prevazuta posibilitatea ca Banca sa efectueze operații din contul clientului, fara acordul acestuia, printre altele și pentru stornarea plăților efectuate eronat. Ulterior acordarii creditului și virarii restului de plata în contul persoanei fizice vânzatoare, managementul Bancii a descoperit ca în momentul vânzării terenului catre societatea Y, societatea X se afla în procedura insolvenței, astfel încât, contractul de vânzare cumparare era lovit de nulitate. Considerând ca este vorba despre o operațiune suspecta ce urmarește fraudarea Bancii, managementul acesteia a dispus stornarea sumelor virate (și sesizarea organelor în drept). În urma acestui demers, părțile contractante au tranzacționat revenirea la situația anterioara, respectiv terenul a revenit în proprietatea vânzătorului, care a reținut o suma de bani, considerata avans nereturnabil. În actul de inculpare, fapta de a recupera suma de bani platita, prin stornarea acesteia, a fost calificata drept abuz în serviciu contra intereselor persoanelor (art. 246 raportat la art. 248¹ din vechiul Cod penal, cu corespondența în art. 297 raportat la art. 309 C.pen.).

În cauza, strategia de aparare a trebuit sa fie una complexa, vizând atât argumente specifice legate de raspunderea penala a persoanei juridice cât și argumente legate de întrunirea elementelor constitutive (de tipicitate) ale infracțiunii ce a facut obiectul inculparii. Fara a intra în detalii tehnice, precizez ca în legatura cu persoana juridica s-au adus urmatoarele argumente: ilegalitatea inculparii acesteia pentru o infracțiune cu subiect activ calificat (persoana juridica nu poate fi funcționar în sensul legii penale); fiind vorba despre o infracțiune de serviciu, subiectul pasiv principal este instituția la care își desfășoara activitatea funcționarul or, Banca nu poate fi, în același timp, subiect activ și subiect pasiv al infracțiunii (este exclus astfel nu numai coautoratul, ci și celelalte forme de participatie, respectiv instigare sau complicitatea); normele Bancii nu favorizau, nu încurajau ci, dimpotriva, interziceau realizarea operațiunii incriminate, în aceste condiții vina Banca fiind exclusa. În legatura cu elementele infracțiunii s-au adus urmatoarele argumente: în cauza, fapta imputata inculpaților persoane fizice reprezinta o conduita legata de executarea unui contract, iar nerespectarea obligațiilor contractuale reprezinta premisa clasica a unui litigiu civil și orice pretenții izvorâte din acesta trebuie realizate pe calea unei acțiuni civile, ca atare nu sunt întrunite condițiile necesare pentru existența elementului material al infracțiunii de abuz în serviciu contra intereselor persoanelor; inculpații persoane fizice nu au avut reprezentarea ca actul lor de conduita ar constitui o încălcare a atribuțiilor de serviciu, nu au urmarit și nici nu au acceptat ideea ca acțiunea lor ar pune în pericol normala derulare a relațiilor de serviciu, nu au urmarit și nici nu au acceptat ideea ca ar putea cauza o vatamare intereselor legale ale unei persoane; prin urmare, în cauza nu exista intenție, nici directa, nici indirecta, pentru comiterea infracțiunii de abuz în serviciu contra intereselor persoanelor⁶.

Prima instanța a pronunțat soluții de condamnare atât pentru persoanele fizice din conducerea Bancii (managementul), cât și pentru persoana juridica (Banca). În apel s-a dispus achitarea tuturor inculpaților, respectiv a persoanei juridice și a persoanelor fizice.

Examinând acest „eveniment”, prin prisma celor trei categorii propuse de Taleb, ar trebui sa ne punem patru întrebări:

→ A fost Banca fragila, s-a aflat ea sub sabia lui Damocles? Raspuns nu. Fragilitatea ar fi presupus o breșa importanta în normele interne și în conduita managementului, ceea ce ar fi dus la o condamnare definitiva pentru persoana juridica și persoanele fizice⁷.

→ A fost Banca robusta, s-a comportat precum Phoenix în urma șocului produs de cele doua Lebede negre - trimiterea în judecata și condamnarea în prima instanța? Raspuns da. Banca a raspuns pozitiv la „șocul penal”. Soluția de achitare, care confirma robustețea, a fost posibila deoarece apararea s-a putut baza pe o reglementare interna (normele Bancii) fara fisuri importante și pe o conduita manageriala conforma cu respectiva reglementare.

→ A fost Banca antifragila, a reacționat ca o Hidra? Raspunsul este nu, dar el trebuie nuanțat. În principiu, o persoana juridica poate adopta unele masuri pentru a limita posibilitatea de a se confrunta cu o sesizare penala, dar nu poate exclude total acest risc. O sesizare penala poate fi la fel de imprezvizibila și de implacabila ca o Lebada neagra. De aceea, în astfel de situații, putem vorbi despre antifragilitate doar în masura în care sesizarea penala este clasata de catre parchet, ceea ce nu a fost cazul în speța discutata.

→ Poate evenimentul examinat sa conduca la adoptarea unor masuri care sa contribuie la dobândirea unei stari de antifragilitate pentru persoana juridica? Este o întrebare care merita o reflecție mai ampla...

Va urma...

1. *N.N. Taleb, Antifragil. Ce avem de câștigat de pe urma dezordinii, Ed. Curtea Veche, 2014, p. 15.*

2. *Idem p. 36.*

3. *Ibidem*

4. *Idem, p. 45, 46.*

5. *În sensul celor de mai sus și pentru detalii, a se vedea V. Cioclei, Manual de Criminologie, ed. 8, Ed. C.H. Beck 2019, p. 68.*

6. *În sensul celor de mai sus și pentru detalii privind speța, a se vedea, V. Cioclei, Opinii juridice în cauze penale controversate, Ed. C.H. Beck, 2015, p. 21-42.*

7. *În cauza, apararea Bancii și a persoanelor fizice din managementul acesteia a fost coordonata de C. A. Zamfirescu, Partener Senior al ZRVP (https://zrvp.ro/index.php/ro/calin-andrei-zamfirescu_79).*