

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEŞ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 2/2009

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

PRESENTATION.....	3
Tudor Draganu – ADRESA	5
Lucian Chiriac - IN MEMORIAM – ILIE IOVANAS.....	7
Emanuel Albu - NATURA JURIDICA A CONSILIULUI SUPERIOR AL MAGISTRATURII IN JURISPRUDENTIA INALTEI CURTI DE CASATIE SI JUSTITIE / La nature juridique du Conseil Supérieur de la Magistrature dans la jurisprudence de la Haute Cour de Cassation et Justice	9
Gabriela Bogasiu - REFLECTAREA JURISPRUDENTIALA A PRINCIPIULUI NON-DISCRIMINARII IN LITIGIILE PRIVIND CARIERA MAGIS- TRATILOR / La réflexion jurisprudentielle du principe de la non- discrimination dans les litiges concernant la carrière des magistrats.....	23
Radu Carp - ANULAREA SI SUSPENDAREA ACTELOR ADMINISTRATIVE IN CONTENCIOSUL ELECTORAL / L'annulation et la suspension des actes administratifs dans le contentieux électoral roumain.....	41
Lucian Chiriac - DESPRE IREVOCABILITATEA SI CONTROLUL DE LEGALITATE A DECRETULUI DE GRATIERE - ACT ADMINISTRATIV INDIVIDUAL / Sur l'irrévocabilité et le contrôle de la légalité du décret de grâce - acte administratif individuel.....	46
Cristian Clipa - DREPTUL LA OPINIE AL FUNCTIONARILOR PUBLICI SI LIMITELE EXERCITARII ACESTUIA / Le droit d'opinion des fonctionnaires publics et les limites de son exercice	55
Liviu Giurgiu - ARGUMENTE IN SPRIJINUL SOLUTIEI DE PRINCIPIU ADOPTATA LA DATA DE 26 MAI 2008 DE CATRE JUDECATORII SECTIEI DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV SI FISCAL A INALTEI CURTI DE CASATIE SI JUSTITIE CU PRIVIRE LA INLATURAREA APLICARII DISPOZITIILOR ART. 4 ALIN. 1 DIN LEGEA CONTEN- CIOSULUI ADMINISTRATIV NR. 554/2004, ASTFEL CUM AU FOST MODIFICATE PRIN LEGEA NR. 262/2007 SI ALE DISPOZITIILOR ART. 2 ALIN. 2 TEZA FINALA DIN LEGEA NR. 262/2007, IN CAZUL ACTELOR ADMINISTRATIVE CU CARACTER INDIVIDUAL EMISE ANTERIOR INTRARII IN VIGOARE A LEGII NR. 554/2004 / Quelques arguments qui soutiennent la solution de principe adoptée le 26 mai 2008 par les juges de la Section de contentieux administratif et fiscal de la Haute Cour de Cassation et de Justice concernant l'enlèvement des dispositions de l'article 4 alinéa 1 de la Loi no. 544/2004 du contentieux administratif modifié par la Loi no. 262/2007, et des dispositions de l'article 2 alinéa 2 de la Loi no. 262/2007, dans le cas des actes administratifs individuels émis antérieurement à l'entrée en vigueur de la Loi no. 554/2004	83

Iordan Nicola - DISCUTII SI PROPUNERI DE MODIFICARE A LEGISLATIEI ORGANICE DIN SFERA ADMINISTRATIEI PUBLICE LOCALE / Discussions et propositions de modification de la législation organique concernant l'administration publique locale	88
Eugenia Iovanas - ACTIUNILE IN CONTENCIOS ADMINISTRATIV AVAND CA OBIECT COMUNICAREA INFORMATIILOR DE INTERES PUBLIC REGLEMENTATE DE LEGEA NR. 544/2001 , PRIVIND ACCESUL LIBER AL PERSOANELOR LA INFORMATIILE DE INTERES PUBLIC / Les actions en contentieux administratif ayant comme objet la communication des informations d'intérêt public réglementées par la Loi no. 544/2001, concernant l'accès libre des personnes aux informations d'intérêt public.....	102
Michel Leroy - CONTRADICTION DES DEBATS ET DOCUMENTS CONFIDENTIELS. L'ETAT DE LA QUESTION EN DROIT BELGE.....	109
Reinhard Mussnug - DAS ALLGEMEINE VERWALTUNGSRECHT ZWISCHEN RICHTERRECHT UND GESETZESRECHT	124
Ioana Pasculeț - O RASPUNDERE DE DREPT ADMINISTRATIV "ABANDONATA" INSTANTELOR CIVILE PRIN TACEREA LEGII? CONSIDERATII ASUPRA INSTANTEI COMPETENTE SA DECIDA ANGAJAREA RASPUNDERII ADMINISTRATIEI PENTRU FAPTELE ILICITE / Une responsabilité de droit administratif "abandonnée" aux instances civiles par le silence de la loi? Considérations sur le problème de l'instance compétente de décider sur l'engagement de la responsabilité de l'administration pour ses faits illicites.....	143
Rodica Narcisa Petrescu - CAPACITATEA SI COMPETENTA ADMINISTRATIVA IN CONCEPTIA PROFESORULUI ILIE IOVANAS / La capacité et la compétence administrative selon le professeur Ilie Iovanas	157
Ovidiu Podaru - „SCOALA DE LA BUCURESTI" VERSUS „SCOALA DE LA CLUJ": RAZBOI TROIAN SAU PSEUDO-CONFLICT? Eseu despre variile viziuni asupra oportunitatii actului administrativ (mitologie pentru juristi) / L'École de Bucarest c. l'École de Cluj: guerre de Troie ou pseudo-conflit? Essai sur les visions variées de l'opportunité des actes administratifs (mythologie pour les juristes)	162
Ioan Santai - CONTRIBUTII ALE PROFESORULUI ILIE IOVANAS LA CONFIGURAREA DOCTRINARA A CONTENCIOSULUI ADMINISTRATIV ROMAN CONTEMPORAN / Contributions du professeur Ilie Iovanas à la configuration doctrinaire du contentieux administratif roumain contemporain	176
Mircea Ursuta - CONSIDERATII CU PRIVIRE LA NATURA JURIDICA A PROCESULUI-VERBAL DE CONSTATARE A CONTRAVENTIEI SI DE APLICARE A SANCTIUNII CONTRAVENTIONALE / Réflexions sur la nature juridique de l'avis d'infraction.....	181



Colocviul comemorativ / Colloque commémoratif

ILIE IOVĂNAȘ

**Zborul frânt al unui Icar / Le vol brisé d'un
Icare**

Cluj-Napoca, 17-19 octombrie 2008

În 2008 s-au împlinit șaptezeci de ani de la nașterea profesorului Ilie Iovănaș, titular, timp de mai bine de 20 de ani, al Catedrei de Drept administrativ la Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca. Din păcate, același an a marcat și împlinirea a 5 ani de la trecerea în neființă a profesorului Iovănaș, plecat mult prea devreme dintre noi.

Cu această ocazie, Facultatea de Drept (Catedra de Drept public) a Universității „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, în colaborare cu Asociația „Henri Capitant” a prietenilor culturii juridice franceze - România și cu Institutul de Drept Comparat al Facultății de Drept - Departamentul de Drept administrativ a organizat, o sesiune de comunicări științifice dedicată regretatului profesor, la care au participat teoreticieni și practicieni ai dreptului administrativ, atât din țară cât și din străinătate.

Acest număr special al revistei cuprinde comunicările susținute la această sesiune și care au fost predate de autori redacției revistei *Studia - Iurisprudentia* până la data de 1 mai 2009.

Soixante-dix ans nous séparent maintenant de la naissance du professeur Ilie Iovănaș, titulaire du cours de droit administratif à Cluj-Napoca pendant plus de vingt ans. Cette même année 2008 est aussi marquée par les cinq ans qui se sont écoulés de sa prémature disparition.

Pour marquer le moment, la Faculté de Droit de l'Université « Babeș-Bolyai » de Cluj-Napoca (par sa Chaire de Droit Public), en collaboration avec l'Association « Henri Capitant » des amis de la culture juridique française - Roumanie et avec le Département de Droit administratif de l'Institut de Droit comparé ont organisé une session commémorative dédiée au professeur Iovănaș. Des théoriciens et des praticiens du droit administratif, roumains et étrangers, y ont participé.

Ce numéro spécial de la revue *Studia - Iurisprudentia* contient les communications présentées lors de cette réunion; les textes ont été livrés au colège de rédaction jusqu'au 1er mai 2009.

Iubiți prieteni,

Vă rog să mă iertați că nu pot să particip la comemorarea organizată de instituția dumneavoastră cu prilejul împlinirii a 70 de ani de la nașterea regretatului profesor dr. Ilie Iovănaș. Nu numai bolile care mă rod mă împiedică să fac acest act pios în memoria unui foarte apropiat prieten, ci și cealaltă boală care o însoțește, ea fiind însă cea mai gravă dintre ele. Terentius răspundea tatălui său, care-i imputa că a lipsit de la un festin organizat de el, spunându-i că a fost bolnav. La observația tatălui său, care era convins că acesta nu a fost bolnav, i-a răspuns "*Senectus ipsa est morbus*".

Prin perspectiva vârstei mele înaintate sunt în măsură să îmi dau seama cel mai bine de valoarea contribuției științifice a lui Ilie Iovănaș.

Ceea ce a împrumutat o valoare deosebită lucrărilor lui științifice a fost faptul că, înainte de a studia legislația aplicabilă, el a înțeles că este necesară o aprofundare cât mai completă a doctrinei dezvoltate în legătură cu legislația anterioară. Această metodă de cercetare i-a dat posibilitatea de a face numeroase observații critice și propuneri de modificări ulterioare.

A doua trăsătură caracteristică este preocuparea constantă de a cuprinde toate problemele atât de variate ale dreptului administrativ într-o formă sintetică, care să fie o călăuză sigură atât pentru studenții începători, cât și pentru juriștii deja formați. Această strădanie a autorului a făcut ca manualul lui să fie utilizat în pregătirea lor pentru examene nu numai de studenții facultății noastre ci, chiar după apariția altor cursuri, de studenții tuturor facultăților de drept din țara noastră. Prin ideile sale fundamentale, cartea și-a păstrat actualitatea până astăzi.

A treia trăsătură fundamentală a scrierilor lui Ilie Iovănaș este strădania de a aborda cele mai complicate probleme ale Dreptului Administrativ într-o formă cât mai simplă și mai apropiată de pregătirea studentului începător. Acesta însușire a făcut ca manualul, ca și autorul lui, să fie îndrăgit de studenți și citit cu plăcere.

Deși foarte strict în pretențiile la examene, atitudinea lui Ilie Iovănaș față de studenți era întotdeauna justă și echilibrată, ceea ce inspira respectul studenților.

Rigoarea științifică cu care și-a îndeplinit toate sarcinile primite, s-a datorat în bună parte și faptului că el și-a început activitatea ca asistent la catedra de Drept Civil al cărei conducător a fost marele jurist și pedagog prof. dr. Aurelian Ionașcu, al cărui stil de rară claritate se inspiră din aforismele lui Decartes, care a spus: "*De la clarité avant tout*".

Fie ca această claritate să călăuzească pe toți juriștii noștri în scrierile lor, fie ele științifice sau redactate în exercițiul profesiei lor. Fie ca politicienii noștri să înțeleagă că există un limbaj juridic specific, care nu coincide cu cel pe care și l-au însușit de la coada vacii.

La moartea lui Ilie Iovănaș m-am despărțit nu numai de un discipol strălucit, ci și de un prieten adevărat care nu m-a uitat nici după ce m-am pensionat, iar după ce a fost mutat la Facultatea de Drept din Arad, ori de câte ori venea la Cluj (aproape la două săptămâni o dată), nu uita să mă caute pentru a ne îmbrățișa cu drag după o colaborare de atâția ani de zile. Îmi lipsește și acum când, atât de bătrân și bolnav, mă gândesc mai des la prietenii mei din trecut și la cei ale căror devotate sentimente îmi încălzesc și acum inima.

Prof. Univ. Dr. Tudor DRĂGANU

IN MEMORIAM – ILIE IOVĂNAȘ

Dr. Lucian CHIRIAC*

Nu cred că eram cel mai potrivit actor care să fie însărcinat cu acest rol dificil și pretențios, dar este adevărat în același timp atât de nobil, prin care să evoci memoria unuia dintre mării tăi profesori. Invitația familiei m-a onorat și în același timp mă obligă.

Eram în anul doi de facultate, într-un octombrie asemănător, „era toamnă nebun de frumoasă la Cluj”, după cum ne spunea poetul Horea Bădescu, când l-am întâlnit pentru prima dată, eu în bancă, dânsul la catedră, pe d-nul profesor Ilie Iovănaș – titularul cursului de drept administrativ.

Niciodată nu mi-am putut închipui că ascultând cursurile domniei sale despre administrația de stat, noțiunea și obiectul dreptului administrativ, principiile fundamentale ale administrației de stat, organele administrației de stat, actele administrative sau controlul administrativ sau judecătoresc asupra activităților executive, peste ani, voi perpetua multe dintre cele învățate. Modest, plin de haz, șugubăț, cu o privire caldă și luminoasă, cu înțelepciunea dascălului format la Alma Mater Napocensis și nu în ultimul rând la adăpostul pălăriei cu boruri atât de ocrotitoare ale marelui nostru profesor Tudor Drăganu, Ilie Iovănaș a rămas în memoria noastră ca dascăl și ca om.

Nu pot decât să mă înclin cu respect în fața colegilor de la Facultatea de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai pentru această nobilă perpetuare, păstrare și cultivare a valorilor academice clujene.

Profesorul Ilie Iovănaș s-a născut la 13 martie 1938 la Curtici – județul Arad. Înzestrat cu o inteligență nativă, cultivată în mod trainic pe băncile școlilor, ocupant constant și fără întrerupere al premiului întâi, a trecut cu brio examenul de admitere la Liceul pedagogic de învățători din Arad. Cariera de dascăl se prefigura încă de atunci. Dotat cu cerbicia iubirii de carte, vorbăreț, dar cumpătat, poreclit „sfatul și povața”, nu a fost departe să împlinească destinul hărăzit de bunica sa și să „ajungă fiscarăș”, adică avocat. Nu va ajunge avocat, dar poate chiar mai mult decât atât, deoarece și-a dedicat viața studiului dreptului, aici în Cluj unde șef de promoție a demonstrat că merita să fie cuprins în corpul academic al uneia dintre cele mai prestigioase facultăți din România – Facultatea de drept din Cluj-Napoca. Din anul 1963 și-a început cariera universitară, în 1969 a obținut titlul de doctor în drept, laurii așezându-se pe fruntea sa într-o carieră de aproape 40 de ani de universitar.

Mă întorc în timp și mă întreb unde sunt toți acei ani, unde sunt profesorii mei, când student fiind priveam parcul cel mare al Clujului de pe ferestrele sălii 90, așteptând să ajungă la cursuri mării noastre profesori: Tudor Drăganu, Vladimir Hanga,

Ioan Albu, Grațian Porumb, Matei Basarab și mulți, mulți alții, dar și mai tinerii lor discipoli printre care strălucea profesorul Ilie Iovănaș. Clujul „un pezzo di cielo, caduto in terra” era cu adevărat o cetate universitară cu caracter nobil și de urmat, așa cum se înfățișa și dascălul nostru.

Activitatea academică a profesorului Ilie Iovănaș nu s-a rezumat numai la catedră, ci s-a manifestat prin cursuri editate, articole, studii, comunicări științifice, participări la diferite sesiuni științifice, conferințe, a fost membru al Institutului Național de Științe Administrative „Paul Negulescu”. A fost dascăl la facultatea de drept din cadrul Universității Babeș Bolyai Cluj-Napoca, dar și la Universitatea Dimitrie Cantemir din Târgu-Mureș (unde am avut onoarea de a colabora), precum și la Universitatea „Vasile Goldiș” din Arad.

A scris mult, a scris cu competență, cu seriozitatea rigorii științifice, analitic și sistematizat. Pentru mine cartea sa „Dreptul administrativ și elemente ale științei administrației” apărută în Editura Didactică și Pedagogică București, 1977, rămâne una dintre cele mai bune cărți de specialitate; a se vedea capitolele referitoare la actele de drept administrativ, controlul judecătoresc al legalității actelor administrative pe calea acțiunii directe cu vestitele sale fine de neprimire, excepția de ilegalitate și această înșirare nici nu poate spune totul.

Dar, de ce nu, la fel de valoroasă este și cartea sa „Drept administrativ” apărută în 1997 în Editura Servo-Sat Arad, o răsplată a timpului, în încercarea de modernizare a dreptului administrativ românesc. Și dacă ar fi să parafrazez, numai cu aceste cărți ar fi fost suficient pentru ca profesorul Ilie Iovănaș să intre în istoria dreptului românesc.

Cred că profesorului Ilie Iovănaș prin săvârșirea împlinirii sale, a realizat cel mai bine îndemnul la sârguință și perseverență cuprins în adagiul lui Vergiliu „Labor omnia vincit improbus”. Toate curg și timpul descoperă toate. Și dacă vreți să vă amintiți mai bine de cel ce a fost omul Ilie Iovănaș, recitiți Byron în ”Childe Harolds’s Pilgrimage”:

”Am stat în Veneția pe Puntea Suspinelor/ Palat, de-o parte și temniță, de alta.”

Să-l omagiem pe profesorul nostru, continuându-i opera.

* Autorul este conferențiar universitar la Facultatea de Drept a Universității Petru Maior din Tg. Mureș.
El poate fi contactat la adresa de e-mail office@avocatlucianchiriac.ro

NATURA JURIDICĂ A CONSILIULUI SUPERIOR AL MAGISTRATURII ÎN JURISPRUDENȚA ÎNALTEI CURȚI DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE

Dr. Emanuel ALBU*

Résumé: *La nature juridique du Conseil Supérieur de la Magistrature dans la jurisprudence de la Haute Cour de Cassation et Justice. Le problème de la nature juridique du Conseil Supérieur de la Magistrature a constitué un objet de recherche pour la doctrine roumaine mais, aussi, pour la doctrine occidentale, parce que dans la plupart des démocraties européennes un tel organisme est établi par la Constitution, apparaissant ainsi comme un vrai "gouvernement de la magistrature".*

De même, la nature juridique de cette autorité constitutionnelle a été une provocation inévitable pour les praticiens du droit, étant, ainsi, évoquée par la jurisprudence, soit qu'il s'agisse de la jurisprudence de la Haute Cour de Cassation et de Justice ou de celle de la Cour Constitutionnelle, soit qu'il s'agisse de celle du Conseil Supérieur de la Magistrature lui-même.

Tout d'abord, le Conseil Supérieur de la Magistrature, en saisissant la Cour Constitutionnelle pour la solution de quelques exceptions d'inconstitutionnalité qu'on avait invoquées en trois litiges disciplinaires jugés par ses sections, a considéré qu'elle est aussi une instance judiciaire dans le sens des dispositions de l'article 146 lettre d) de la Constitution et des prévisions de l'article 29 alinéa (1) de la Loi no. 47/1992, republiée, selon lesquelles seulement les instances judiciaires et celles d'arbitrage ont la compétence de formuler tde elles des saisies.

La Haute Cour de Cassation et de Justice, mais aussi la Cour Constitutionnelle, et, en plus, une partie significative de la doctrine ont décidé que, conformément à l'ordre constitutionnel actuel, le Conseil Supérieur de la Magistrature est une autorité publique située en dehors du pouvoir judiciaire qui, par la Haute Cour de Cassation et de Justice et par les autres instances judiciaires établies par la loi, accomplissent la justice en Roumanie.

Rezumat. *Problema naturii juridice a Consiliului Superior al Magistraturii a constituit obiect de cercetare în doctrina românească, dar și în doctrina juridică occidentală, deoarece în majoritatea democrațiilor europene este consacrat constituțional un asemenea organism, care apare ca un adevărat "guvern al magistraturii".*

De asemenea, natura juridică a acestei autorități constituționale a constituit o provocare inevitabilă pentru practicienii dreptului și a fost, astfel, evocată și de jurisprudență, fie că ne referim la jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție sau la aceea a Curții Constituționale, ori la practica administrativă a însuși Consiliului Superior al Magistraturii.

Inițial, Consiliul Superior al Magistraturii, sesizând Curtea Constituțională cu soluționarea unor excepții de neconstituționalitate care îi fuseseră invocate în trei cauze disciplinare aflate pe rolul secțiilor sale, a considerat că este și o instanță judecătorească în sensul dispozițiilor art.146 lit. d) din Constituție și prevederilor art. 29 alin.(1) din Legea nr. 47/1992, republicată, potrivit cărora doar instanțele judecătorești și cele de arbitraj sunt competente să formuleze astfel de sesizări.

Înalta Curte de Casație și Justiție, dar și Curtea Constituțională, precum și o bună parte a literaturii de specialitate s-au pronunțat în sensul că, potrivit actualei ordini constituționale, Consiliul Superior al Magistraturii este o autoritate publică situată în afara puterii judecătorești care, prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege, realizează justiția în România.

Mots clés : Conseil Supérieur de la Magistrature, nature juridique, jurisprudence, autorité publique

Cuvinte cheie : Consiliul Superior al Magistraturii, natură juridică, jurisprudență, autoritate publică

1. Considerații generale

Consiliul Superior al Magistraturii a fost reînființat¹ prin Constituția din anul 1991, organizarea și atribuțiile sale fiind reglementate de Legea nr. 92/1992 privind organizarea judecătorească².

Constituția din anul 1991 s-a limitat să traseze principiile esențiale privind componența, modul de alegere a membrilor Consiliului și durata mandatului acestora (art.132), precum și rolul acestuia privind numirea în funcție a judecătorilor și procurorilor (art.133 alin.1) și privind răspunderea disciplinară a judecătorilor (art.133 alin.2).

Legea pentru organizarea judecătorească nr. 92/1992 a reglementat în Titlul V componența și modul de alegere a membrilor Consiliului (art.71 și art. 72), organizarea, funcționarea și atribuțiile acestuia (art.173), dispoziții care au fost detaliate într-un regulament propriu de funcționare³.

Aceste reglementări au fost modificate și completate prin Legea nr. 142/1997⁴, astfel încât dispozițiile privind componența, organizarea, funcționarea și atribuțiile Consiliului Superior al Magistraturii s-au regăsit la art. 86-91 din Legea nr. 92/1992, republicată⁵.

Nici Constituția din anul 1991 și nici Legea nr. 92/1992 pentru organizarea judecătorească nu au avut însă dispoziții exprese privind natura juridică a Consiliului Superior al Magistraturii, situație în care prevederile art.1, așa cum au fost modificate și completate prin Legea nr. 142/1997 au căpătat o importanță deosebită prin faptul că au realizat o demarcație clară între autoritatea judecătorească, noțiune folosită de Constituția din anul 1991 și puterea judecătorească, noțiune introdusă de Legea nr. 142/1997.

Astfel, potrivit art.1 alin.(1) din Legea nr. 92/1992, republicată în baza Legii nr. 142/1997, autoritatea judecătorească se compune din instanțele judecătorești, Ministerul Public și Consiliul Superior al Magistraturii, fiecare cu atribuțiile proprii prevăzute de Constituție și de lege.

Potrivit art. 1 alin.(2) din aceeași lege republicată, puterea judecătorească este separată de celelalte puteri ale statului, având atribuții proprii ce sunt exercitate prin instanțele judecătorești, în conformitate cu principiile și dispozițiile prevăzute de Constituție și de celelalte legi ale țării.

Deci, cu alte cuvinte, aceste prevederi legale enumerau Consiliul Superior al Magistraturii ca una dintre structurile care compun autoritatea judecătorească, la care se refereau dispozițiile art. 132 și art. 133 din Constituția din anul 1991, fără a face parte din puterea judecătorească ce are atribuții proprii și sunt exercitate prin instanțele judecătorești la care se refereau dispozițiile art. 125 alin.(1) din Constituția din anul 1991.

Revizuirea Constituției din anul 1991⁶ a însemnat și o nouă filozofie în privința rolului, structurii, funcționării și atribuțiilor Consiliului Superior al Magistraturii, la care ne vom referi succint pentru a facilita conturarea naturii juridice a acestui organ al puterii, într-un stat de drept.

Astfel, în ceea ce privește rolul Consiliului Superior al Magistraturii, Constituția revizuită a prevăzut la art.133 alin.(1) că această autoritate publică este garantul independenței justiției, care potrivit art. 126 alin.(1) din Constituție se realizează prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești.

În consecință, această prevedere constituțională este preluată întocmai de Legea privind organizarea judiciară nr. 304/2004⁷ și de Legea privind Consiliul Superior al Magistraturii nr. 317/2004⁸, la art. 1 alin.(1), această autoritate fiind definită în mod expres, nu prin natura sa juridică, ci prin rolul său constituțional, de garant al independenței justiției care, potrivit art.2 alin.(2) din Legea nr. 304/2004 se realizează prin: - Înalta Curte de Casație și Justiție; - Curți de apel; - Tribunale; - Tribunale specializate; - Instanțe militare și, respectiv, - Judecătorii.

În ceea ce privește funcționarea Consiliului Superior al Magistraturii, art. 2 alin.(2) din Legea nr. 317/2004 prevede în mod expres că această autoritate este independentă și se supune în activitatea sa numai legii, funcționând potrivit art. 24 alin.(1) din aceeași lege, ca organ cu activitate permanentă.

Funcționarea Consiliului Superior al Magistraturii se realizează fie în plenul său, fie pe cele două secții: Secția pentru judecători și, respectiv, Secția pentru procurori, iar potrivit art. 24 din această lege hotărârile Consiliului Superior al Magistraturii se iau în plen sau în secții, potrivit atribuțiilor care revin acestora.

Deci, cu alte cuvinte, hotărârile adoptate nu sunt ale plenului și nici ale secțiilor, ci ale Consiliului Superior al Magistraturii, care funcționează fie în plen, fie pe secții, în raport cu atribuțiile stabilite prin dispozițiile constituționale și legale, în calitatea sa de autoritate publică cu capacitate proprie spre deosebire de plen și secții care reprezintă structurile sale funcționale (compartimentele sale de lucru).

Referitor la componența Consiliului Superior al Magistraturii, Constituția revizuită a prevăzut atât numărul membrilor cât și apartenența lor, legiuitorul organic fiind astfel evitat de la reglementarea acestor aspecte.

Astfel, potrivit art. 133 alin.(2) din Constituție, republicată, Consiliul Superior al Magistraturii este alcătuit din 19 membri, din care :

a) 14 sunt aleși în adunările generale ale magistraților și validați de Senat; aceștia fac parte din doua secții, una pentru judecători și una pentru procurori; prima secție este compusă din 9 judecători, iar cea de-a doua din 5 procurori;

b) 2 reprezentanți ai societății civile, specialiști în domeniul dreptului, care se bucură de înaltă reputație profesională și morală, aleși de Senat; aceștia participă numai la lucrările în plen;

c) ministrul Justiției, președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție și procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, ca membri de drept.

Conducerea acestei autorități este asigurată, potrivit art. 133 alin.(3), de președintele Consiliului Superior al Magistraturii, care este ales pentru un mandat de un an, ce nu poate fi reînnoit, dintre magistrații prevăzuți la alineatul (2) litera a).

Dispozițiile constituționale citate mai sus conferă Consiliului Superior al Magistraturii cea mai extinsă garanție de stabilitate, în ceea ce privește componența și modul de alcătuire, precum și exercitarea actului de conducere a acestei autorități.

Atribuțiile prevăzute de Constituție și cele stabilite prin legea sa organică sunt, de asemenea, elemente definitorii pentru stabilirea naturii juridice a Consiliului Superior al Magistraturii.

Potrivit art. 134 alin(1) din Constituție, revizuită, Consiliul Superior al Magistraturii propune Președintelui României numirea în funcție a judecătorilor și a procurorilor, cu excepția celor stagiați, în condițiile legii.

De asemenea, potrivit art. 134 alin.(2), Consiliul Superior al Magistraturii îndeplinește rolul de instanță de judecată, prin secțiile sale, în domeniul răspunderii disciplinare a judecătorilor și a procurorilor, potrivit procedurii stabilite prin legea sa organică. În aceste situații, ministrul Justiției, președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție și procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție nu au drept de vot.

Atribuțiile Consiliului Superior al Magistraturii sunt prezentate, însă, în mod detaliat în Capitolul IV din Legea nr. 317/2004, la art. 31-51 precizându-se în mod expres că rolul său esențial este acela de a garanta independența justiției, având dreptul, dar și obligația, de a se sesiza și din oficiu pentru a apăra judecătoria și procurorii împotriva oricărui act care le-ar putea afecta independența sau imparțialitatea ori ar crea suspiciuni cu privire la acestea, apărând și reputația profesională a judecătorilor și procurorilor.

Secțiunea a 2-a din Capitolul IV al Legii nr.317/2004 enumeră atribuțiile pe care Plenul Consiliului Superior al Magistraturii le are în materia gestionării carierei judecătorilor și procurorilor (art.35), atribuțiile referitoare la admiterea în magistratură, evaluarea, formarea și examenele judecătorilor și procurorilor (art.36 alin.1), atribuțiile referitoare la organizarea și funcționarea instanțelor și a parchetelor (art.37), atribuțiile de adoptare a reglementărilor specifice (Codul deontologic, Regulamentul propriu de organizare și funcționare, Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești, alte regulamente și hotărâri prevăzute în Legea nr.303/2004 și în Legea nr.304/2004), atribuțiile de avizare a actelor normative care privesc activitatea autorității judecătorești, de sesizare a ministrului Justiției cu privire la necesitatea inițierii sau modificării unor acte normative în acest domeniu (art.38).

Secțiunea a 3-a din Capitolul IV al Legii nr.317/2004 precizează atribuțiile secțiilor Consiliului Superior al Magistraturii în domeniul carierei judecătorilor și procurorilor (art.40), atribuțiile referitoare la organizarea și funcționarea instanțelor și parchetelor (art.41), atribuțiile privind încuviințarea percheziției, reținerii sau arestării preventive a magistraților (art.42-43).

Secțiunea următoare, Secțiunea a 4-a din Capitolul IV al Legii nr.317/2004, este consacrată atribuțiilor pe care Consiliul Superior al Magistraturii le are în domeniul răspunderii disciplinare a magistraților.

Astfel, reluând dispozițiile constituționale ale art.134 alin.(2), art.44 din Legea nr.317/2004 precizează că, în domeniul răspunderii disciplinare a judecătorilor și procurorilor, Consiliul Superior al Magistraturii îndeplinește prin secțiile sale rolul de instanță de judecată pentru faptele prevăzute de Legea nr. 303/2004, acțiunea disciplinară fiind exercitată de comisiile de disciplină ale Consiliului (art.45 alin.1), ai căror membri sunt numiți de Secția pentru judecători și, respectiv, de Secția pentru procurori, după caz (art.45 alin.2).

În strânsă legătură cu natura juridică a Consiliului Superior al Magistraturii se află natura juridică a actelor adoptate de această autoritate în exercitarea atribuțiilor din domeniul răspunderii disciplinare a judecătorilor și procurorilor, astfel că, din această perspectivă, prezintă importanță procedura de exercitare și finalizare a acțiunii disciplinare pentru care Legea nr. 317/2004 conține reglementări detaliate.

Astfel, potrivit art.45, acțiunea disciplinară se exercită de comisiile de disciplină ale Consiliului Superior al Magistraturii, formate din un membru al Secției pentru judecători și 2 inspectori ai Serviciului de inspecție judiciară pentru judecători și, respectiv, un membru al Secției pentru procurori și 2 inspectori ai Serviciului de inspecție judiciară pentru procurori, numiți în fiecare an de secțiile respective.

În legătură cu prevederile art.45 alin.(1) din Legea nr. 317/2004, republicată, a fost invocată o excepție de neconstituționalitate în raport cu dispozițiile art.134 alin.(2) din Constituție, potrivit căreia Consiliul Superior al Magistraturii, prin secțiile sale, îndeplinește rolul de instanță de judecată în domeniul răspunderii disciplinare a magistraților, astfel că membrii săi nu pot face parte din comisiile de disciplină care exercită acțiunea disciplinară.

Curtea Constituțională a respins excepția de neconstituționalitate⁹ cu motivarea că, în cauză, nu există o problemă de constituționalitate, ci de incompatibilitate a judecătorului și, respectiv, procurorului care face parte din comisiile de disciplină, problemă care a fost rezolvată prin art.33 alin.(1) fraza a II-a din Regulamentul de organizare și funcționare a Consiliului Superior al Magistraturii¹⁰ unde s-a prevăzut că judecătorii și procurorii, membri ai Comisiei de disciplină, nu participă la soluționarea acțiunii disciplinare.

Sesizarea comisiilor de disciplină în legătură cu abaterile disciplinare ale judecătorilor și procurorilor se poate realiza de către orice persoană interesată sau din oficiu.

Exercitarea acțiunii disciplinare este condiționată de efectuarea prealabilă a unei cercetări administrative, care se dispune de către Comisia de disciplină în calitatea sa de titular al acțiunii disciplinare și se efectuează de inspectori din cadrul Serviciului de inspecție judiciară pentru judecători, respectiv din cadrul Serviciului de inspecție judiciară pentru procurori (art.46 alin.1 și 2 din Legea nr.317/2004, republicată).

În cadrul cercetării prealabile se stabilesc faptele și urmările acestora, împrejurările în care au fost săvârșite, precum și orice alte date concludente din care să se poată aprecia asupra existenței sau inexistenței vinovăției. Ascultarea celui în cauză și verificarea apărărilor judecătorului sau procurorului cercetat sunt obligatorii. Refuzul judecătorului sau procurorului cercetat de a face declarații sau de a se prezenta la cercetări se constată prin proces-verbal și nu împiedică încheierea cercetării. Judecătorul sau procurorul cercetat are dreptul să cunoască toate actele cercetării și să solicite probe în apărare.

Efectuarea cercetării prealabile este necesară pentru realizarea unei investigații complete în legătură cu abaterea sau abaterile sesizate, pe de o parte, și pentru asigurarea dreptului la apărare al magistratului, pe de altă parte, astfel că neefectuarea acestei anchete administrative în condițiile legii va avea ca efect nulitatea absolută a acțiunii disciplinare.

Rezultatul cercetării prealabile se înaintează comisiei de disciplină în termen de 60 de zile de la înregistrarea sesizării la Consiliul Superior al Magistraturii, iar în următoarele 20 de zile comisia de disciplină sesizează secția corespunzătoare în vederea soluționării acțiunii disciplinare.

După primirea rezultatului cercetării prealabile, Comisia de disciplină, în calitate de titular al acțiunii disciplinare, va putea sesiza Secția corespunzătoare a Consiliului Superior al Magistraturii, în vederea judecării acțiunii disciplinare, sau va dispune clasarea, în cazul în care consideră că exercitarea acțiunii disciplinare nu se justifică.

În procedura disciplinară în fața secțiilor Consiliului Superior al Magistraturii, citarea judecătorului sau procurorului împotriva căruia se exercită acțiunea disciplinară este obligatorie iar judecătorul sau procurorul poate fi reprezentat de un alt judecător ori procuror sau poate fi asistat ori reprezentat de un avocat.

Judecătorul sau procurorul și, după caz, reprezentantul ori avocatul său au dreptul să ia cunoștință de toate actele dosarului și pot solicita administrarea de probe în apărare.

Secțiile Consiliului Superior al Magistraturii, în cazul în care constată că sesizarea este întemeiată, aplică una dintre sancțiunile disciplinare prevăzute de lege, în raport cu gravitatea abaterii disciplinare săvârșite de judecător sau procuror și cu circumstanțele personale ale acestuia.

Potrivit art.48 din lege, admitând acțiunea disciplinară, Secțiile Consiliului Superior al Magistraturii vor adopta o hotărâre care va trebui să cuprindă, în principal:

- descrierea faptei care constituie abatere disciplinară și încadrarea juridică a acesteia;
 - temeiul de drept al aplicării sancțiunii;
 - motivele pentru care au fost înlăturate apărările formulate de judecător sau procuror;
 - sancțiunea aplicată și motivele care au stat la baza aplicării acesteia;
 - calea de atac și termenul în care hotărârea poate fi atacată;
 - instanța competentă să judece calea de atac.
- Împotriva hotărârii adoptate de Secțiile Consiliului Superior al Magistraturii se poate exercita recurs în termen de 15 zile de la comunicare, competența de soluționare revenind Completului de 9 judecători de la Înalta Curte de Casație și Justiție, care va pronunța o soluție irevocabilă (art.49).

2. Natura juridică a Consiliului Superior al Magistraturii

Problema naturii juridice a Consiliului Superior al Magistraturii a constituit obiect de cercetare în doctrina românească¹¹, dar și în doctrina juridică occidentală, deoarece în majoritatea democrațiilor europene este consacrat constituțional un asemenea organism, care apare ca un adevărat "guvern al magistraturii"¹².

În ceea ce ne privește, din păcate, așa cum s-a remarcat¹³, nici Constituția și nici Legea nr.317/2004 nu conțin norme exprese referitoare la natura juridică a acestui organism, ba mai mult reglementările actuale folosesc termeni improprii sau, cel puțin, ambigui.

În doctrina românească, în practica administrativă și, respectiv, în jurisprudență, în încercarea de a încadra această autoritate publică în una dintre categoriile prevăzute de dispozițiile constituționale: autorități legislative, autorități ale puterii executive, autorități ale puterii judecătorești și autorități autonome administrative, au fost exprimate opinii și soluții diferite în legătură cu natura juridică a Consiliului Superior al Magistraturii.

Astfel, *în primul rând, a fost exprimată opinia*, este adevărat că în mod izolat¹⁴, conform căreia Consiliul Superior al Magistraturii ar face parte din puterea judecătorească, deși nici dispozițiile constituționale și nici cele legale nu au îndreptățit o asemenea concluzie în perioada anterioară revizuirii Constituției din anul 1991, dar nu îndreptățesc o astfel de concluzie, cu atât mai puțin, după revizuire.

De altfel, Curtea Constituțională, în perioada anterioară revizuirii Constituției din anul 1991, fiind sesizată cu mai multe obiecții privind constituționalitatea Legii nr.124/1997 de modificare și completare a Legii nr.92/1992 pentru organizarea judecătorească, pe care le-a respins, referindu-se la art.1 din lege, care scosese din puterea judecătorească Ministerul Public și Consiliul Superior al Magistraturii, a motivat, în mod expres că „Nici Consiliul Superior al Magistraturii nu face parte din puterea judecătorească, deoarece nu înfăptuiește justiția, ci reprezintă un organism

care se interpune între puterea judecătorească și puterea executivă, reprezentată de Președintele României și Guvern, în principal pentru asigurarea unei cât mai depline independențe a justiției. Aceasta (este argumentația care) explică de ce (acest organism) a fost reglementat în capitolul "Autoritatea judecătorească" în Constituție"¹⁵.

Chiar și după revizuirea Constituției din anul 1991, Curtea Constituțională, fiind sesizată de către Consiliul Superior al Magistraturii cu soluționarea unor excepții de neconstituționalitate a prevederilor art.45 alin.(1) din Legea nr.317/2004, republicată, și-a păstrat opinia potrivit căreia această autoritate publică nu poate sesiza Curtea Constituțională nefiind o instanță judecătorească¹⁶.

În acele situații, Curtea Constituțională a respins ca inadmisibile excepțiile de neconstituționalitate cu care fusese sesizată de către Consiliul Superior al Magistraturii, prin Secția pentru judecători¹⁷ și, respectiv, Secția pentru procurori,¹⁸ cu motivarea că, potrivit art.146 lit.d) din Constituție și art.29 alin.(1) din Legea nr.47/1992¹⁹, Curtea Constituțională hotărăște (decide) asupra excepțiilor ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial privind neconstituționalitatea unei legi sau ordonanțe, ori a unei dispoziții dintr-o lege sau ordonanță în vigoare, care au legătură cu soluționarea cauzei în orice fază a litigiului și oricare ar fi obiectul acesteia, or Consiliul Superior al Magistraturii nu este o instanță judecătorească în sensul art.126 alin.(1) din Constituție și art.2 alin.(2) din Legea nr.304/2004 privind organizarea judiciară.

Această concluzie a fost confirmată și de Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul de 9 judecători prin două decizii foarte recente²⁰.

Astfel, Completul de 9 judecători de la Înalta Curte de Casație și Justiție a avut de soluționat două recursuri împotriva a două încheieri prin care Consiliul Superior al Magistraturii, Secția pentru judecători și, respectiv Consiliul Superior al Magistraturii, Secția pentru procurori, aflat în procedura de soluționare a unor acțiuni disciplinare, respinsese, de această dată, ca inadmisibile cererile de sesizare a Curții Constituționale pentru excepția de neconstituționalitate a art.45 alin.(1) din Legea nr.317/2004, republicată, invocată de către magistrații împotriva cărora fusese exercitată acțiunea disciplinară.

În motivarea cererilor de recurs, formulate de către magistrații cercetați, s-a susținut în esență că, potrivit art.134 alin.(2) din Constituție, Consiliul Superior al Magistraturii este instanță de judecată, prin secțiile sale, în domeniul răspunderii disciplinare a judecătorilor și procurorilor, dispoziții care se regăsesc reluate și de Legea nr.317/2004, la art.44 alin.(1), astfel că prevederile art.29 alin.(1) din Legea nr.47/1992 sunt pe deplin aplicabile.

Prin deciziile pronunțate, Completul de 9 judecători a respins recursurile ca inadmisibile, în raport cu prevederile art.29 alin.(6) din Legea nr.47/1992, republicată.

În motivarea celor două decizii s-a reținut, în primul rând, că, într-adevăr, Consiliul Superior al Magistraturii nu este o instanță de judecată în sensul art.126 alin.(1) din Constituție și art.2 alin.(2) din Legea nr.304/2004, republicată.

Astfel, potrivit art.126 alin.(1) din Constituție, „Justiția se realizează prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege”.

În aplicarea acestui text constituțional, Legea nr.304/2004, republicată, prevede la art.2 alin.(2) că „Justiția se realizează prin următoarele instanțe judecătorești: Înalta Curte de Casație și Justiție; Curți de apel; Tribunale; Tribunale specializate; Instanțe militare; Judecătorii.”

Referitor la dispozițiile art.134 alin.(2) din Constituție și art.44 alin.(1) din Legea nr.317/2004, republicată, Instanța supremă a reținut că, potrivit acestor reglementări, Consiliul Superior al Magistraturii realizează, în domeniul răspunderii disciplinare a magistraților o activitate cu caracter jurisdicțional, îndeplinind rolul unei instanțe de judecată aflate în afara sistemului puterii judecătorești, singura care, în ordinea constituțională actuală, înfăptuiește justiția în România.

În al doilea rând, s-a reținut că recursurile sunt inadmisibile în raport cu prevederile art.29 alin.(6) din Legea nr.47/1992, republicată, și cu natura juridică a actelor vizate de cele două recursuri, acele "încheieri" prin care consiliul Superior al Magistraturii a respins cererile de sesizare a Curții Constituționale, aspecte la care ne vom referi într-o secțiune separată.

În concluzie, considerăm că, în niciun caz, nu se poate susține cu temei legal că, în ordinea constituțională actuală, Consiliul Superior al Magistraturii ar avea natura juridică a unui organ ce aparține puterii judecătorești, inclusiv atunci când realizează o activitate cu caracter jurisdicțional.

Potrivit unei a doua opinii, în cazul Consiliului Superior al Magistraturii ne aflăm în prezența unui organ cu o dublă natură: administrativă și jurisdicțională, această autoritate desfășurând de regulă o activitate de natură administrativă, iar atunci când acționează în calitate de instanță disciplinară realizează o activitate jurisdicțională²¹.

Autorii care susțin această opinie au constatat în mod corect că cea mai mare parte a atribuțiilor acestei autorități publice se realizează prin activități administrative tipice: de organizare a executării legilor și de aplicare în concret a legilor privind organizarea și funcționarea justiției, precum și cariera magistraților, etc.

Astfel, în primul caz, Consiliul Superior al Magistraturii adoptă Codul deontologic al magistraților și regulamentele prevăzute la art.39 din Legea nr.317/2004 și de Legile nr.303/2004 și nr.304/2004, ceea ce reprezintă activități administrative de reglementare care au ca scop organizarea executării legilor respective.

De asemenea, în al doilea caz, Consiliul Superior al Magistraturii realizează activități administrative de aplicare în concret a legilor privind organizarea și funcționarea justiției și cariera magistraților atunci când:

- propune Președintelui României numirea în funcție și revocarea din funcție a președintelui, vicepreședintelui și președinților de secții ai Înaltei Curți de Casație și Justiție;
- dispune promovarea judecătorilor și procurorilor;
- validează examenele de capacitate ale magistraților;
- aprobă, avizează sau hotărăște, după caz, măsuri referitoare la organizarea și funcționarea instanțelor și parchetelor; etc.

În privința celei de-a doua componente a activității Consiliului Superior al Magistraturii, activitatea cu caracter jurisdicțional realizată în domeniul răspunderii disciplinare a magistraților, considerăm că ne aflăm în prezența unei activități similare cu aceea pe care o întâlnim în competența organelor de conducere ale oricărui ordin profesional în ceea ce privește răspunderea disciplinară a membrilor unor astfel de ordine.

Astfel, pentru a ne limita exemplele la profesiile juridice, întâlnim o astfel de activitate cu caracter jurisdicțional în cazul avocaților, unde Comisia centrală de disciplină și Consiliul Uniunii Naționale a Barourilor din România se constituie, potrivit art.74 și următoarele din Legea nr.51/1995, republicată²², în instanțe disciplinare, acțiunea disciplinară fiind exercitată de Consiliul baroului din care face parte avocatul respectiv.

O soluție similară o găsim reglementată de către legiuitor și în cazul răspunderii disciplinare a executorilor judecătorești, unde, potrivit prevederilor art.44 și urm. din Legea nr. 188/2000²³, Consiliul de disciplină și Comisia superioară de disciplină a Uniunii Naționale a Executorilor Judecătorești au rol de instanțe de judecată a acțiunii disciplinare și, respectiv, a contestației.

Or, în privința activității jurisdicționale a unor astfel de instanțe disciplinare este de domeniul evidenței că ne aflăm în prezența unei activități administrative cu caracter jurisdicțional, iar nu de o activitate de jurisdicție specifică instanțelor judecătorești.

Deci, cu alte cuvinte, considerăm că și Consiliul Superior al Magistraturii, în realizarea atribuțiilor legale, desfășoară o activitate administrativă tipică, pe de o parte, și, pe de altă parte, o activitate administrativă cu caracter jurisdicțional, atunci când, prin secțiile sale, îndeplinește rolul de instanță disciplinară.

În cea de-a treia opinie, Consiliul Superior al Magistraturii nu face parte din sistemul instanțelor judecătorești și se încadrează în categoria organelor executive ale statului²⁴, având trăsăturile caracteristice ale unei autorități administrative independente²⁵.

Am considerat, la rândul nostru, că, prin natura sa juridică, prin modul de constituire, organizare și realizare a competențelor legale, Consiliul Superior al Magistraturii este un organ central autonom investit cu atribuții executive de organizare a executării legilor și de aplicare în concret a legilor, în scopul garantării independenței justiției și asigurării bunei funcționări a acesteia²⁶.

Natura juridică a Consiliului Superior al Magistraturii a fost definită, prin decizii de speță, și de Secția de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție, care a reținut că această structură constituțională este o instituție publică centrală, cu competență națională, care are importante atribuții executiv-administrative, de organizare a executării și de executare în concret a legilor privind cariera profesională a magistraților, adoptând în acest scop, fie acte administrativ-jurisdicționale, atunci când funcționează pe secții ca instanță disciplinară, fie simple acte administrative de autoritate, precum în cauza dedusă judecării. În situația când

acțiunea este formulată împotriva unui astfel din urmă act administrativ, competența de judecată aparține Curții de apel, potrivit art.3 pct.1 din Codul de procedură civilă (cauza a avut ca obiect un litigiu anterior Legii nr. 554/2004, fiind atacată Hotărârea nr.137 din 8 septembrie 2004, prin care s-a dispus eliberarea din funcția de judecător a unui magistrat, ca urmare a pensionării)²⁷.

Deci, Consiliul Superior al Magistraturii este o autoritate executiv-administrativă a statului, cu caracter autonom în raport cu puterile statului, având rolul de a garanta independența justiției.

Caracterul autonom față de puterea executivă subzistă, chiar dacă Președintele României prezidează lucrările Consiliului Superior al Magistraturii la care participă (art.133 alin.(6) din Constituție) fără a avea însă drept de vot (art.25 din Legea nr.317/2004, republicată) și chiar dacă ministrul Justiției este membru de drept (art.133 alin.(2) lit.c) din Constituție), rolul său fiind limitat practic la votul pe care și-l exprimă, mai puțin când Secțiile Consiliului Superior al Magistraturii lucrează ca instanțe disciplinare.

Considerăm că și în cazul relațiilor cu Parlamentul, Consiliul Superior al Magistraturii își manifestă caracterul autonom, deși Senatul validează membrii aleși de adunările generale ale magistraților (art.133 alin.(2) lit.a) din Constituție) sau alege pe cei doi reprezentanți ai societății civile (art.133 alin.(2) lit.b) din Constituție) care, la rândul lor, au mai mult un rol decorativ, de natură să estompeze acuzele de corporatism aduse acestei autorități.

Autonomia față de puterea legiuitoare ar putea fi pusă, totuși, în discuție în raport cu modificările aduse art.38 din Legea nr.317/2004, unde a fost introdusă (la alineatul (6)) obligația Consiliului Superior al Magistraturii să elaboreze anual un raport privind starea justiției, precum și un raport privind activitatea proprie, pe care să le prezinte Camerelor reunite ale Parlamentului României până la data de 15 februarie a anului următor²⁸.

Având în vedere Regulamentul ședințelor Camerelor reunite ale Parlamentului României, prezentarea unor astfel de rapoarte impune adoptarea unei poziții de aprobare sau respingere din partea deputaților și senatorilor, ceea ce va pune problema consecințelor juridice asupra Consiliului Superior al Magistraturii a unei eventuale și ipotetice respingeri, practica socială oferind exemple de demitere a organismelor ale căror rapoarte de activitate au fost respinse de către Parlamentul României.

3. Natura juridică a actelor adoptate de Consiliul Superior al Magistraturii în domeniul răspunderii disciplinare a magistraților

Așa cum spuneam anterior, Consiliul Superior al Magistraturii îndeplinește, prin secțiile sale, rolul de instanță de judecată în domeniul răspunderii disciplinare a judecătorilor și procurorilor, potrivit procedurii stabilite prin legea sa organică (art.134 alin.(2) din Constituție).

Într-adevăr, potrivit art.44 alin.(1) din Legea nr.317/2004, republicată, Secția pentru judecători a Consiliului Superior al Magistraturii îndeplinește acest rol pentru judecători, precum și pentru magistrații-asistenți de la Înalta Curte de Casație și Justiție, în timp ce Secția pentru procurori a Consiliului Superior al Magistraturii îndeplinește rolul respectiv pentru procurori.

Precizăm că expresia „instanță de judecată” folosită atât de Constituție cât și de Legea nr.317/2004, republicată, a fost interpretată de Curtea Constituțională și Înalta Curte de Casație și Justiție, așa cum s-a argumentat în secțiunea precedentă, în sensul de „instanță disciplinară de judecată”, situată în afara ordinii constituționale actuale a instanțelor judecătorești, prevăzută la art.126 alin.(1) din Constituție și art.2 alin.(2) din Legea nr.304/2004 privind organizarea judiciară, singurele investite să realizeze justiția în România.

Potrivit art.48 din Legea nr.317/2004, republicată, Secțiile Consiliului Superior al Magistraturii soluționează acțiunea disciplinară printr-o hotărâre care trebuie să cuprindă, în principal, elementele enumerate de acest text de lege, iar împotriva acestei hotărâri se poate exercita recurs, competența de soluționare revenind Completului de 9 judecători de la Înalta Curte de Casație și Justiție, care va pronunța o hotărâre irevocabilă.

În raport cu natura juridică a Consiliului Superior al Magistraturii, putem trage concluzia că hotărârea adoptată pentru soluționarea acțiunii disciplinare reprezintă un act administrativ cu caracter jurisdicțional, cu toate consecințele care decurg și în privința actelor care premerg și pregătesc adoptarea hotărârii, denumite „încheieri” în practica instituțională a Secțiilor Consiliului Superior al Magistraturii.

Problema naturii juridice a hotărârilor și a încheierilor adoptate de Secțiile Consiliului Superior al Magistraturii în cadrul activității cu caracter jurisdicțional s-a pus în practica instanțelor judecătorești competente potrivit art.29 alin.(6) din Legea nr.47/1992, republicată.

Astfel, în conformitate cu prevederile art.29 alin.(6), dacă excepția de neconstituționalitate este inadmisibilă, instanța respinge printr-o hotărâre motivată cererea de sesizare a Curții Constituționale, iar încheierea poate fi atacată numai cu recurs la instanța imediat superioară în termen de 48 de ore de la pronunțare.

În cauzele judecate de Completul de 9 judecători, la care ne-am referit mai sus²⁹, recursurile formulate vizau încheierile prin care Secția pentru judecători a Consiliului Superior al Magistraturii și, respectiv, Secția pentru procurori respinseseră ca inadmisibile cererile de sesizare a Curții Constituționale cu excepția de neconstituționalitate a art.45 alin.(1) din Legea nr. 317/2004, republicată, iar Instanța supremă a respins, la rândul său, ambele recursuri ca inadmisibile.

Într-adevăr, din interpretarea prevederilor art.29 alin.(6) din Legea nr.47/1992, republicată, rezultă că recursul reglementat de aceste dispoziții legale este o cale de atac împotriva unei hotărâri (încheieri) pronunțată de o instanță judecătorească la care se referă art.146 lit.d) coroborat cu art.126 alin.(1) din Constituție, precum și art.29 alin.(1) din Legea nr.47/1992, republicată, coroborat cu art.2 alin.(2) din Legea nr.304/2004, republicată.

Or, actele care fac obiectul recursurilor respective, denumite de Secțiile Consiliului Superior al Magistraturii ca fiind „încheieri”, nu reprezintă altceva decât acte preparatorii ale actului administrativ cu caracter jurisdicțional producător de efecte juridice: hotărârea de soluționare a acțiunii disciplinare.

Deci, după cum hotărârea adoptată de Secțiile Consiliului Superior al Magistraturii pentru soluționarea acțiunii disciplinare nu este o hotărâre judecătorească, nefiind pronunțată de o instanță judecătorească, în cadrul unei activități de jurisdicție judiciară, ci un act administrativ cu caracter jurisdicțional adoptat de o instanță disciplinară în cadrul unei activități administrative cu caracter jurisdicțional, tot așa și „încheierile” adoptate în faza premergătoare de către aceleași secții ale Consiliului Superior al Magistraturii nu sunt hotărâri judecătorești de natura celor la care se referă dispozițiile art.29 alin.(6) din Legea nr. 47/1992, republicată. Aceste „încheieri” au natura juridică a actelor premergătoare, care pot fi atacate numai odată cu actul administrativ cu caracter jurisdicțional a cărui adoptare au pregătit-o, potrivit prevederilor generale ale Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ și dispozițiilor speciale ale Legii nr. 317/2004, republicată.

În concluzie, putem afirma că actele adoptate de Consiliul Superior al Magistraturii, în exercitarea, prin secțiile sale, a rolului de instanță disciplinară în domeniul răspunderii disciplinare a magistraților, sunt acte administrative cu caracter jurisdicțional, în cazul „hotărârilor” prin care se soluționează acțiunea disciplinară și, respectiv, acte pregătitoare, preparatorii ale actului administrativ-jurisdicțional, în cazul „încheierilor”.

Totodată, și tot ca o concluzie, reafirmăm că, prin natura sa juridică, prin modul de constituire, organizare și realizare a competențelor legale, Consiliul Superior al Magistraturii este o autoritate centrală autonomă, investită cu atribuții executiv-administrative de organizare a executării legilor și de aplicare în concret a legilor din domeniul justiției, în scopul garantării independenței justiției și asigurării bunei funcționări a acesteia.

Deci, Consiliul Superior al Magistraturii este o autoritate executiv-administrativă a statului, cu caracter autonom în raport cu puterile statului, care, potrivit competențelor legale, desfășoară atât activități administrative tipice, cât și activități administrative cu caracter jurisdicțional, având rolul de a garanta independența justiției și de a asigura buna organizare și funcționare a acesteia, precum și de a gestiona cariera judecătorilor și procurorilor.

* Autorul este conferențiar universitar la Universitatea Spiru Haret și judecător la Înalta Curte de Casație și Justiție, secția de contencios administrativ și fiscal; albuem@yahoo.fr.

¹ Consiliul Superior al Magistraturii a fost înființat prin Legea din 24 martie 1909, funcționând până la intrarea în vigoare a Dec. nr. 132/1949 pentru organizarea judecătorească, publicată în *Buletinul Oficial* nr. 15 din 2 aprilie 1949, care a abrogat Legea nr. 341/1947 ce conținea dispoziții referitoare la Consiliul Superior al Magistraturii care funcționa pe lângă Ministerul Justiției și sub președenția ministrului de Justiție.

² Legea nr. 92/1992 pentru organizarea judecătorească a fost publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr. 197 din 13 august 1992.

- ³ Regulamentul de funcționare a Consiliului Superior al Magistraturii, publicat în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr.84 din 4 mai 1993.
- ⁴ Publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr. 170 din 25 iulie 1997.
- ⁵ Legea nr. 92/1992 a fost republicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr. 259 din 30 septembrie 1997.
- ⁶ Legea de revizuire a Constituției nr. 429/2003 a fost aprobată prin Referendumul național din 18-19 octombrie 2003, Constituția fiind republicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr. 767 din 31 octombrie 2003, cu reactualizarea denumirilor și dându-se textelor o nouă numerotare.
- ⁷ Legea 304/2004 a fost publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr.576 din 29 iunie 2004.
- ⁸ Legea 317/2004 a fost publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr.599 din 2 iulie 2004
- ⁹ Decizia nr.698/2007, publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr.705 din 18 octombrie 2007
- ¹⁰ Aprobat prin Hotărârea nr.326/2005 a Consiliului Superior al Magistraturii, publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr.867 din 27 septembrie 2005
- ¹¹ T. Drăganu, "Tendențe de limitare a rolului în Stat al Guvernului prin multiplicarea exagerată a autorităților centrale autonome", în *Revista de Drept Comercial*, nr.12/2000, p.68 și nr.1/2001, p.28
- I. Leș, *Instituții juridice contemporane*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p.107
- I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol.I, Ediția a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p.124
- V. M. Ciobanu, "Câteva reflecții cu privire la reforma justiției civile în România", în *Dreptul*, nr.2/2006, p.23
- C.L. Popescu, "Suprimarea prin revizuirea constituțională a unei garanții privind liberul acces la justiție, în sensul imposibilității atacării în justiție a unor hotărâri ale Consiliului Superior al Magistraturii", în *Curierul Judiciar*, nr. 2/2004, p.60-62
- Em. Albu, *Drept administrativ și știința administrației*, Partea I, Ed. Fundației România de Măine, București, 2005, p.197-199
- ¹² Pentru detalii a se vedea I. Leș, *op.cit.*, p.108 și 111
- ¹³ G. Bogasiu, D. Vărtires, A. Segărceanu, *Controlul de legalitate al hotărârilor Consiliului Superior al Magistraturii – Jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p.2
- ¹⁴ N. Cochinescu, *Totul despre Ministerul Public*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p.109
- ¹⁵ Decizia nr.339/1997, publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr.170 din 25 iulie 1997
- ¹⁶ Decizia nr.391/2007, publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr.321 din 14 mai 2007; Decizia nr.514/2007, publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr.464 din 10 iulie 2007; Decizia nr.788/2007, publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr.745 din 2 noiembrie 2007
- ¹⁷ Dosarul nr. 9J/2006
- ¹⁸ Dosarul nr. 26J/2006
- ¹⁹ Legea nr.47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, republicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr. 643 din 16 iulie 2004
- ²⁰ Decizia nr.3 din 3 iunie 2008 și Decizia nr.4 din 23 iunie 2008, pronunțate de Completul de 9 judecători al Înaltei Curți de Casație și Justiție, nepublicate
- ²¹ I. Deleanu, *op.cit.*, p.111; I. Popa, *Tratat privind profesia de magistrat în România*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p.86; G. Bogasiu ș.a., *op.cit.*, p.7
- ²² Legea nr.51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr. 113 din 6 martie 2001, modificată și completată prin Legea nr.255/2004, publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr. 559 din 23 iunie 2004
- ²³ Legea nr.188/2000 privind executorii judecătorești, publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr.559 din 10 noiembrie 2000
- ²⁴ T. Drăganu, *op.cit.*, p.74
- ²⁵ C.L. Popescu, *loc.cit.*, p.61
- ²⁶ Em. Albu, *Drept administrativ*, Partea I, Editura Fundației România de Măine, București, 2008, p.150
- ²⁷ Decizia nr.8180 din 11 noiembrie 2004, în Em. Albu, *Jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție*, 2004, Editura Lumina Lex, București, 2005, p. 368 și urm.
- ²⁸ Pentru prima dată, la 25 iunie 2008, Consiliul Superior al Magistraturii a dat publicității Raportul privind starea justiției pe anul 2007 și, respectiv, Raportul privind activitatea proprie pe anul 2007, care nu au fost încă discutate de Camerele reunite ale Parlamentului României.
- ²⁹ *Supra*, nota 20

REFLECTAREA JURISPRUDENȚIALĂ A PRINCIPIULUI NON-DISCRIMINĂRII ÎN LITIGIILE PRIVIND CARIERA MAGISTRAȚILOR

Gabriela BOGASIU*

Résumé : *La réflexion jurisprudentielle du principe de la non-discrimination dans les litiges concernant la carrière des magistrats. Le présent article analyse l'incidence du principe de non-discrimination en matière d'accès à la magistrature et à la carrière de juges et de procureurs vu par la jurisprudence récente de la Section de contentieux administratif et fiscal de la Haute Cour de Cassation et de Justice, à partir de l'hypothèse que la pratique judiciaire est le premier récepteur de la dynamique du phénomène administratif et qu'elle est posée plus rapidement en face de la provocation d'encadrer du point de vue juridique certaines réalités inédites, qui vont, ultérieurement, être filtrées par la doctrine.*

Consacrée par de nombreux instruments juridiques nationaux et internationaux et de plus en plus fréquemment invoquée dans la pratique administrative et judiciaire, l'application du principe de la non-discrimination donne naissance à des débats concernant des sujets comme: le contenu du concept de non-discrimination, les critères selon lesquels on peut retenir une conduite discriminatoire, le traitement égal devant les instances judiciaires et les autorités publiques.

Une différence de traitement est discriminatoire si elle n'a pas une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle n'a pas un but légitime ou s'il n'a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but poursuivi.

En tenant lieu de conclusions, la fin de l'article est une invitation à la réflexion sur certains problèmes toujours actuels concernant le rôle de l'instance de contentieux administratif et les mécanismes desquels elle dispose pour "dire la vérité", sur le rapport entre la loi, le droit et la morale et, surtout, sur les moyens de contribution du juge à l'harmonisation de ces concepts.

Rezumat. *Articolul de față tratează incidența principiului nediscriminării în materia accesului în magistratură și a carierei judecătorilor și procurorilor prin prisma jurisprudenței recente a Secției de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție, pornind de la premisa că practica judiciară este primul receptor al dinamicii fenomenului administrativ și este pusă mai rapid în fața provocării de a încadra juridic unele realități inedite, care urmează a fi ulterior filtrate în doctrină.*

Consacrat prin numeroase instrumente juridice naționale și internaționale și tot mai frecvent invocat în practica administrativă și judiciară, aplicarea principiului nediscriminării generează dezbateri cu privire la teme cum sunt: conținutul conceptului de nediscriminare, criteriile pe baza cărora poate fi reținută o conduită discriminatorie, tratamentul egal în fața instanțelor judecătorești și a autorităților publice.

O diferență de tratament este discriminatorie dacă aceasta nu are o justificare obiectivă și rezonabilă, cu alte cuvinte, dacă nu are un scop legitim sau dacă nu există un raport rezonabil de proporționalitate între mijloacele folosite și scopul vizat

În loc de concluzii, studiul se încheie cu o invitație la reflecție asupra unor probleme mereu actuale privind rolul instanței de contencios administrativ și mecanismele de care dispune aceasta pentru “a spune dreptul”, asupra raportului dintre lege, drept și morală și mai cu seamă, asupra modului în care judecătorul poate contribui la armonizarea acestor concepte.

Mots clés : principe de la non-discrimination, magistrat, jurisprudence, carrière

Cuvinte cheie : principiul nediscriminării, magistrat, jurisprudență, carieră

I. Considerații introductive privind consacrarea principiului nediscriminării în dreptul intern și în dreptul internațional

Respectarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale constituie esența unei societăți democratice, pentru că nu poate exista democrație fără a fi asigurată recunoașterea și respectarea unor valori recunoscute universal.¹

Premisa asigurării protecției și promovării drepturilor omului și libertăților fundamentale constă în înscrierea acestora în reglementările naționale și internaționale; numai astfel devin realități juridice care pot fi garantate efectiv, prin mijloace reparatorii de natură politică sau juridică la care titularii să aibă acces în cazul vătămării drepturilor lor. Așa cum se precizează în Declarația Universală a Drepturilor Omului, „este esențial ca drepturile omului să fie protejate de un regim de drept”.²

Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, semnată la Roma, la 4 noiembrie 1950, sub egida Consiliului Europei și intrată în vigoare la 3 septembrie 1953, a devenit, treptat, unul dintre cele mai eficace instrumente de apărare a drepturilor omului.

Recunoașterea importanței Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, ca reper pentru întreg spațiul european, rezultă și din dispozițiile Tratatului asupra Uniunii Europene, așa cum a fost modificat la Amsterdam și la Nisa, care și-a propus să dezvolte Uniunea ca un *spațiu de libertate, securitate și justiție*, fondat pe principiile libertății, democrației, respectarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, ca și statul de drept, principii care sunt comune statelor membre. Uniunea a aderat la Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale și are ca principii generale ale ordinii sale juridice drepturile fundamentale, astfel cum sunt garantate prin Convenție și care rezultă din tradițiile constituționale comune statelor membre.³

În exercitarea drepturilor și libertăților recunoscute de Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, articolul 14 instituie regula interzicerii discriminării pe criterii de sex, rasa, culoare, limba, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, apartenența la o minoritate națională, avere, naștere sau orice alta situație.

Interzicerea generală a discriminării este consacrată în art. 1 din Protocolul adițional nr. 12 la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, adoptat la Roma la 4 noiembrie 2000, intrat în vigoare la data de 1 aprilie 2005 și ratificat de România prin Legea nr. 103/2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 375 din 2 mai 2006.

În România, egalitatea în drepturi este recunoscută și garantată prin Constituție, formând obiectul de reglementare al articolului 16, inclus în Capitolul II- Drepturile și libertățile fundamentale.

Potrivit acestei norme constituționale, (1) *Cetățenii sunt egali în fața legii, fără privilegii și fără discriminări.* (2) *Nimeni nu este mai presus de lege.*

În plan legislativ, norma consacrată cu valoare de principiu în art. 16 din Constituție a fost concretizată prin adoptarea Ordonanței Guvernului nr. 137/2000, privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, aprobată cu modificări prin Legea nr. 48/2002 și republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 99 din 8 februarie 2007.

Potrivit art. 1 alin. (1) din actul normativ menționat, în România, stat de drept, democratic și social, demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane reprezintă valori supreme și sunt garantate de lege.

Alineatul (2) al aceluiași articol enumeră drepturile care intră în câmpul de aplicare al principiului egalității între cetățeni, al excluderii privilegiilor și discriminării, dintre acestea fiind relevant, în contextul lucrării de față, dreptul la un tratament egal în fața instanțelor judecătorești și a oricărui alt organ jurisdicțional - art. 1 alin. (2) lit. a). Așa cum rezultă din art. 1 alin.(4), orice persoană fizică sau juridică are obligația să respecte principiile enunțate la alin. (2).

În fine alineatul (3) al articolului 1 enunță regula potrivit căreia exercitarea drepturilor enunțate în cuprinsul prezentului articol privește persoanele aflate în *situații comparabile*.

Raportul dintre dreptul internațional și dreptul intern în materia drepturilor omului este reglementat în Constituția României prin art. 20, care instituie, pentru situația în care există un conflict de conținut între legile naționale și normele cuprinse în instrumentele juridice internaționale ratificate de Parlament, regula aplicării directe și cu prioritate a tratatelor internaționale, regulă de la care se derogă în cazul existenței unor dispoziții mai favorabile cuprinse în dreptul intern, inclusiv în Constituția României.⁴ Reglementările internaționale în materia drepturilor omului nu au, așadar, valoare supraconstituțională și nu se aplică în mod automat cu prioritate; ele constituie repere în raport cu care urmează a fi interpretate normele interne, astfel încât acestea din urmă să fie aplicate într-un sens care să concorde cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte.⁵

II. Rolul instanței de contencios administrativ în litigiile privind cariera magistraților și accesul în profesia de judecător sau procuror

Potrivit art.29 alin.(7) din Legea nr. 317/2007 privind Consiliul Superior al Magistraturii, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 827 din 13 septembrie 2005, hotărârile Plenului Consiliului Superior al Magistraturii privind cariera și drepturile judecătorilor și procurorilor pot fi atacate cu recurs, de orice persoană interesată, în termen de 15 zile de la comunicare sau de la publicare, la Secția de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție, care soluționează recursul prin hotărâre irevocabilă, conform alineatul (9) al articolului menționat.

Așa cum rezultă din interpretarea prevederilor legale ce reglementează această cale specială de recurs la instanța de contencios administrativ, pentru a obține desființarea totală sau parțială a unei hotărâri a Plenului Consiliului Superior al Magistraturii privind cariera și drepturile judecătorului, recurentul („persoana interesată”) trebuie să facă dovada existenței unei vătămări a unui drept subiectiv sau a unui interes legitim.⁶

De asemenea, Secția de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți soluționează recursurile formulate împotriva sentințelor pronunțate de secțiile specializate ale curților de apel în litigii privind accesul în profesia de judecător sau procuror.

Cu privire la aceste din urmă litigii, în practică s-a pornit de la ideea că hotărârile prin care secțiile Consiliului Superior al Magistraturii au respins cererile de numire în funcția de judecător sau de procuror, fără concurs, formulate în temeiul fostului art. 33 alin. (5) din Legea nr. 303/2004 privind statutul magistraților⁷, nu privesc cariera și drepturile judecătorilor și procurorilor, cererile fiind formulate de persoane din afara acestor profesii. Drept urmare, contestațiile formulate împotriva unor astfel de hotărâri (acte cu natură juridică administrativă) sunt supuse regulilor de drept comun în materia contenciosului administrativ, prevăzute de art. 10 alin. (1) teza a doua din Legea nr. 554/2004, potrivit căreia competența de soluționare revine curților de apel.⁸

III. Aplicarea principiului non-discriminării în materia carierei magistraților și accesului în profesia de judecător sau procuror. Analiză de practică judiciară

Examen de promovare în funcție de execuție. Discriminare pe criteriul religiei

În cauza soluționată prin decizia nr. 1088/30 martie 2006, Înalta Curte de Casație și Justiție- Secția contencios administrativ și fiscal a avut de examinat legalitatea unor hotărâri a Consiliului Superior al Magistraturii privind organizarea unui concurs de promovare a judecătorilor și procurorilor în funcții de execuție din perspectiva respectării libertății de religie și a interzicerii discriminării din motive ce țin de religia persoanei.

Prin hotărârea nr. 339 din 8 septembrie 2005, Plenul Consiliului Superior al Magistraturii a aprobat organizarea concursului de promovare a judecătorilor și procurorilor în perioada 12 -21 noiembrie 2005, potrivit Regulamentului aprobat prin Hotărârea Plenului Consiliului Superior al Magistraturii nr. 323/2005 și conform calendarului propus, aprobând totodată atât tematica și bibliografia concursului propuse de Institutul Național al Magistraturii cât și numărul posturilor vacante. Data stabilită pentru susținerea probei scrise, potrivit calendarului aprobat, a fost 12 noiembrie 2005 într-o zi de sâmbătă.

V. M., judecător la Tribunalul V, a contestat Hotărârea nr.339 din 8 septembrie 2005 a Plenului Consiliului Superior al Magistraturii în ceea ce privește data de susținere a probei scrise la concursul de promovare, colicitând Consiliului Superior al Magistraturii să reprogrameze proba scrisă într-o altă zi a săptămânii, cu motivarea că ziua de sâmbătă este recunoscută ca zi de închinare, repaus și sărbătoare religioasă pentru cetățenii români membri ai Bisericii Creștine Adventiste de Ziua a Șaptea, căreia îi aparține și recurenta.

Prin hotărârea nr.437 din 4 octombrie 2005, Plenului Consiliului Superior al Magistraturii i-a respins cererea, reținând, ca principal considerent, împrejurarea că „interesul public este mai presus de interesele personale ale indivizilor și în condițiile în care ceilalți candidați consimt să participe la concurs într-o zi nelucrătoare, pentru a nu afecta activitatea instanțelor de judecată, nu se poate interpreta că este o situație de discriminare sau de dezavantaj pentru o singură persoană; condițiile sunt aceleași pentru toți participanții, chiar dacă acești participanți împărtășesc sau nu convingerile religioase ale bisericii menționate”.

Înalta Curte a constatat că recursul formulat în temeiul art.29 alin.(7) din Legea nr. 317/2004 împotriva hotărârilor menționate este fondat, legitimitatea pretențiilor recurente găsindu-și fundamentul nu numai în dreptul pozitiv intern ci și în reglementările internaționale de referință.

Conform art.1 alin.(3) din Constituția României revizuită, România este stat de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea sunt valori supreme garantate, art.16 din Constituția României instituie egalitatea în drepturi a cetățenilor, fără privilegii și fără discriminări, iar prin art.29 din legea fundamentală se garantează libertatea conștiinței.

De asemenea, prin art.53 alin.(2) din Constituția României revizuită s-a statuat că restrângerea unor drepturi sau al unor libertăți poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică, iar măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății.

Principiul egalității între cetățeni, excluderea privilegiilor și discriminării sunt garantate, în temeiul art.1 alin.(2) din O.G.nr.137/2000, în special pentru exercitarea drepturilor prevăzute la lit.a) – f), printre care, la lit.d) drepturi civile se regăsește la pct.(VII) *dreptul la libertatea de gândire, conștiință și religie.*

Având în vedere că în temeiul art.20 alin.(1) din Constituția României, dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte, instanța a reținut că prevederile art.16 alin.(1) precum și cele ale art.29 din Constituție, se corelează și se interpretează în raport cu prevederile cuprinse în instrumentele juridice internaționale în domeniul drepturilor omului.

Într-o succintă enumerare, au fost reținute ca semnificative în cauză dispozițiile art.2 paragraf 1, art.7 și 18 din Declarația Universală a Drepturilor Omului din 1948, cele ale art.2 și 18 din Pactul internațional ONU privitor la drepturile civile și politice, ale art.6 lit.h din Declarația privind eliminarea tuturor formelor de intoleranță și discriminare din motive de religie sau de convingere, dar mai ales cele ale art.9 și 14 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale (cu denumirea simplificată de Convenția europeană a drepturilor omului).

A fost avută în vedere și Hotărârea nr. 350 din 19 decembrie 2005 a Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării, prin care s-a stabilit că faptele prezentate de V. M. constituie tratament diferențiat din perspectiva principiului egalității și al nediscriminării și s-a recomandat Consiliului Superior al Magistraturii organizarea examenelor cu respectarea principiului nediscriminării în promovarea profesională din prisma dreptului la libertatea de gândire, conștiință și religie.

Accesul în profesia de judecător. Discriminare pe criteriul vârstei

Prin Hotărârea nr.665 din 19 octombrie 2006 Plenul C.S.M. a respins o cerere de numire în funcția de judecător, fără concurs, cu motivarea că petenta „nu răspunde cerințelor instituite prin art.33 din Legea nr. 303/2004, republicată, cu modificările și completările ulterioare, dată fiind perioada limitată de timp în care aceasta poate exercita funcția de judecător, având în vedere și prevederile art. 41 din Legea nr. 19/2000 privind sistemul public de pensii și alte drepturi de asigurări sociale, cu modificările și completările ulterioare”.

Această hotărâre a fost anulată prin sentința nr.52/CA din 23 aprilie 2007 a Curții de Apel Iași rămasă irevocabilă prin decizia nr. 3467/20 septembrie 2007 a Înaltei Curți.

Instanțele au reținut că prevederile legale care reglementează accesul în profesia de judecător sau procuror nu impun condiții referitoare la vârsta persoanei sau la perioada de activitate rămasă până la împlinirea vârstei legale de pensionare.

În consecință, criteriul introdus de Plenul C.S.M. și reținut ca motiv pentru respingerea cererii de numire în funcția de judecător a intimitei-reclamante este lipsit de temei legal, autoritatea recurentă exercitându-și dreptul de apreciere în mod arbitrar, prin exces de putere, cu încălcarea dreptului fundamental consacrat la art.16 alin.(1) din Constituție, al egalității în fața legii.

Dreptul la un tratament egal în fața instanțelor judecătorești și a autorităților publice

Prin Hotărârea Plenului Consiliului Superior al Magistraturii nr. 748 din 7 mai 2007 au fost respinse cererile de numire în funcția de judecător formulate de un număr de 54 procurori, în baza dispozițiilor art.61 din Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor republicată, art.22 – 23 din Regulamentul privind transferul și detașarea judecătorilor și procurorilor în alte funcții de conducere, precum și numirea judecătorilor în funcția de procurori și a procurorilor în funcția de judecător, aprobat prin Hotărârea Plenului Consiliului Superior al Magistraturii nr. 193/2006 și a art.35 lit.a din Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii republicată și modificată.

În partea expozitivă a actului s-a făcut trimitere la Hotărârea Plenului Consiliului Superior al Magistraturii nr.738 din 1 mai 2007 prin care a fost aprobată lista posturilor vacante de judecători destinate procedurii de soluționare a cererilor formulate de procurori pentru numirea în funcția de judecător.

Investită cu un recurs formulat de una dintre persoanele vizate de hotărârea menționată, Înalta Curte⁹ a constatat că pentru a examina modul în care Consiliul Superior al Magistraturii își exercită dreptul de apreciere în privința îndeplinirii cerințelor legale pentru numirea în funcția de judecător, este obligatoriu potrivit art.29 alin.(4) din Legea nr. 317/2004, republicată, modificată și completată ca hotărârea atacată să fie motivată. Motivarea conferă actului administrativ, transparența, fiind importantă atât pentru cel vizat cât și pentru instanța de judecată care înfăptuiește controlul de legalitate.

Din perspectiva instanței de judecată, motivarea este decisivă pentru a face demarcația dintre actul administrativ adoptat în cadrul marjei de apreciere conferite de lege autorității publice și cel adoptat prin exces de putere, astfel cum este definit acest termen în art.2 alin.1 lit.n) din Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ, modificată și completată.

Deși Hotărârea nr. 748 din 8 mai 2007 a Plenului Consiliului Superior al Magistraturii a fost succint și generic motivată, Curtea a considerat că rațiunea pentru care cererile formulate de un număr de 54 procurori, printre care și recurentul, au fost respinse, poate fi ușor decelată, fiind menționate criteriile avute în vedere la adoptarea acesteia respectiv avizele date de conducerile parchetelor și instanțelor în cazurile prezentate privind traseul profesional precum și prestația avută în cadrul interviului în fața Plenului.

În ceea ce privește motivul de recurs ce viza tratamentul discriminatoriu aplicat recurentului, s-a constatat că principiul constituțional al egalității în drepturi presupune identitate de soluții pentru situații identice, condiție care nu era îndeplinită în speță și că o practică administrativă nelegală nu poate constitui fundamentul juridic al unei soluții pronunțate în cadrul controlului de legalitate exercitat în temeiul art.29 alin.7 din Legea nr. 317/2004.

Într-o altă cauză, a fost invocată inegalitatea de tratament în cadrul soluționării unei cereri de valorificare ulterioară a rezultatelor unui examen de promovare în funcții de execuție¹⁰.

Prin Hotărârea nr. 730 din 16 noiembrie 2006, Plenul Consiliului Superior al Magistraturii a respins cererea formulată de I. D., judecător la Judecătoria T. J., având ca obiect promovarea pe loc în funcția de judecător la Tribunalul G., prin valorificarea rezultatelor examenelor de promovare în funcții de execuție, desfășurate în sesiunile mai-iunie 2002 și mai-iunie 2004. În esență, în motivarea soluției s-a reținut că la data susținerii examenelor de promovare dispozițiile legale în vigoare nu prevedeau posibilitatea valorificării ulterioare a rezultatelor obținute de către candidați.

În recursul formulat în temeiul art.29 alin.(7) din Legea nr. 317/2004, recurenta a arătat că au existat situații similare, în care s-a recunoscut posibilitatea valorificării ulterioare a rezultatelor obținute la cele două examene de promovare. A făcut referire și la o decizie a Înaltei Curți de Casație și Justiție (nr.1785 din 17 mai 2006), prin care Consiliul Superior al Magistraturii a fost obligat să emită o hotărâre de promovare în funcția de judecător la o instanță superioară într-o situație similară, arătând că în cazul său au fost încălcate prevederile art.16 din Constituție, care instituie egalitatea cetățenilor în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări.

În legătură cu aplicarea principiului egalității în drepturi, recurenta a arătat că în mod constant Curtea Constituțională a stabilit că violarea principiului egalității și nediscriminării există atunci când se aplică tratament diferențiat unor cazuri egale, fără să existe o motivare obiectivă și rezonabilă sau dacă există o disproporție între scopul urmărit prin tratamentul inegal și mijloacele folosite.

În același sens, s-a pronunțat și Curtea Europeană a Drepturilor Omului care în aplicarea principiului nediscriminării prevăzut la art.14 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, a stabilit că orice diferență de tratament făcută de stat între persoane aflate în situații similare trebuie să-și găsească o justificare obiectivă și rezonabilă.

Înalta Curte a constatat că ambele examene de promovare la care a participat recurenta (mai – iunie 2002 și mai – iunie 2004) au fost organizate sub imperiul Regulamentului privind organizarea și desfășurarea examenului în vederea promovării într-o funcție de execuție vacantă sau pe loc la instanțe și parchetele de pe lângă acestea, aprobat prin Ordinul Ministerului Justiției nr. 2958/C din 10 decembrie 2001, publicat în Monitorul Oficial nr. 18 din 15 ianuarie 2002.

Acest act normativ nu prevedea posibilitatea valorificării ulterioare a rezultatelor examenului în cazul vacanțării unor posturi, ci organizarea unor sesiuni extraordinare pentru ocuparea posturilor vacanțate între cele două sesiuni ordinare de examen. Astfel, potrivit art.3 alin.1 din Regulament, „Examenul în vederea promovării magistraților în funcții de execuție vacante sau pe loc, prevăzut la art.1, se organizează de două ori pe an, de regulă toamna și primăvara...”, iar în temeiul alineatului 2 al aceluiași articol atunci când între două sesiuni ordinare apăreau posturi vacante, ministrul justiției putea dispune, cu avizul Consiliului Superior al Magistraturii, organizarea unor sesiuni extraordinare pentru ocuparea acestora.

O situație juridică nu poate genera decât efectele prevăzute de legea civilă în vigoare la data producerii ei, regulă cristalizată încă din dreptul roman conform adagiului „*tempus regit actum*”.

Intimatul a constatat corect, în acord cu principiul neretroactivității legii civile, consacrat de art.15 alin.2 din Constituția României, că dispozițiile ulterioare ale Regulamentului aprobat prin Hotărârea Consiliului Superior al Magistraturii nr.621 din 21 septembrie 2006, în vigoare la data formulării cererii, sunt aplicabile doar concursurilor organizate după data intrării sale în vigoare.

În ceea ce privește referirea la o situație similară de valorificare ulterioară a rezultatelor examenului, Înalta Curte constatat din nou că o practică administrativă nelegală, chiar în măsura în care ar fi dovedită, nu poate constitui fundament juridic al unei soluții pronunțate în cadrul controlului judecătoresc de legalitate exercitat în temeiul art.29 alin.7 din Legea nr. 317/2004.

Totodată, Curtea a constatat că trimiterea la o decizie de speță, care produce efecte doar între părțile litigante și care a rămas singulară, fiind urmată de o practică judiciară constantă, contrară celor susținute de recurentă, nu este argument consistent în sensul violării principiului egalității în drepturi, consacrat de art.16 din Constituția României și a dreptului la nediscriminare, prevăzut de art.14 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului, a statuat că divergențele de jurisprudență constituie, prin natura lor, consecința inerentă a oricărui sistem judiciar.

Important este să se evite un climat general de incertitudine și nesiguranță, concretizat în divergențe profunde de jurisprudență, ce persistă în timp, climat care s-ar putea crea în lipsa unui mecanism care să asigure coerența practicii judiciare (cauza Zielinski și Pradal & Gonzales și alții împotriva Franței, nr.24846/1994, citată în hotărârea din 1 decembrie 2005, pronunțată în cauza Păduraru contra României, publicată în Monitorul Oficial nr. 514 din 14 iunie 2006).

Or, așa cum s-a menționat mai sus, decizia nr.1785 din 17 mai 2006 a rămas singulară în practica Înaltei Curți de Casație și Justiție – Secția de contencios administrativ și fiscal, jurisprudența ulterioară fiind constantă, în sensul că valorificarea rezultatelor examenului de promovare în funcție de execuție se poate face numai prin prisma reglementărilor în vigoare la data susținerii examenului.

Gradul profesional al procurorilor numiți la Direcția Națională Anticorupție și la Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism. Interpretarea sistematică și istorico-teleologică a legii-sursă de discriminare?

În cursul anilor 2007- 2008 Înalta Curte de Casație și Justiție - Secția contencios administrativ și fiscal a fost învestită cu un număr mare de recursuri împotriva hotărârilor prin care Plenul Consiliului Superior al Magistraturii a respins mai multe cereri de recunoaștere a gradului profesional corespunzător Parchetului de pe lângă

Înalta Curte de Casație și Justiție pentru procurorii din cadrul Direcției Naționale Anticorupție și al Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism .

Practica instanței a fost constantă și unitară, în sensul admiterii recursurilor menționate, urmare a analizei împrejurărilor de fapt și de drept proprii fiecărei cauze. Dintre numeroasele hotărâri pronunțate în acest sens ne vom referi, în lucrarea de față, la considerentele reținute în două decizii, una privind gradul profesional al unui procuror din cadrul Direcției Naționale Anticorupție¹¹ și una privind gradul profesional al unui procuror din cadrul Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism¹²

În cazul procurorilor Direcției Naționale Anticorupție, în motivarea hotărârii nr. 791 din 28 noiembrie 2007, Consiliul Superior al Magistraturii a reținut, în esență, următoarele considerente :

- Parchetul Național Anticorupție a fost înființat, la nivel național, prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 43/2002, ca o structură autonomă, cu personalitate juridică, în cadrul Ministerului Public, independent în raport cu instituțiile judecătorești și cu parchetele de pe lângă acestea, precum și în relațiile cu celelalte autorități publice. Chiar dacă în prezent Direcția Națională Anticorupție funcționează în cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, a rămas o structură specializată, cu personalitate juridică proprie, ale cărei atribuții, competență, organizare, funcționare și salarizare sunt stabilite prin lege specială (art.87 alin.10 din Legea nr.304/2004);

- competența efectuării urmăririi penale în cauzele având ca obiect infracțiunile prevăzute de Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție aparține direcției, astfel că nu poate fi ridicată problema validității actelor procedurale întocmite de procurorii specializați care nu au gradul profesional corespunzător Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție;

- încadrarea procurorilor la structura specializată în combaterea faptelor de corupție s-a făcut potrivit unei proceduri speciale, prevăzute inițial în art. 6, 8 și 9 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 43/2002 și apoi în art. 87 din Legea nr. 304/2004, numirea lor nefiind echivalentă cu promovarea în funcții superioare de execuție, care atât sub imperiul Legii nr. 92/1992, republicată, modificată și completată prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 179/1999, cât și în prezent, conform art. 43 din Legea nr. 303/2004 se face prin concurs. Niciunul dintre procurorii care au solicitat recunoașterea gradului profesional de procuror la Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție nu a funcționat, nu a fost promovat și nu a participat la un concurs de promovare, pe loc sau efectivă, în funcții de execuție la parchetul respectiv;

- dobândirea gradului profesional corespunzător Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție „doar prin numirea la Direcția Națională Anticorupție”, pe de o parte ar crea o situație discriminatorie în raport cu toți ceilalți procurori din cadrul Ministerului Public, care pentru promovarea la parchetele imediat superioare trebuie să susțină concursuri, și pe de o altă parte ar eluda în mod evident dispozițiile legale privitoare la promovarea în funcții superioare de execuție prin concurs;

- salarizarea procurorilor DNA cu un coeficient de multiplicare corespunzător procurorilor de la Parchetul Înaltei Curți de Casație și Justiție nu le conferă de drept și gradul profesional corespunzător acestui parchet.

Cererile procurorilor din cadrul Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism au fost respinse de Plenul Consiliului Superior al Magistraturii prin Hotărârea nr. 819 din 28 noiembrie 2007, unde s-au reținut, în esență, următoarele:

- procurorii din cadrul Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism care au solicitat recunoașterea gradului profesional corespunzător Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție nu au susținut un concurs de promovare conform art.43 raportat la art.44 alin.1 lit.c) din Legea nr. 303/2004;

- deși este organizată ca o structură specializată a Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism are personalitate juridică proprie, cu atribuții, competență, organizare și salarizare stabilite prin lege specială (art.75 alin.12 din Legea nr. 304/2004);

- competența prevăzută de Legea nr. 508/2004, cu modificările și completările ulterioare, aparține Direcției, astfel că nu poate fi pusă în discuție validitatea actelor procedurale întocmite de către procurorii specializați care nu au grad profesional de procuror al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție;

- numirea procurorilor într-o structură specializată făcută potrivit art.8 alin.1 și 2 din Legea nr. 508/2004 și ulterior, conform procedurii speciale prevăzute de art.75 alin.4-8 din Legea nr. 304/2004 republicată, modificată și completată prin Legea nr. 247/2005, nu se confundă cu promovarea în funcții de execuție, care se face numai prin concurs, în condițiile art.43 și 44 din Legea nr. 303/2004;

- art.26 din Legea nr. 508/2004 prevede că dispozițiile legilor nr. 303, 304 și 317/2004, republicate, se aplică în mod corespunzător și Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, astfel că procurorii care activează în cadrul Direcției pot fi promovați în funcții de execuție numai prin concurs, conform art.43 – 44 alin.1 lit.c) din Legea nr. 303/2004;

- în temeiul art.75 alin.11 din Legea nr. 304/2004, la încetarea activității în cadrul DIICOT, procurorii revin la parchetele de unde provin; pentru situația în care la parchetul unde procurorul a solicitat să revină nu există posturi vacante, prin O.U.G. nr. 100/ 2007 s-a constituit prin bugetul de stat, un fond de rezervă;

- salarizarea procurorilor DIICOT cu un coeficient de multiplicare corespunzător indemnizației procurorilor de la Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție nu conferă de drept și gradul profesional corespunzător;

- hotărârile judecătorești pronunțate anterior de Înalta Curte de Casație și Justiție - Secția de contencios administrativ și fiscal (deciziile nr. 1112/ 21.02.2007; 1113/ 21.02.2007 și 3496/ 21.09.2007) nu au caracter obligatoriu în cauze similare supuse analizei pentru că nu au fost pronunțate în recurs în interesul legii, astfel că nu constituie o dezlegare la o problemă de drept dedusă judecătii.

În fundamentarea soluțiilor de admitere a recursurilor au fost reținute, în principal, considerentele ce vor fi expuse în continuare.

Cu privire la noțiunea de „grad profesional”

Gradul profesional constă în dreptul unui procuror de a funcționa la un anumit nivel în ierarhia parchetelor, drept ce poate fi câștigat prin numire, promovare sau transfer, cu respectarea dispozițiilor legale – o atare definire regăsindu-se și în practica administrativă a Consiliului Superior al Magistraturii (hotărârea nr. 878/13 decembrie 2007, www.csm1909.ro).

Prin urmare, „gradul profesional” nu este o noțiune abstractă, care să poată fi analizată separat de funcția pe care o ocupă procurorul și de conținutul atribuțiilor specifice postului, atribuții corespunzătoare competenței parchetului în cadrul căruia își desfășoară activitatea. Concursurile sau examenele de promovare se organizează pentru ocuparea unor funcții de execuție superioare, în limita locurilor vacante disponibile, iar nu pentru dobândirea unui „grad profesional” privit în mod abstract. Numai prin excepție, în cazuri expres prevăzute, promovarea se face „pe loc”.

Cu privire la condițiile și procedura de numire în funcția de procuror la Parchetul Național Anticorupție, (în prezent Direcția Națională Anticorupție). Aplicarea legii în timp

În temeiul art.8 alin.(2) și (3) din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 43/2002, procurorii Parchetului Național Anticorupție erau numiți inițial pe o perioadă de 6 ani, cu posibilitatea prelungirii încadrării în funcție cu acordul lor, și eliberați din funcție de ministrul justiției, la propunerea procurorului general al Parchetului de pe lângă Curtea Supremă de Justiție, pe baza recomandării procurorului general al Parchetului Național Anticorupție.

După încetarea funcției, prin expirarea perioadei pentru care a fost numit ori datorită unor cauze neimputabile, procurorul avea dreptul să revină la postul ocupat anterior, a cărui rezervare era obligatorie.

Pentru numirea procurorilor în Parchetul Național Anticorupție era necesară îndeplinirea condițiilor prevăzute de art.9 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 43/2002: calități profesionale deosebite, o bună reputație, o conduită morală ireproșabilă, pregătire specială în combaterea infracțiunilor de corupție și o vechime de 6 ani în funcția de procuror sau de judecător.

Această procedură specială deroga de la dispozițiile art.66 alin.(5) din Legea nr. 92/1992, în vigoare la data respectivă, care institua condiția examenului pentru promovarea în funcții superioare de execuție la tribunale, curți de apel, și la parchetele de pe lângă instanțe.

În acel context legislativ, numirea la Parchetul Național Anticorupție a unui procuror care provenea de la un parchet situat la un nivel inferior în ierarhia parchetelor constituia o veritabilă promovare în funcția superioară de execuție, împrejurare ce rezultă și din temeiurile de drept invocate în preambulul ordinului de numire a recurentei:

art.66 alin.(4) lit.d) din Legea nr. 92/1992, care impunea condiția vechimii în magistratură de cel puțin 8 ani pentru funcțiile de procuror general al parchetului de pe lângă curtea de apel, procuror – inspector, procuror șef – secție și procuror la Parchetul de pe lângă Curtea Supremă de Justiție, art.69 alin.(2), referitor la promovarea și transferarea procurorilor prin ordin al ministrului justiției și art.94 alin.(1), privind promovarea și transferarea magistraților numai cu consimțământul acestora.

La data intrării în vigoare a noilor legi privind statutul magistraților și organizarea judecătorească, magistrații aflați în funcție au fost considerați, în temeiul art.100 alin.(1) din Legea nr. 303/2004, ca îndeplinind condițiile legale pentru ocuparea funcțiilor în care au fost numiți.

Distincția pe care Consiliul Superior al Magistraturii a făcut-o între noțiunea de „numire” și cea de „promovare” nu poate fi acceptată nici din perspectiva cadrului legislativ aplicabil în prezent, pentru că art.87 din Legea nr. 304/2004 reglementează o procedură specială de numire sau de promovare într-o funcție de execuție, derogatorie de la procedura de drept comun stabilită de art.43 din Legea nr. 303/2004, implicând o selecție a candidaților prin prisma unor condiții și calități profesionale specifice, stabilite de legiuitor pentru ocuparea funcției de procuror la Direcția Națională Anticorupție. Numirea nu se mai face pe o perioadă limitată, ci are caracter definitiv.

Cu privire la gradul profesional al procurorilor din cadrul Parchetului Național Anticorupție (în prezent – Direcția Națională Anticorupție).

Parchetul Național Anticorupție a fost înființat prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 43/2002, ca parchet specializat în combaterea infracțiunilor de corupție, care își exercită atribuțiile pe întregul teritoriu al României, prin procurori specializați.

Inițial Parchetul Național Anticorupție a fost organizat ca o structură autonomă, cu personalitate juridică, în cadrul Ministerului Public, fiind condus de un procuror general și coordonat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Curtea Supremă de Justiție, iar în Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 102/2003, aprobată, cu modificări, prin Legea nr. 26/2004, s-a prevăzut că acest parchet specializat funcționează pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție.

Reglementarea entității specializate în combaterea corupției a fost radical modificată prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 134/2005, care în art.1 a prevăzut reorganizarea Parchetului Național Anticorupție sub forma Departamentului Național Anticorupție, structură autonomă, cu personalitate juridică proprie, în cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție și apoi prin Legea nr. 54/2006 de aprobare a Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 134/2005, care a modificat dispoziția legală menționată în sensul înființării Direcției Naționale Anticorupție, ca structură cu personalitate juridică „în cadrul” Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, nemaifiind prevăzut de lege caracterul autonom. Direcția Națională Anticorupție este condusă de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, prin intermediul procurorului șef al direcției (art.1 alin.3¹ din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 43/2002, astfel cum a fost modificată ulterior).

Evoluția legislativă rezumată mai sus nu poate fi interpretată decât în sensul caracterizării Direcției Naționale Anticorupție drept o structură specializată a Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, înglobată acestuia, alături de toate celelalte direcții care îl compun.

În aceste condiții, Înalta Curte a decis că numirea procurorilor specializați potrivit reglementărilor care s-au succedat în timp și îndeplinirea de către aceștia a atribuțiilor specifice funcției are ca efect dobândirea gradului profesional corespunzător Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție.

Potrivit art.5 alin.(2) din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 43/2002, Serviciile teritoriale ale Direcției Naționale Anticorupție sunt înființate „în cadrul” acestea, prin ordin al procurorului – șef, fără a avea o competență materială diferită de cea a structurii centrale, astfel că procurorii repartizați în structurile teritoriale au același statut cu cei care își desfășoară activitatea în structura centrală.

Chiar Consiliul Superior al Magistraturii a susținut că înființarea și apoi reorganizarea Parchetului Național Anticorupție au fost fundamentate pe rațiuni de politică a justiției, în sensul realizării obiectivelor de aderare a României la Uniunea Europeană și de eficientizare a luptei împotriva corupției, prin crearea unor structuri specializate, pe criterii de înaltă ținută morală și de performanță a procurorilor specializați în combaterea infracțiunilor de corupție.

Pornind de la existența acestor rațiuni și obiective specifice avute în vedere la înființarea actualei Direcții Naționale Anticorupție, Curtea a înlăturat apărarea intimatului, în sensul că recunoașterea gradului profesional solicitat ar avea ca efect o discriminare a celorlalți magistrați din România, cărora- a susținut intimatul - „nu li s-a recunoscut în aceleași condiții vreun grad profesional *omisso medio*, cu încălcarea principiului egalității”.

Cu privire la condițiile și procedura de numire în funcția de procuror la Direcția Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism:

Potrivit art.75 alin.(3)-(8) din Legea nr. 304/2004, DIICOT se încadrează cu procurori numiți prin ordin al procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, cu avizul Consiliului Superior al Magistraturii, în limita posturilor prevăzute în statutul de funcții, aprobat potrivit legii.

Pentru a fi numiți, procurorii trebuie să aibă o bună pregătire profesională, o conduită morală ireproșabilă, o vechime de cel puțin 6 ani în funcția de procuror sau judecător și să fi fost declarați admiși în urma interviului organizat de comisia constituită în acest scop; interviul constă în verificarea pregătirii profesionale, a capacității de a lua decizii și de a-și asuma răspunderea, a rezistenței la stres, precum și a altor calități specifice.

Este adevărat că art.43 din Legea nr. 303/2004 privind Statutul judecătorilor și procurorilor, instituie regula potrivit căreia promovarea procurorilor în funcții de execuție se face numai prin concurs organizat la nivel național, în limita posturilor vacante existente la parchete, cu respectarea condițiilor de vechime prevăzute la art.44.

Nu se poate nega însă că procedura prevăzută de art.75 alin.(3)-(8) din Legea nr. 304/2004 implică și ea o selecție a candidaților din perspectiva calităților profesionale specifice stabilite de legiuitor pentru ocuparea funcției de procuror la DIICOT, numai candidații declarați admiși în urma interviului urmând a fi numiți, în limita posturilor prevăzute în statul de funcții.

Prin urmare, art.75 alin.(3)-(8) din Legea nr.304/2004 reglementează o procedură specială de numire sau promovare într-o funcție de execuție, derogatorie de la procedura de drept comun stabilită de art.43 din Legea nr. 303/2004, distincția pe care intimatul o face între noțiunea de „numire” și cea de „promovare” având caracter artificial și bazându-se pe interpretarea strict literală a unor prevederi legale. Promovarea, în ultimă instanță, nu este altceva decât o numire într-o funcție superioară celei ocupate de persoana în cauză până la data promovării.

Este de reținut, de asemenea, că legea nu prevede o durată limitată a „mandatului” de procuror al DIICOT, numirea în funcția respectivă având caracter definitiv.

Cu privire la gradul profesional al procurorilor din cadrul Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism:

Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism a fost înființată în temeiul Legii nr. 508/2004, ca structură specializată a Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, ce își exercită atribuțiile pe întreg teritoriul României prin procurori specializați (art.1 alin.1 și 2 din Legea nr. 508/2004, în forma în vigoare la data numirii în funcție a recurentului).

În forma actuală a legii, DIICOT este definită ca o structură cu personalitate juridică, specializată în combaterea infracțiunilor de criminalitate organizată și terorism, în cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție.

De asemenea, art.75 alin.2 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, prevede că în cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție funcționează Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, ca structură specializată în combaterea criminalității organizate și terorismului.

Toate aceste norme exprimă voința legiuitorului de a crea o structură specializată „în cadrul” Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, înglobată acestuia, iar nu o entitate distinctă, plasată în afara ierarhiei parchetelor.

În consecință, numirea în funcția de procuror la DIICOT a candidaților admiși în urma procedurii de selecție prevăzute de art.75 din Legea nr. 304/2004 le conferă acestora gradul profesional corespunzător nivelului parchetului din care face parte structura respectivă.

Același raționament este valabil și în cazul procurorilor numiți în structurile teritoriale ale DIICOT, constituite în circumscripțiile teritoriale ale parchetelor de pe lângă curțile de apel și tribunale, fără ca legea să le confere o competență materială diferită de cea a structurii centrale.

Așa cum a arătat chiar intimatul în notele scrise, DIICOT a fost înființată din rațiuni de politică a justiției, în vederea realizării obiectivelor de aderare a României la Uniunea Europeană și de eficientizare a luptei împotriva criminalității

organizate, prin crearea unor structuri specializate, în cadrul cărora urmau să activeze procurori selectați pe baza unor criterii de înaltă ținută morală și de performanță în combaterea criminalității organizate și a terorismului.

Aceste rațiuni și obiective diferite avute în vedere la înființarea DIICOT sunt de natură să infirme teza potrivit căreia conferirea gradului profesional corespunzător Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție în urma promovării procedurii de evaluare prevăzute de art.75 din Legea nr. 304/2004 ar constitui o discriminare față de celelalte categorii de procurori, care nu promovează decât prin concursul organizat în baza art.43 din Legea nr. 303/2004.

Așa cum rezultă din cele expuse anterior, considerentul esențial reținut în deciziile Înaltei Curți cu privire la gradul profesional al procurorilor DNA și DIICOT (structuri ale Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție) a fost acela că numirea procurorilor în aceste structuri s-a făcut în baza unei proceduri speciale, reglementate prin norme exprese ale legii, derogatorii de la regula de drept comun conform căreia promovarea în funcții de execuție se face prin concurs. De aceea, nefiind în prezența unor situații identice, nu se poate vorbi despre o discriminare între procurorii încadrați între diversele unități de parchet sau între procurori și judecători.

Pentru a ajunge la această concluzie, instanța a efectuat o interpretare sistematică și istorică - teleologică a prevederilor legale care au reglementat succesiv, pe de o parte, organizarea și funcționarea structurilor specializate în combaterea corupției, a criminalității organizate și terorismului și pe de altă parte, accesul procurorilor la posturile din cadrul acestor structuri și drepturile decurgând din numirea în funcțiile corespunzătoare.

În privința noțiunii de discriminare a fost avută în vedere jurisprudența Curții Constituționale și a Curții Europene a Drepturilor Omului care a arătat că „o distincție este discriminatorie dacă aceasta nu are o justificare obiectivă și rezonabilă, adică dacă nu are un scop legitim sau dacă nu există un raport rezonabil de proporționalitate între mijloacele folosite și scopul vizat”, or în speță justificarea există și este dovedită de necesitatea înființării unor structuri specializate, în cadrul cărora poate activa orice procuror care îndeplinește condițiile prevăzute de lege și promovează procedura de selecție reglementată prin norme speciale.¹³

Jurisprudența anterioară a Înaltei Curți nu a constituit motivul hotărâtor, ci a fost reținută ca un considerent suplimentar, în sensul că soluție contrară, fără argumente consistente care să justifice declanșarea procedurii de schimbare a practicii, potrivit art.26 din Legea nr. 304/2004, ar genera divergențe de jurisprudență care ar avea efect un climat de incertitudine și insecuritate juridică, încălcând dreptul la un proces echitabil consacrat de art.21 alin.(3) din Constituția României și de art.6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

În sistemul național, practica judiciară nu este recunoscută ca izvor de drept, dar Înalta Curte de Casație și Justiție are rolul constituțional, prevăzut în art. 126 alin. (3) din legea fundamentală, de a asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești și cu atât mai mult are obligația de a

asigura uniformitatea propriei sale jurisprudențe, atunci când judecă în primă și ultimă instanță.

Inclusiv în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului s-a conturat ideea că rolul unei jurisdicții supreme, cum este cazul Înaltei Curți de Casație și Justiție – Secția de contencios administrativ și fiscal în această materie, este acela „de a regla contradicțiile jurisprudenței” (*Zielinski și Pradal Gonzalez și alții împotriva Franței*, nr. 24846/94, 59; *Păduraru împotriva României*, nr. 63252/00, 98); cât privește menținerea aceluiași soluții în cauze similare, aceasta este de natură a asigura o interpretare și aplicare unitară a legii în scopul de a evita apariția unor divergențe jurisprudențiale, ceea ce ar avea ca efect crearea unui climat de incertitudine și insecuritate juridică (*Sovtransavto Holding împotriva Ucrainei*, nr. 48553/99, 96; *Păduraru împotriva României*, nr. 63252/00, 98; *Beian împotriva României*, nr.30658/05, 37-39).¹⁴

IV. În loc de concluzii

Urmare a soluțiilor pronunțate în cazurile analizate, mai mulți judecători de la judecătoria și tribunale și procurori ai parchetelor de pe lângă aceste instanțe au solicitat Consiliului Superior al Magistraturii să le recunoască, fără concurs ori examen, un grad profesional superior celui pe care îl dețin în prezent, invocând o situație discriminatorie în care s-ar afla în raport cu procurorii din cadrul Direcției Naționale Anticorupție și al Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism.

Modul în care deciziile referitoare la gradul profesional al procurorilor DNA și DIICOT au fost percepute de diverși actori ai scenei juridice oferă un prilej de reflecție asupra unor probleme actuale privind rolul instanței de contencios administrativ și mecanismele de care dispune aceasta pentru “a spune dreptul”.

Este cunoscut că rolul justiției este acela de a aplica dreptul în cazuri determinate, funcție particulară care justifică „locul privilegiat ocupat de justiție în stat, încă de la începutul statului de drept”¹⁵. Acest rol privilegiat al judecătorului se exprimă și prin misiunea sa de a asigura protecția drepturilor și a libertăților fundamentale, îndeosebi a celor individuale.¹⁶

Pe lângă efectele directe pe care o hotărâre pronunțată de instanța de contencios administrativ le produce asupra conținutului și obiectului raportului juridic dedus judecății, jurisprudența în materie ar trebui să producă și un efect indirect, constând în orientarea conduitei subiecților dreptului administrativ.

În exercitarea misiunii sale de “a spune dreptul”, judecătorul contenciosului administrativ nu poate face abstracție de mediul social, istoric și juridic, interpretând și filtrând în mod corespunzător normele dreptului pozitiv, ținând seama de jurisprudența contenciosului constituțional și de cea a jurisdicțiilor europene și punându-și în practică arta de a judeca în așa fel încât să trezească sentimentul de dreptate și adevăr și să

dea actului de justiție adevărata valoare socială și morală¹⁷.

A spune ce este drept și ce este moral într-o hotărâre judecătorească nu este însă o misiune deloc ușoară, dreptul și morala fiind considerate, de-a lungul timpului, fie autonome, fie înrudite, fie confundate.

Între ideea exprimată în dreptul roman prin adagiul „*Secundum leges, non de legibus iudicatum est*”- judecătorul trebuie să judece după legi, iar nu să judece înseși legile- și teza promovată de Georges Ripert, decan al Facultății de drept din Paris între 1938-1944, membru de onoare al Academiei Române(1939)¹⁸- care, negând autonomia dreptului față de morală, arăta că judecătorul, „legiuitor al cazurilor particulare”, are de ascultat cu deosebită sensibilitate legea morală, iar când legea a uitat morala, judecătorul trebuie să o impună el - există o infinită varietate de nuanțe, asupra cărora toți cei care creează, interpretează sau aplică dreptul au datoria să se aplece, cu echilibru și înțelepciune.

* Autoarea este judecător la Înalta Curte de Casație și Justiție, secția de contencios administrativ și fiscal, formator la Institutul Național al Magistraturii; gabibogasiu@yahoo.com.

¹ H. Oberdorff, *Droits de l'homme et libertes fondamentales*, Dalloz, Paris, 2003, citat în Corneliu Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Comentariu pe articole*, Vol.I, *Drepturi și libertăți*, Editura All Beck, București, 2005, pag. 6

² Cristian Jura, *Drepturile omului. Drepturile minorităților naționale*, Editura C.H.Beck, București, 2006, pag.81-82

³ în lucrarea *Tratatul privind aderarea României la Uniunea Europeană*, Editura All Beck, București, 2005, pag. 405

⁴ Cu alte cuvinte, Constituția României promovează teza potrivit căreia izvorul cel mai protector trebuie să prevaleze, rezultată din prevederile art. 53 din Convenție. A se vedea, în acest sens, Bogdan Dobrescu, ”Rolul Consiliilor de Stat din Europa în apărarea drepturilor și libertăților fundamentale”, în *Buletinul de informare legislativă* nr. 1/2007 (publicație a Consiliului Legislativ), pag. 10

⁵ Victor Duculescu, Nicolae Ploșteanu, Adrian Pătrașcu, Felix Zaharia, Adrian Boantă, *Dreptul Tratatelor-noțiuni de teorie și practică*, Editura Lumina Lex, București, 2005, pag. 220-227

⁶ ÎCCJ, SCAF, Decizia nr. 4539/23 noiembrie 2007.

⁷ Prevederea respectivă a fost abrogată prin OUG nr. 46/2008

⁸ ÎCCJ, SCAF, Decizia nr. 2090 /6 iunie 2006

⁹ ÎCCJ, SCAF, Decizia nr. 1553/9 aprilie 2008

¹⁰ ÎCCJ, SCAF, Decizia nr. 2125/20 aprilie 2007

¹¹ ÎCCJ, SCAF, Decizia nr. 1219/21 martie 2008

¹² ÎCCJ, SCAF, Decizia nr. 1215/21 martie 2008

¹³ ÎCCJ, SCAF, decizia nr. 990/11 martie 2008

¹⁴ ÎCCJ, SCAF, decizia nr. 1220/ 21 martie 2008

¹⁵ Ernst Forsthoff, *Traite de droit administratif allemand*, traduit par Michel Fromont, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1969, citat în Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Volumul I, Ediția 4, Editura All Beck, București, 2005, pag. 24

¹⁶ Agathe van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, Bibliotheque de Droit Public, Tome 183, Librairie generale de droit et de jurisprudence E.J.A., Paris 1996, pag. 79

¹⁷ Ion Avram Dunăreanu, *Justiție, judecător management*, Editura All Beck, București, 2005 pag. 218

¹⁸ Georges Ripert, *La regle morale dans les obligations civiles*, Librairie Generale du Droit, Paris, 1927, ediția a II-a, pag. 27, citat în Nicolae Steinhardt, *Principiile clasice și noile tendințe ale dreptului constituțional. Critica operei lui Leon Duguit*, Manastirea Rohia/ Polirom, 2008, pag. 83

ANULAREA ȘI SUSPENDAREA ACTELOR ADMINISTRATIVE ÎN CONTENCIOSUL ELECTORAL

dr. Radu CARP*

Résumé. L'annulation et la suspension des actes administratifs dans le contentieux électoral roumain. *En septembre 2008, le parti politique La Grande Roumanie a contesté devant la Cour Constitutionnelle l'Ordonnance d'Urgence du Gouvernement no. 66/2008 et, devant la Cour d'Appel de Bucarest, la Décision du Gouvernement no. 802/2008. Tous les deux actes normatifs ont changé le contenu de la nouvelle Loi électorale, no. 35/2008. Ce parti politique a demandé à la Cour d'Appel de Bucarest d'annuler et de suspendre la Décision du Gouvernement no. 802/2008. La Cour d'Appel a rejeté la demande de sursis. Son arrêt a été motivé par cela qu'on ne peut pas invoquer l'intérêt légitime public pour contester des actes normatifs qui portent atteinte aux droits électoraux. "L'intérêt légitime public", une notion définie par la Loi no. 554/2004, peut être invoqué par toute personne physique ou morale. Le système actuel de contentieux administratif en Roumanie rend possible toute contestation des actes normatifs qui portent atteinte aux droits fondamentaux ; il permet une sorte d'actio popularis tellement critiquée par les auteurs et qui devrait être abandonnée de lege ferenda. L'article suivant examine les conséquences de l'arrêt de la Cour d'Appel de Bucarest sur la demande principale de cette affaire : celle d'annulation de la Décision du Gouvernement no. 802/2008. La conclusion de cet article est qu'il est nécessaire qu'on arrête les actions en justice introduites contre la législation électorale, afin qu'on puisse organiser les élections parlementaires en temps impartis, en accord avec la Constitution. La voie la plus efficace pour atteindre à ce résultat est l'abrogation de tous les actes normatifs subséquents du Gouvernement qui portent atteinte à la Loi électorale no. 35/2008.*

Rezumat. *În septembrie 2008, Partidul România Mare a contestat în fața Curții Constituționale Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 66/2008 și, în fața Curții de Apel București, Hotărârea de Guvern nr. 802/2008. Ambele acte normative au schimbat conținutul noii legi electorale nr. 35/2008. Acest partid politic a cerut Curții de Apel București să anuleze și să suspende Hotărârea de Guvern nr. 802/2008. Curtea de Apel București a respins cererea de suspendare. Decizia a fost motivată prin faptul că nu poate fi invocat interesul legitim public pentru a contesta acte normative ce afectează drepturi electorale. "Interesul legitim public", o noțiune definită de către Legea nr. 554/2004, poate fi invocat de orice persoană fizică sau juridică. Actualul sistem de contencios administrativ din România face posibilă orice contestare a actelor normative ce afectează drepturile fundamentale, introducând un soi de actio popularis care este foarte mult criticată de doctrina de drept public și ar trebui abandonată de lege ferenda. Acest articol examinează consecințele deciziei Curții de Apel București asupra cererii principale din acest caz, de a anula Hotărârea de Guvern nr. 802/2008. Concluzia acestui articol este că este necesar să se oprească acțiunile în justiție pornite împotriva legislației electorale, pentru a se putea organiza alegerile parlamentare la timp, în acord cu Constituția. Cea mai eficientă cale de a ajunge la acest rezultat este abrogarea tuturor actelor normative subsecvente ale Guvernului care afectează Legea electorală nr. 35/2008.*

Mots clés : acte administratif, annulation, sursis d'exécution, intérêt légitime public

Cuvinte cheie : act administrativ, anulare, suspendare, interes legitim public

Partidul România Mare (PRM) a contestat la Curtea Constituțională OUG nr. 66/2008 prin care s-a modificat noua lege electorală, nr. 35/2008 și la Curtea de Apel București HG nr. 802/2008 privind delimitarea colegiilor uninominale. Până în acest moment, nu există o decizie a Curții Constituționale, iar în al doilea caz avem doar o decizie a Curții de Apel București (25 septembrie a.c.) prin care se respinge cererea de suspendare a HG nr. 802/2008.

În prima acțiune, PRM a contestat modificarea prin OUG nr. 66/2008 a art. 11, alin. 2, lit. g) din Legea nr. 35/2008 care, în noua formulare, a introdus sintagma “de regulă”: «În cadrul unei circumscripții electorale, delimitarea colegiilor uninominale pentru alegerea Camerei Deputaților și pentru alegerea Senatului se face astfel încât mărimea acestora, calculată în număr de locuitori, să fie de așa natură încât cel mai mare colegiu uninominal să fie, *de regulă*, cu cel mult 30% mai mare decât cel mai mic colegiu uninominal ». În cea de-a doua acțiune, PRM a invocat faptul că prin HG nr. 802/2008 s-au stabilit colegiile uninominale fără a se ține cont de lipsa unei delimitări a comisiei parlamentare speciale în cazul municipiului București și a județelor Constanța și Satu Mare, delimitare care, în viziunea PRM ar fi fost obligatorie pentru toate colegiile uninominale fiind invocat faptul că, potrivit art. 12, alin. 1 al Legii nr. 35/2008, «prima delimitare a colegiilor uninominale va fi efectuată prin hotărâre a Guvernului, conform hotărârii unei comisii parlamentare speciale».

PRM a introdus de fapt simultan două cereri în fața Curții de Apel București, una privind anularea HG nr. 802/2008, în condițiile art. 1 al Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ și una prin care solicita suspendarea executării acestei HG, în condițiile art. 15 al aceleiași legi.

Prin respingerea cererii de suspendare a HG nr. 802/2008, Curtea de Apel a dat dreptate Guvernului care a susținut că PRM nu poate dovedi că este persoană vătămată îndreptățită a cere suspendarea executării acestui act normativ. Raționamentul Guvernului s-a bazat pe faptul că Legea nr. 554/2004 (art. 2) prevede că prin «persoană vătămată» se înțelege «orice persoană titulară a unui drept ori a unui interes legitim, vătămată de o autoritate publică printr-un act administrativ», iar prin interes legitim public (invocat de PRM) se înțelege «interesul care vizează ordinea de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor» (categorie în care se încadrează și drepturile electorale). Raționamentul Guvernului este greșit, deoarece orice persoană fizică sau juridică poate invoca un interes legitim public, instanțele judecătorești trebuind a face proba, extrem de dificilă în acest caz, a neîncălării nici unui drept fundamental.

Se poate remarca faptul că strategia procedurală a PRM este bine pusă la punct. Această constatare se bazează pe următoarele considerente. În primul rând, decizia Curții de Apel din 25 septembrie a.c. poate fi atacată cu recurs, potrivit art. 20 al Legii nr. 554/2004. Dacă se va admite acest recurs, litigiul, potrivit aceluiași articol, va fi rejudecat în fond. Trebuie luată în calcul posibilitatea ca instanța de recurs - Înalta Curte de Casație și Justiție - să invalideze decizia Curții de Apel București și să suspende HG nr. 802/2008.

În al doilea rând, cererea PRM pe fondul acțiunii, respectiv anularea HG nr. 802/2008, se va judeca de aceeași Curte de Apel. Mai mult ca sigur, PRM va atașa cererii sale pe fond și argumentația Guvernului folosită cu ocazia examinării cererii de suspendare și va dezvolta argumentul interesului legitim public.

Curtea de Apel București ar fi avut posibilitatea să nu admită cererea de suspendare a HG nr. 802/2008 dacă ar fi invocat faptul că, potrivit art. 8, alin. 1² al Legii nr. 554/2004, acțiunile întemeiate pe încălcarea unui interes public legitim pot avea ca obiect numai anularea unui act administrativ. Acceptând să judece cererea de suspendare și ulterior argumentația Guvernului, Curtea de Apel București a făcut o eroare de interpretare și a oferit de fapt argumente mai solide PRM pentru judecata ulterioară a cererii pe fond. Eroarea se datorează faptului că prevederea respectivă a fost introdusă în 2007 și instanțele nu au avut timp să stabilească cum se aplică aceasta.

Prin solicitarea suspendării HG nr. 802/2008 PRM a dorit de fapt să dezoace argumentația Guvernului pentru respingerea cererii pe fond. Scopul introducerii acțiunii de suspendare nu a fost de fapt suspendarea însăși, ci consolidarea argumentației care va fi folosită la judecarea cererii de anulare a HG nr. 802/2008, prin obligarea Guvernului să își prezinte (și să își epuizeze) strategia înainte de începerea efectivă a judecării cererii de anulare a HG nr. 802/2008.

Curtea de Apel București, cu ocazia judecării fondului acțiunii, va avea două opțiuni: poate respinge cererea, însă în acest fel nu ar putea să justifice cum a acceptat până acum examinarea acestei cereri. Paradoxal, cererea PRM putea fi blocată definitiv doar dacă nu era admisă pentru a fi examinată de la bun început. O a doua opțiune, singura logică în aceste condiții, este anularea HG nr. 802/2008.

Prin simplul fapt că a admis, în mod eronat, să judece cererea de suspendare, Curtea de Apel București nu ar mai avea la îndemână decât o singură alternativă, aceea de a soluționa favorabil cererea de anulare.

Logica acțiunii PRM este următoarea: pierde, am putea spune chiar deliberat, acțiunea de suspendare a HG nr. 802/2008 pentru a invoca și contracara argumentele Guvernului în vederea anulării ulterioare a acestui act normativ.

Chiar și în eventualitatea în care sunt respinse atât contestația la respingerea suspendării HG nr. 802/2008, cât și acțiunea pe fond, Curtea Constituțională se va pronunța și asupra contestării de către PRM a OUG nr. 66/2008.

Să admitem că PRM câștigă procesul de contencios administrativ și instanța decide anularea HG nr. 802/2008. În acest caz, Guvernul va avea la îndemână posibilitatea să emită o HG sau OUG care să privească delimitarea colegiilor uninominale (modificarea Legii nr. 35/2008 s-ar mai putea face doar printr-o lege organică, deoarece privește sistemul electoral, domeniu care nu poate fi reglementat decât printr-o astfel de lege, potrivit art. 73, alin. 3, lit. a) din Constituție; această variantă nu poate fi luată în considerare decât teoretic). Dacă va emite o nouă HG, aceasta va putea fi atacată de PRM din nou în contencios administrativ. Dacă va

emite o OUG, aceasta va putea fi deasemenea atacată de PRM la instanța de contencios administrativ, potrivit art. 9 al Legii nr. 554/2004 dar PRM va putea introduce în acest caz și o excepție de neconstituționalitate în condițiile aceluiași articol, excepție care va fi judecată de Curtea Constituțională.

Actualul sistem de contencios administrativ, așa cum este conceput, face ca toate actele normative emise de Guvern în completarea unor legi care privesc drepturi fundamentale sau pentru modificarea unor asemenea legi să poată fi contestate în fața Curții Constituționale, direct sau în cadrul acțiunii intentate în fața instanței de contencios administrativ.

În concluzie, decizia Curții de Apel București din 25 septembrie a.c. poate fi doar primul pas dintr-o dispută jurisdicțională ce se anunță a fi foarte îndelungată.

În acest caz a fost subestimat un adevăr constat în repetate rânduri: în orice țară în care se pornește un contencios electoral în fața instanțelor judecătorești sau de control al constituționalității, acesta are în toate situațiile efecte asupra desfășurării alegerilor. Iar cu cât există mai multe posibilități de contestare, administrative, judiciare și în fața Curții Constituționale, cum este cazul României, cu atât aceste efecte sunt mai ample.

Singura modalitate pentru a stopa acțiunile în justiție care au în vedere procesul electoral este ca Guvernul să ofere un cadru coerent de reglementare: să abroge actele normative subsecvente Legii nr. 35/2008 care privesc desfășurarea procesului electoral și să procedeze la o nouă delimitare a colegiilor exclusiv pe baza acestei legi, prin convocarea comisiei parlamentare speciale la care această lege face trimitere. În caz contrar, oricine va putea de acum încolo contesta procesul electoral prin simpla invocare a «interesului legitim public».

Notă : această intervenție din cadrul colocviului de drept administrativ dedicat împlinirii a 70 de ani de la nașterea profesorului Ilie Iovănaș, Zborul frânt al unui Icar, a ținut cont de evoluțiile înregistrate până la data de 15 octombrie 2008. Ulterior redactării acestei intervenții, au avut loc următoarele evenimente relevante în acest caz, sintetizate mai jos după cum urmează:

În data de 28 octombrie 2008 Curtea de Apel București a respins cererea PRM de suspendare a efectelor HG nr. 802/2008. Totodată, Curtea de Apel București a admis cererea PRM de sesizare a Curții Constituționale pentru a verifica constituționalitatea unor dispoziții din OUG nr. 66/2008 (art. 2) și OUG nr. 97/2008. Curtea de Apel București a apreciat, în motivarea deciziei sale, că textele contestate de PRM sunt constituționale. Potrivit acestei motivări, "Din perspectiva dispozițiilor articolului 29, alineatul 5 din Legea 47/1992, Curtea apreciază că prevederile articolului III din OUG nr. 66/2008 și articolului I, punctul 11 din OUG nr. 97/2008 nu contravin principiilor constituționale invocate de către reclamant, susținerile acestuia vizând de fapt o eventuală nerespectare a normelor de tehnică legislativă care ar fi de natură

să influențeze legalitatea și oportunitatea actului administrativ dedus judecării". Curtea de Apel București mai arăta în motivarea sa că a decis suspendarea procesului PRM împotriva Guvernului, considerând că sunt îndeplinite condițiile pentru sesizarea Curții Constituționale cu soluționarea excepției de neconstituționalitate invocate, "în sensul că textele de lege a căror neconstituționalitate se solicită a se constata au legătură cu soluționarea cauzei, având în vedere împrejurarea că acestea au stat la baza adoptării hotărârii de guvern a cărei anulare formează obiectul prezentei cauze". Totodată, Curtea de Apel București reținea că instanța constituțională nu s-a mai pronunțat printr-o decizie anterioară asupra constituționalității acestor dispoziții legale. Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 1248 din 18 noiembrie 2008, a judecat asupra ambelor cereri ale PRM (acțiunea directă și excepția de neconstituționalitate ridicată în fața Curții de Apel București) și a decis că art. 11, alin. 2, lit. e) și g), art. 12, alin. 1 și 2 din Legea nr. 35/2008, OUG nr. 66/2008 și OUG nr. 97/2008 sunt constituționale. Procedând astfel, Curtea Constituțională și-a însușit motivația Curții de Apel București.

* Autorul este conferențiar universitar și prodecan al Facultății de Științe Politice, Universitatea București; radu.carp@fspub.ro.

DESPRE IREVOCABILITATEA ȘI CONTROLUL DE LEGALITATE A DECRETULUI DE GRAȚIERE – ACT ADMINISTRATIV INDIVIDUAL

dr. Lucian CHIRIAC*

Résumé : *Sur l'irrévocabilité et le contrôle de la légalité du décret de grâce – acte administratif individuel. Le présent article analyse quelques problèmes liés aux décrets de grâce émis par le Président de la Roumanie dans l'exercice de ses attributions. Ces problèmes ont été soulevés dans la jurisprudence relativement récemment, depuis l'apparition du Décret no. 1164/2004 mais, surtout, du Décret no. 1173/2004.*

Le premier de ces problèmes concerne la possibilité de révoquer un décret de grâce, la conclusion à laquelle on arrive après l'analyse de sa révocabilité étant celle qu'un tel décret – acte administratif individuel – est irrévocable après sa publication dans le Moniteur Officiel, parce qu'une telle publication signifie sa réalisation matérielle et constitue une exception du principe de la révocabilité des actes administratifs. En tenant compte de cette chose, un décret ultérieur qui révoquerait un décret de grâce est frappé d'illégalité évidente, pouvant être considéré comme inexistent.

Un autre problème est la possibilité de vérifier la légalité du décret la grâce par les instances de contentieux administratif. Un tel contrôle est possible, car le décret de grâce ne peut être inscrit parmi les fins de non-recevoir.

Enfin, on se pose aussi le question si le fait que ce décret est contresigné par le Premier Ministre ne le transforme en un acte administratif complexe. En tenant compte que la signification d'une telle contresignature ne peut être que celle que, par là, le Premier Ministre s'assume l'obligation de l'exécution de l'acte, le décret de grâce reste un acte administratif simple.

Rezumat. *Articolul de față se ocupă de câteva probleme legate de decretele de grațiere emise de Președintele României în exercitarea atribuțiilor sale. Aceste probleme s-au ridicat în practică relativ recent, odată cu apariția Decretului nr. 1164/2004 dar, mai ales, a Decretului nr. 1173 din 2004.*

Prima dintre aceste probleme se referă la posibilitatea revocării unui decret de grațiere, concluzia la care se ajunge după analizarea revocabilității sale fiind aceea că un asemenea decret – act administrativ individual – este irevocabil după publicarea sa în Monitorul Oficial, întrucât această publicare semnifică realizarea sa materială și constituie o excepție de la principiul revocabilității actelor administrative. Având în vedere acest lucru, un decret ulterior care ar revoca un decret de grațiere este de o ilegalitate vădită, putând fi considerat ca inexistent.

O altă problemă o constituie posibilitatea de verificare a legalității decretului de grațiere de către instanțele de drept administrativ. Un atare control este posibil, decretul de grațiere neputând fi înscris printre actele administrative exceptate de la controlul instanței de contencios.

În fine, se mai ridică întrebarea dacă faptul că acest decret este contrasemnat de către Primul Ministru nu îl transformă într-un act administrativ complex. Având în vedere că semnificația acestei contrasemnături nu poate fi decât faptul că, prin ea, Primul Ministru își asumă obligația executării actului, decretul de grațiere rămâne un act administrativ simplu.

Mots clés : acte administratif individuel, irrévocabilité, décret de grâce, contrôle de la légalité

Cuvinte cheie : act administrativ individual, irevocabilitate, decret de grațiere, control de legalitate

În activitatea ce-i caracterizează exercitarea atribuțiilor constituționale, Președintele României poate îndeplini acte juridice, fapte materiale juridice, operații material-tehnice (operații administrative), acte politice¹. În privința definirii actelor juridice, în literatura de specialitate consensul este aproape unanim, chiar dacă unii autori evită să le denumească ca atare², pornind de la natura lor juridică, că actele juridice ale Președintelui – decretele³ - sunt acte juridice administrative⁴. Decretele – acte juridice administrative - își au sediul în Constituția României revizuită și au un caracter fie normativ⁵ (declararea mobilizării parțiale sau totale a forțelor armate – art.92 alin.2; luarea de măsuri pentru respingerea agresiunii – art.93 alin.3 revizuit; instituirea stării de asediu sau stării de urgență în întreaga țară ori în unele unități administrativ-teritoriale - art.93 alin.1), fie individual (conferirea de decorații și titluri de onoare – art.94 lit.a; acordarea gradelor de mareșal, de general și de amiral – art.94 lit.b; numirea în funcții publice, în condițiile prevăzute de lege – art.94 lit.c; acordarea grațierii individuale – art.94 lit.d).

Potrivit art.100 alin.2 din Constituția României revizuită numai decretele emise de Președintele României în exercitarea atribuțiilor sale prevăzute în art.91 alin.1 (încheie tratatele și acordurile internaționale negociate de Guvern și le supune spre ratificare Parlamentului), art.91 alin.2 (la propunerea Guvernului, acreditează și recheamă reprezentanții diplomați ai României, aprobă înființarea, desființarea sau schimbarea rangului misiunilor diplomatice), art.92 alin.2 (declararea mobilizării parțiale sau totale a forțelor armate), art.92 alin.3 (luarea măsurilor pentru respingerea agresiunii), art.93 lit.1 (instituirea stării de asediu sau a stării de urgență), art.94 lit.a,b și d (conferirea de decorații și titluri de onoare, acordarea gradelor de mareșal, general și amiral, acordarea grațierii individuale) se contrasemnează de primul-ministru, ceea ce nu oprește ca în cazul în care președintele o cere și alte decrete să fie supuse contrasemnării, situație în care operațiunea devine facultativă.

Odată cu publicarea Decretului de grațiere nr. 1164 din 15 decembrie 2004⁶ și mai ales a Decretului nr. 1173 din 16 decembrie 2004⁷ prin care s-a revocat primul decret, precum și în legătură cu jurisprudența asumată de Înalta Curte de Casație și Justiție⁸ în această materie, s-au născut vii discuții în literatura juridică având ca obiect irevocabilitatea actului administrativ individual, respectiv admisibilitatea supunerii decretului prezidențial controlului de legalitate al instanțelor de contencios administrativ.

În ceea ce privește irevocabilitatea actului administrativ, este cunoscut din doctrină că spre deosebire de actele judecătorești, actele administrative sunt oricând revocabile, principiu ce are un caracter absolut în ceea ce privește actele administrative normative, pe când în cazul actelor administrative individuale, chiar dacă regula revocabilității este pe deplin aplicabilă, în unele situații acestea devin irevocabile⁹. Aceste excepții, denumite și fine de neprimire de la principiul revocabilității, nu fac altceva decât să sublinieze nevoia de stabilitate a raporturilor juridice, însă ceea ce oprește în cazul lor organul emitent sau organul ierarhic superior în a revoca un act administrativ nu va mai putea constitui pe de altă parte, o piedică în promovarea

unei acțiuni în anulare și aceasta tocmai pentru a nu se aduce o limitare principiului legalității sau o restrângere principiului constituțional al liberului acces la justiție. Este adevărat că și în cazul acțiunii în anulare, nimic nu oprește partea interesată să invoce irevocabilitatea actului administrativ în fața instanței judecătorești care poate avea în vedere acest caracter al actului la soluționarea cauzei (de altfel, în jurisprudența sa Înalta Curte de Casație și Justiție a decis că anularea unui act administrativ pentru nelegalitatea lui, după ce acesta și-a produs efectele, este nefondată)¹⁰.

Profesorul Tudor Drăganu a delimitat pentru dreptul nostru patru categorii de excepții de la principiul revocabilității actelor administrative individuale: actele administrative jurisdicționale; actele pe baza cărora a luat naștere un raport contractual; actele care au dat naștere unui drept subiectiv, garantat de o normă de drept în vigoare cu irevocabilitatea actului de bază; actele care au fost realizate material¹¹. La rândul său profesorul Ilie Iovănaș preia această teză și o augmentează în sensul că reține drept excepții de la principiul revocabilității actelor administrative: actele administrative jurisdicționale; actele pe baza cărora s-au născut raporturi juridice civile, de muncă sau procesuale; actele care au generat drepturi subiective garantate de lege prin stabilitate; actele din momentul în care au fost realizate material; la care adaugă și actele administrative de sancționare¹². Irevocabilitatea nu operează în cazul actului inexistent (ilegalitatea lui este evidentă și atât de gravă)¹³ și a actelor obținute prin manopere frauduloase sau dolosive (nimeni nu-și poate invoca propria vină)¹⁴. Profesorul Antonie Iorgovan prin prisma doctrinei și a practicii judecătorești stabilește opt categorii de excepții de la principiul revocabilității actelor administrative individuale, printre care reținem categoria actelor administrative de punere în executare a actelor procedurale penale și actele administrative ce au fost executate material¹⁵.

Vis à vis de analiza fiecărei categorii de excepții, considerăm că, odată cu publicarea în *Monitorul Oficial* a Decretului nr.1164/2004, acesta a fost realizat material, adică manifestarea de voință a Președintelui României s-a concretizat prin clemența acordată și prin urmare, odată săvârșită publicarea, nu se mai putea, nici chiar prin revocare, restabili situația anterioară. Nici chiar operațiunea materială (administrativă) de punere în executare (aplicare) a actului administrativ – inclusiv punerea în libertate a condamnatului – nu mai putea avea nici o influență asupra manifestării de voință exprimată deja. De aici, nu trebuie înțeles, că actul administrativ individual – în acest caz – și-a pierdut trăsătura sa executorie odată cu publicarea sa în *Monitorul Oficial*.

În opinia noastră, decretul de grațiere nr.1164/2004, odată cu publicarea sa la 16 decembrie 2004 s-a consumat material, adică s-a epuizat, respectiv și-a produs singurul efect juridic urmărit prin manifestarea de voință, „iertarea”, rezultat al exercitării de către Președinte a unui atribut constituțional. Din momentul publicării, moment care reprezintă și intrarea în vigoare¹⁶ acest tip de act administrativ individual nu mai putea fi revocat și prin urmare decretul 1173 din 17 decembrie 2004 nu poate fi decât ilegal¹⁷. De altfel, spunea profesorul Tudor Drăganu, „există o imposibilitate practică de a schimba o situație de fapt consumată (ceea ce s-a

întâmplat în cazul nostru – n.n.) pe calea unei simple manifestări de voință”¹⁸ (ulterioară - n.n). Este adevărat că și în jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție întâlnim teza potrivit căreia doar instanța de contencios administrativ poate anula sau modifica actul administrativ „intrat în circuitul civil”¹⁹. În opinia noastră este mai aproape de substanța instituției revocării să se spună că odată cu emiterea și publicarea lui, actul administrativ individual – decretul de grațiere – și-a epuizat efectul juridic, s-a consumat, s-a realizat ori s-a executat material²⁰, decât că a devenit irevocabil prin faptul că „a intrat în circuitul civil”²¹, caz în care s-ar putea presupune o continuitate de efecte juridice, ceea ce ar putea naște unele discuții privitoare la irevocabilitatea actului.

Prin prisma acestei fine de neprimire Decretul nr. 1164/2004 a fost și a rămas irevocabil, pe când Decretul nr. 1173/2004 este vădit ilegal prin obiectul său, ceea ce atrage cea mai gravă sancțiune - inexistența lui și pe cale de consecință putem considera, inclusiv în acest moment, că acest ultim decret, nu a produs deloc efecte juridice, cu atât mai mult cu cât un asemenea act nu se poate bucura de prezumția de legalitate, iar iregularitatea sa nu se poate acoperi în nici un fel²². Chiar și în situația în care primul decret ar fi fost inexistent, acesta ar fi rămas tot irevocabil și prin urmare decretul de revocare, rămas intangibil în comentariile instanțelor judecătorești²³, este vădit ilegal.

În ceea ce privește controlul de legalitate a decretului de grațiere, considerăm că acest control aparține în exclusivitate instanțelor de contencios administrativ și în nici un caz Parlamentului și cu atât mai puțin pe calea unui control indirect săvârșit prin intermediul Primului-ministru așa cum susține Înalta Curte de Casație și Justiție²⁴.

În contextul dat, ar fi complet ilogic și străin spiritului Constituției României, ca numai instituția Președintelui și mai precis actele sale juridice, să fie sustrate de la orice formă a controlului de legalitate, timp în care actele juridice emise de toate celelalte autorități ale statului să fie supuse într-o formă sau alta unui astfel de control.

Este adevărat că în literatura de specialitate în privința controlului ce poate fi exercitat de instanțele judecătorești asupra decretelor, după adoptarea Constituției din 1991, s-au conturat două opinii: una care admite acest control²⁵ și alta care consideră că acest tip de acte sunt exceptate de la controlul judecătoresc²⁶.

În decizia nr.1840 din 21 martie 2005, Înalta Curte de Casație și Justiție a încercat să motiveze de ce decretul de grațiere individuală nu este supus controlului instanței de contencios administrativ. Dar într-o astfel de confruntare de idei, văzând și principiul simetriei în drept, este greu de acceptat că grațierea individuală este sustrasă controlului de legalitate al unei instanțe judecătorești, iar grațierea colectivă care face obiectul unei legi nu este exceptată de la controlul de constituționalitate (în sens larg de legalitate) anterior sau posterior prin intermediul Curții Constituționale.

Înalta Curte de Casație și Justiție în argumentarea soluției, reține că decretul de grațiere individuale fiind o atribuție exclusivă a Președintelui României, sunt acte juridice unilaterale de drept public, prin care se manifestă două voințe, dar care produc același efect și independent de faptul că acestea sunt numite acte administrative

complexe sau acte administrative atipice, cu certitudine aceste acte juridice, nu pot fi asimilate unor alte categorii de acte administrative fiind rezultatul unor raporturi de natură constituțională, pe de o parte, între cei doi șefi ai executivului, pe de altă parte cu Parlamentul. Și ca argument suprem, aceeași instanță stabilește că „rațiunea obligației de a contrasemna aceste decrete de către Primul ministru, constă tocmai în exercitarea unui control parlamentar indirect, ce ține de principiul democrației constituționale, instituit prin art.1 alin.4 din Constituția României republicată”. Dar, probabil deloc convinsă de propria argumentare, Înalta Curte de Casație și Justiție revine și concluzionează: „în consecință, în ipoteza în care decretul de grațiere sunt considerate acte administrative (complexe sau atipice), acestea nu sunt supuse controlului judecătoresc pe calea contenciosului administrativ, fiind aplicabile dispozițiile art.126 alin.6 din Constituția României și ale art. 5 alin.1 lit.a din Legea nr.554/2004”.

Este evident că această argumentare, cu toate eforturile făcute, neglijează elemente deja consacrate în dreptul administrativ și care nu permit deturnarea problemei legalității unui decret de la obligația de a fi supusă rezolvării unei instanțe judecătorești.

Astfel, reiterând critic argumentele anterioare, precizăm că este neîndoielnic că decretul de grațiere este un act juridic unilateral de drept public, și mai exact spus este un act administrativ unilateral, așa cum îl vom găsi definit în art. 2 lit.c din Legea nr.554/2004 privind contenciosul administrativ²⁷.

În ceea ce privește controlul de legalitate a decretelor de grațiere, indiferent că ne aflăm în exercițiul Legii nr.29/1990 (acte de autoritate) sau a Legii nr.554/2004, considerăm că acest control aparține exclusiv instanțelor de contencios administrativ (mai puțin în cazul acelor decrete care într-adevăr privesc raporturile dintre Președinte și Parlament – unde se cere încuviințarea, înștiințarea, acordul, aprobarea – forme procedurale posteroare sau anterioare emiterii actului administrativ individual - decretul) și poate avea ca obiect actele juridice ale președintelui. De altfel, nici un act al președintelui nu poate scăpa controlului, nici chiar în cazul decretelor emise în baza art.91, 92 alin.2 și 3 și 93 alin.1 deoarece încuviințarea, aprobarea, înștiințarea, se face prin hotărâre a Parlamentului, și prin urmare sunt supuse controlului organului legislativ. În fața acestei evidențe, cu atât mai greșită pare astăzi aserțiunea potrivit căreia actele președintelui sunt scutite de controlul de legalitate, deoarece exprimă interdicția prevăzută de art.126 alin.6 din Constituție, privind raporturile dintre Președinte și Parlament.

Înalta Curte de Casație și Justiție constatând că decretul nr.1173/2004 *ab initio* era ilegal, a căutat o altă ieșire din această gravă greșală a autorității și a stabilit, că decretul de grațiere individuală este un act juridic unilateral de drept public (prin care se manifestă două voințe), numit act administrativ complex sau act administrativ atipic, fiind rezultatul unor raporturi de natură constituțională între cei doi șefi ai executivului pe de o parte, și Parlament pe de altă parte. Calea unui control indirect este motivată prin prezența în ecuație a Primului-ministru care răspunde în fața legislativului²⁸.

Raționamentul nu are un suport corect, în afară de argumentul că ne aflăm în fața unui act juridic unilateral de drept public.

Este adevărat că profesorul Tudor Drăganu în cursul său *Drept constituțional și instituții politice*²⁹, susține că ori de câte ori decretele Președintelui Republicii sunt contrasemnate de Primul-ministru, vor apare ca acte administrative complexe, adică acte care iau naștere prin două manifestări de voință ale unor organe de stat diferite, dar care, întrucât converg spre producerea aceluiași efect juridic, formează o singură unitate juridică.

În opinia mea nu ne aflăm în fața unui act juridic administrativ complex, deoarece la elaborarea decretului de grațiere individuală nu au concurat două voințe, Președintele exercitându-și evident atributul său constituțional exclusiv, la care nu se cere să participe și voința Primului ministru, care nu poate interveni în nici un fel, modifica sau înlătura prima manifestare de voință. De altfel, singura legătură posibilă, în acest demers, a Președintelui cu executivul este art.5 și art.6 din Legea nr.546/2002 privind grațierea și procedura acordării grațierii individuale³⁰ prin care Președintele poate cere avizul Ministerului de Justiție sau recomandarea autorității locale. Dacă am accepta raționamentul instanței supreme, atunci am putea spune că și în cazul grațierii colective, care se poate face și la propunerea Guvernului, avem tot un act juridic complex deoarece se întâlnește voința Guvernului manifestată prin propunere, cu voința Parlamentului organ colegial, ceea ce evident nu poate constitui o construcție reală și adevărată.

Înalta Curte de Casație de Justiție s-a complăcut în această „grațioasă eroare” deoarece nu a plecat în analiză de la definiția actului administrativ și nici de la constatarea ce firesc rezulta din întrebarea - a cui manifestare de voință a produs efectul juridic al grațierii, numai a Președintelui, sau una comună a Președintelui și a Primului ministru. Dacă am accepta această ultimă variantă, ar însemna să lipsim de substanță una din atribuțiile specifice și exclusive, date de Constituție Președintelui Republicii, care singur are un drept de apreciere exercitând cu toată răspunderea puterea discreționară ce i-a fost încredințată. Potrivit art.100 alin.1 din Constituția României Președintele în exercitarea atribuțiilor sale poate emite decrete.

Mai mult, Înalta Curte de Casație și Justiție greșește grav când afirmă că rațiunea obligației de a contrasemna aceste decrete de către Primul-ministru, constă tocmai în exercitarea unui control parlamentar indirect, ce ține de principiul democrației constituționale, instituit prin art.1 alin.4 din Constituția României republicată. Se pune întrebarea – acest așa-zis control indirect cum poate oare înlătura ilegalitatea unui act administrativ ilegal sau această ilegalitate, având în vedere instituția de la care provine, nici nu mai are importanță?

Profesorul Ilie Iovănaș, în lucrarea sa *Drept administrativ* – apărută în Editura Servo-Sat, Arad, 1997, ne oferă credem rezolvarea legală și rațională a dilemei³¹. Atunci când vorbește de condițiile procedurale posterioare adoptării actelor administrative, autorul vorbește de contrasemnătură și de cele trei semnificații ale acesteia, respectiv :

- contrasemnarea unor acte administrative prin care ministrul devenea răspunzător de acele acte (actele regale – art.87 din Constituția din 1923);

- contrasemnarea care are semnificația unei achiesări, dar cu puțința sesizării organului ierarhic superior îndrituit să o anuleze sau s-o revoce (secretarul consiliului local în condițiile Legii nr.57/1968).

- contrasemnarea de Primul-ministru sau ministrul de resort care are semnificația delimitării competenței în executarea aceluși act și asumarea deplinei responsabilități pentru aplicarea lui.

Fără îndoială, în această ultimă semnificație, Primul ministru a contrasemnat actul de grațiere. Contrasemnarea chiar dacă reprezintă o condiție de valabilitate (art.100 alin.2), este și rămâne o operație material-tehnică (operațiune administrativă), o formă procedurală posteroară emiterii actului administrativ, dar în nici un caz nu constituie prin ea însăși un act administrativ propriu-zis. De altfel, chiar profesorul Tudor Drăganu spunea: „o operație materială nu poate fi identificată niciodată cu o manifestare de voință”³².

Prin urmare, Primul-ministru prin contrasemnare nu a făcut altceva decât să își asume responsabilitatea executării acestuia, având la dispoziție aparatul de specialitate, prin ministrul de resort și nimic mai mult. Cu atât mai mult, trebuie să ne raliem la acest punct de vedere cu cât acțiunea în anulare a decretului în fața instanței de contencios administrativ sau cea de despăgubiri va trebui a fi îndreptată numai împotriva Președintelui, singurul care în acest caz va avea calitate procesuală pasivă³³.

Dacă ne raportăm la prevederile constituționale din art.126 alin.6, respectiv la prevederile art.5 alin.1 lit.a din Legea nr.554/2004, în lumina celor arătate mai sus, constatăm cu ușurință 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. Desigur, nu contestăm că astfel de acte, ce derivă din dispozițiile constituționale ale art.126 alin.6, sunt decretele emise cu aprobarea prealabilă sau ulterioară a Parlamentului privind mobilizarea parțială sau totală a forțelor armate, pentru luarea măsurilor pentru respingerea agresiunii și aducerea neîntârziat la cunoștința Parlamentului, pentru instituirea stării de asediu sau a stării de urgență în întreaga țară ori în unele unități administrativ-teritoriale și în măsura în care nu se adaugă la prevederile art.126 alin.6 din Constituția României, și unele acte prevăzute în art.5 din Legea nr.554/2004³⁴.

Dar și dacă *per absurdum* ar fi să admitem teza Înaltei Curți de Casație și Justiție, de observat, din redactarea art.126 alin.6 din Constituția României revizuită, respectiv a art.5 alin.1 din Legea nr.554/2004, că actele administrative supuse acestei categorii de excepții, sunt sustrate numai de la controlul instanțelor de contencios administrativ, deoarece textual se spune „nu pot fi atacate în contenciosul administrativ”,

astfel că pe cale de consecință, în cadrul unei acțiuni de drept comun – de exemplu pentru despăgubiri, nimic nu împiedică ca pe calea excepției de nelegalitate să se invoce ilegalitatea decretului de grațiere³⁵. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* și prin urmare, dacă legea nu interzice expres acest control și dacă actul îl considerăm revocabil ca în motivarea instanței supreme, actul administrativ individual poate face obiectul excepției de nelegalitate.

În opinia noastră, decretul de grațiere individuală odată publicat este un act administrativ irevocabil, iar decretul prin care este revocat nu poate fi exceptat de la controlul instanțelor de contencios administrativ, astfel că legalitatea acestuia poate forma obiectul unei acțiuni în contencios administrativ sau a unei excepții de nelegalitate.

* Autorul este conferențiar universitar la Facultatea de Drept, Universitatea "Petru Maior" Târgu-Mureș; office@cabinetlucianchiriac.ro

¹ A se vedea Tudor Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice – tratat elementar*, vol.II, Editura Lumina Lex, București, 1998, p.279.

² A se vedea Constantin Ionescu, *Tratat de drept constituțional contemporan*, Editura All Beck, București 2003, p.743-744; Ion Rusu, *Președintele României*, Editura Lumina Lex, București, 1996, p.53-54.

³ Potrivit art.100 alin.1 din Constituția României revizuită, Președintele României emite decrete care se publică în Monitorul Oficial. Președintele aprobă Regulamentul de organizare și funcționare a Administrației Prezidențiale – art.2 alin.2 din Legea nr. 47/1994 privind serviciile din subordinea Președintelui României. În legătură cu „aprobarea” a se vedea Radu Carp, „Reflecții pe marginea statutului juridic al decretelor emise de Președintele României”, *Revista de drept public*, nr.4/2004, p.13(subsol).

⁴ Actele juridice (decretele) sunt supuse de cele mai multe ori, regimului de drept constituțional, susține Ioan Sântai, *Drept administrativ și știința administrației*, vol.I, Editura Risoprint, Cluj-Napoca, 2005, p.284.

⁵ În opinia profesorului Antonie Iorgovan, decretele ca principiu nu pot avea caracter normativ și secret – a se vedea *Tratat de drept administrativ*, vol.I, ediția 4, Editura All Beck, București, 2005, p.342; în sensul că nu au caracter normativ- Ioan Vida *Puterea executivă și administrația publică*, Editura Regia Autonomă „Monitorul Oficial”, București, 1994, p.68.

⁶ Publicat în *Monitorul Oficial* nr.1207 din 16 decembrie 2004.

⁷ Publicat în *Monitorul Oficial* nr.1219 din 17 decembrie 2004

⁸ Decizia nr. 1840 din 21 martie 2005 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – secția de contencios administrativ și fiscal, publicată în *Buletinul Casației* nr.2/2005, p.6-8.

⁹ A se vedea Tudor Drăganu, *Actele de drept administrativ*, *op.cit.*, p.201 și urm.

¹⁰ C.S.J. - C.A, decizia nr.126 din 13 februarie 1995 în dosar nr.1016/1994, *set P.J.* nr.3/1995, pct.4.

¹¹ A se vedea Tudor Drăganu, *op.cit.*, p.202-238 - autorul arată că în cazul actelor administrative inexistente sau obținute prin manevre frauduloase sau dolosive, excepțiile își pierd rigiditatea și aceste acte devin revocabile; aceleași categorii de excepții întâlnim la Rodica Narcisa Petrescu, *Drept administrației publice*, Editura Accent, Cluj-Napoca, 2004, p.327 și urm.; Lucian Chiriac *Activitatea autorităților administrației publice*, Editura Accent, Cluj-Napoca, 2001, p.178.

¹² A se vedea Ilie Iovănaș, *Drept administrativ*, Editura Servo-Sat, Arad, 1997, p.56-62; Rodica Narcisa Petrescu observă critic pe bună dreptate că același autor a inclus în cadrul excepțiilor și actele administrative pe baza cărora s-au născut raporturi procesuale: *op.cit.*, p.327.

¹³ A se vedea Tudor Drăganu, *op.cit.*, p.238.

¹⁴ A se vedea Ilie Iovănaș, *op.cit.* p.61.

- ¹⁵ A se vedea Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol.II, Ediția 4, Editura All Beck, București, 2005, p.86.
- ¹⁶ Art.11 din Legea 24/2000 republicată, privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative.
- ¹⁷ Același punct de vedere l-am susținut și în urma publicării Decretului prezidențial nr. 1/2002 în *Monitorul Oficial* nr. 5 din 8 ianuarie 2002 prin care s-a revocat măsura grațierii individuale a unui condamnat grațiat prin Decretul nr. 1101/2001 publicat în *Monitorul Oficial* nr. 884 din 28 decembrie 2001 – a se vedea Lucian Chiriac, *Drept administrativ I – partea generală – curs universitar*, Editura Universității Petru Maior, 2007.
- ¹⁸ A se vedea Tudor Drăganu, *op.cit.*, p.235.
- ¹⁹ C.S.J.S.C.A – Decizia nr. 315/1994.
- ²⁰ A se vedea Ilie Iovănaș, *op.cit.* p.59-60; Rodica Narcisa Petrescu, *op.cit.* p.329.
- ²¹ A se vedea Corneliu-Liviu Popescu „Nevaliditatea Decretului Președintelui României nr.1164 din 15 decembrie 2004 privind acordarea unor grațieri individuale și a Decretului Președintelui României nr.1173 din 17 decembrie 2004 privind revocarea grațierii individuale a unor persoane”, *Revista Curierul Judiciar*, nr.1/2005, p.130.
- ²² A se vedea Tudor Drăganu, *op.cit.*, p.152-153; Jean Rivero și Jean Waline, *Droit administratif*, 21en édition, Dalloz, 2006, p.372-373.
- ²³ Î.C.C.J. – S.C.A.F – Decizia nr.1840 din 21 martie 2005.
- ²⁴ A se vedea Î.C.C.J. – S.C.A.F – Decizia nr.1840 din 21 martie 2005 pronunțată în dosarul nr.797/2005. Probabil se făcea trimitere la art.109 alin.1 din Constituția României revizuită.
- ²⁵ A se vedea Tudor Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol.II, *op.cit.* p.285; Rodica Narcisa Petrescu, *op.cit.* p.85; Ioan Vida, *op.cit.*, pag.69;
- ²⁶ Inițial profesorul Ion Deleanu a susținut această teză în *Drept constituțional*, vol.II, Editura Fundația „Chemarea” Iași, 1992, p.226, după care s-a raliat primei teze în *Instituții și proceduri constituționale*, Editura Servo-Sat, Arad, 2003, p.645-646, mai puțin în ceea ce privește decretul de grațiere individuală, p.645 subsol.
- ²⁷ Publicată în *Monitorul Oficial* nr.1154 din 7 decembrie 2004, a intrat în vigoare la 7 ianuarie 2005.
- ²⁸ Pentru detalii a se vedea Decizia nr.1840 din 20 martie 2005 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Secția de Contencios administrativ și fiscal.
- ²⁹ A se vedea Tudor Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice*, *op.cit.*, p.275.
- ³⁰ Publicată în *Monitorul Oficial*, nr.755 din 16.10.2002.
- ³¹ A se vedea Ilie Iovănaș, *op.cit.* p.47-49.
- ³² A se vedea Tudor Drăganu, *Actele de drept administrativ*, *op.cit.*, p.235
- ³³ A se vedea Tudor Drăganu, *op.cit.*, pag.275.
- ³⁴ În măsura în care art. 5 din Legea nr.554/2004 adaugă textului din Constituție o serie de alte acte administrative, considerând că sunt sustrate acestui control, acesta poate fi considerat vădit ilegal și prin urmare inexistent.
- ³⁵ A se vedea în același sens Dacian Cosmin Dragoș, *Legea contenciosului administrativ– comentarii și explicații*, Editura All Beck, București, 2005, p.159-160, subso,l p.161; a se vedea în sens contrar Emanuel Albu, ”Excepția de nelegalitate – mijloc de apărare în cadrul proceselor comerciale, civile, ect.- aspecte procedurale teoretice și practice – (I)”, *Revista de drept comercial*, nr.9/2006, p.22.

DREPTUL LA OPINIE AL FUNCȚIONARILOR PUBLICI ȘI LIMITELE EXERCITĂRII ACESTUIA

Cristian CLIPA*

Résumé: Le droit d'opinion des fonctionnaires publics et les limites de son exercice.

L'exercice de la liberté d'opinion des fonctionnaires pose les trois problèmes suivants:

a) celui de la possibilité effective d'un fonctionnaire d'adhérer aux opinions des autres (de nature politique, syndicale ou religieuse);

b) celui de la liberté de conscience dont jouit toute personne, y compris la personne investie d'une fonction publique, et

c) celui de l'extériorisation des opinions que le fonctionnaire partage.

En principe, les opinions de nature politique, syndicale ou religieuse d'une personne (opinions découlant de l'adhésion de la personne à un parti politique, à une structure équivalente ou à une autre organisation dont l'objet d'activité est religieux, culturel ou scientifique), ne peuvent pas constituer, en elles-mêmes, des obstacles pour l'accès à une fonction publique et ne donnent pas aux autorités ou aux institutions publiques le droit de discriminer la personne en cause par rapport aux autres ou de léser ses droits ou intérêts légitimes, liés ou non à l'occupation ou à l'exercice d'une fonction publique.

Ainsi que la doctrine juridique française a remarqué, l'exercice de la liberté d'expression doit être tempéré par l'ainsi dite obligation d'obéissance hiérarchique (encore plus accentuée dans le cas des fonctionnaires portant un uniforme), par l'obligation de réserve et par l'obligation de discrétion professionnelle.

La même doctrine française a analysé l'exercice de la liberté d'opinion, en étroite liaison avec le droit d'association, en distinguant entre la situation du fonctionnaire qui se trouve en dehors du service, d'une part, et le fonctionnaire impliqué dans l'exercice de son service, de l'autre part. Le premier, en vertu de la liberté d'opinion (qui se confond à peu près avec le droit d'association et, de toute façon, est circonscrite à la liberté d'expression) peut adhérer (y compris en acquérant la qualité de membre) à un parti politique ou à tout autre groupement ayant un caractère confessionnel, syndical ou d'autre nature. Par contre, on ne peut pas reconnaître au fonctionnaire une liberté totale dans l'exercice de son droit fondamental d'opinion, ni même en dehors de son programme de travail (et de toute façon, en dehors de son lieu de travail), puisque ce fonctionnaire - qui, pour tout le monde apparaît en tant que représentant d'une certaine autorité publique - a une obligation continue (sans interruption) de réserve. En vertu de cette obligation de réserve, le fonctionnaire doit éviter toute excès et toute violence dans la manière dont il parle, écrit ou se comporte, même en dehors du service. En d'autres mots, un „devoir de mesure et de modération” dans le comportement et dans l'attitude incombe au fonctionnaire même lorsqu'il n'est pas dans l'exercice effectif de ses fonctions de service, sans distinction de l'échelon institutionnel où il est installé ou bien du secteur d'activité où il exerce ses attributions.

Les options politiques, religieuses ou d'autre nature d'une personne exerçant une fonction publique doivent rester indifférentes pour l'autorité ou l'institution publique dans la structure de laquelle a été nommé ladite personne. On ne peut même pas faire mention de telles opinions dans le dossier professionnel individuel du fonctionnaire. La doctrine française a remarqué, en principe, que les fonctionnaires jouissent de la liberté d'adhérer à toute option politique, sans que l'exercice de cette liberté puisse leur apporter - en soi-même - un préjudice quelconque résultant de cette adhésion. Cette liberté est, en principe, la même pour tous les citoyens. Néanmoins, assez souvent l'option religieuse d'une personne ayant la qualité de fonctionnaire (proprement dit ou

assimilé) a constitué un prétexte pour l'autorité étatique de le révoquer de sa fonction. Par conséquent, de telles situations ont été soumises à la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui - par ses décisions - a „tiré l'attention” aux Etats signataires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur la manière dont ils devraient „traiter” ce problème épineux de la liberté d'opinion des fonctionnaires et, surtout, sur la manière dont ces Etats entendent permettre à leurs fonctionnaires l'exercice d'une telle liberté. La Cour a observé qu'en principe la liberté d'une personne de manifester ses convictions religieuses couvre aussi son „droit d'essayer de convaincre ses proches”, ce qui équivaut avec la reconnaissance de la légitimité du prosélytisme, aussi bien à l'occasion et lors de l'exercice de ses attributions de service, qu'en dehors de son temps de travail ou bien lorsque le fonctionnaire, quoiqu'il ne soit pas impliqué dans son activité professionnelle, se prévaut dans les rapports avec les tiers, de sa qualité de fonctionnaire. Il ne faut pas omettre, dans le contexte de cette analyse, le fait que tout fonctionnaire devient, dès le moment de son investissement, le représentant de l'autorité dans la structure de laquelle il a été nommé et qu'il préserve cette qualité durant toute sa carrière. Dans ces conditions, tout acte de prosélytisme fait par un fonctionnaire risque „d'être associé” à l'autorité ou à l'institution publique pour laquelle le fonctionnaire travaille. Or, une telle „association” compromet la neutralité du fonctionnaire et, par „l'effet ricochet”, l'impartialité du service public. De plus, une telle conduite risque de compromettre gravement la laïcité de l'Etat, car l'acte de prosélytisme provenant de „l'agent d'une autorité publique” est perçu par les usagers du service public associé à cette autorité comme étant au moins toléré (sinon soutenu) par l'autorité en question. Un tel état des choses est incompatible avec une société démocratique. La doctrine de droit international public a remarqué le fait que, dans une société démocratique, dans laquelle plusieurs religions co-existent au sein de la même population, la limitation du droit des individus de manifester leurs convictions peut être nécessaire en vue de concilier les intérêts des divers groupes et d'assurer le respect des convictions de chacun. Dans le cas des fonctionnaires, cette limitation doit être conçue dans des termes strictes, car surtout dans ce cas-là il y a le risque - extrêmement élevé - que l'acte de prosélytisme prenne la forme d'un harcèlement ou d'un abus de pouvoir à l'adresse de ceux qui, d'une manière ou d'une autre, étant intéressés par le service public où les fonctionnaires en cause exercent leur activité, entrent en contact avec eux.

Mots clés: fonctionnaire public, droit d'opinion, obligation de réserve, obligation de discrétion professionnelle

Cuvinte cheie: funcționar public, drept la opinie, obligația de rezervă, obligația de discreție profesională

Potrivit art. 27 alin. 1 din Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicată¹, „dreptul la opinie al funcționarilor publici este garantat”. Acest text se circumscrie cadrului așezat prin dispozițiile art. 30 alin. 1 din Constituția României, text potrivit căruia „Libertatea de exprimare a gândurilor, a opiniilor (subl.n.) sau a credințelor și libertatea creațiilor de orice fel, prin viu grai, prin scris, prin imagini, prin sunete sau prin alte mijloace de comunicare în public, sunt inviolabile”. La rândul său, art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului stabilește faptul că „Orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare. Acest drept cuprinde libertatea de opinie (subl.n.) și libertatea de a primi sau de a comunica informații

ori idei fără amestecul autorităților publice și fără a ține seama de frontiere. Prezentul articol nu împiedică statele să supună societățile de radiodifuziune, de cinematografie sau de televiziune unui regim de autorizare.

Exercitarea acestor libertăți ce comportă îndatoriri și responsabilități poate fi supusă unor formalități, condiții, restrângeri sau sancțiuni prevăzute de lege, care constituie măsuri necesare într-o societate democratică (subl.n.), pentru securitatea națională, integritatea teritorială sau siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor, protecția sănătății sau a moralei, protecția reputației sau a drepturilor altora, pentru a împiedica divulgarea de informații confidențiale sau pentru a garanta autoritatea și imparțialitatea puterii judecătorești”.

Remarcăm de asemenea, în același context, și faptul că potrivit art. 19 din Declarația Universală a Drepturilor Omului, „orice om se bucură de libertatea convingerilor și de libera lor exprimare; acest drept implică libertatea de a urma nestingherit convingerile sale și libertatea de a căuta, primi și răspândi informații și idei prin orice mijloace și independent de granițele de stat”. În sfârșit, art. 19 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice are următorul conținut:

„1. Nimeni nu trebuie să aibă ceva de suferit din pricina opiniilor sale.

2. Orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare; acest drept cuprinde libertatea de a căuta, de a primi și de a răspândi informații și idei de orice fel, indiferent de frontiere, sub formă orală, scrisă ori artistică, sau prin orice alt mijloc la alegerea sa.

3. Exercițiul libertăților prevăzute la paragraful 2 al prezentului articol comportă datorii și răspunderi speciale.

În consecință, ea poate fi supusă anumitor limitări care trebuie însă stabilite în mod expres prin lege și care sunt necesare:

a) respectării drepturilor sau reputației altora;

b) apărării securității naționale, opiniei publice, sănătății sau moralității publice”.

Având în vedere situația deosebită în care se găsește funcționarul public, a cărui activitate profesională este desfășurată – potrivit legii – „în interesul cetățenilor, precum și al autorităților și instituțiilor publice din administrația publică centrală și locală”², exercitarea dreptului la opinie de către funcționarii publici se poate face numai cu respectarea unor *rezonabile îngrădiri*. Astfel, din capul locului, plecăm de la premisa că, în privința acestor lucrători ai administrației publice, dreptul la opinie poate fi exercitat numai în respect pentru obligația ce le incumbă, de a-și exercita atribuțiile cu care au fost învestiți, în condiții de *neutralitate (imparțialitate) politică și religioasă*. Altfel spus, funcționarul public are o libertate totală a opiniei (care acoperă și o deplină liberare a conștiinței) însă nu se poate bucura decât de o libertate controlată (circumstanțiată, limitată) a expresiei³. Și aceasta întrucât unui funcționar public nu îi poate fi recunoscută posibilitatea de a exprima (într-o manieră directă, completă și, eventual, brutală) opțiunile sale politice, religioase ori de altă natură, așa cum o poate face orice alt cetățean care nu are nicio legătură profesională (de angajament) cu administrația publică.

Exercitarea dreptului la opinie a unui funcționar public este țărmurită de așa-numita *obligăție de rezervă* a cărei defnire (fie și numai în termeni descriptivi) ne pune în fața unor piedici dificil de depășit. Acestea decurg din eterogenitatea situațiilor în care se găsesc funcționarii publici și, respectiv, din diversitatea naturii opiniilor pe care aceștia – într-o oarecare împrejurare – sunt tentați (instigați sau, pur și simplu, obligați) să le exteriorizeze. Astfel stând lucrurile, în doctrina franceză s-a observat că o eventuală încălcare de către un funcționar public a obligației sale de rezervă, prin exteriorizarea opiniilor sale de orice natură, va fi apreciată, *în concret și de la caz la caz*, de către instanța judecătorească sesizată cu o contestație împotriva actului prin care respectivul funcționar public a fost sancționat disciplinar pentru încălcarea obligației sale de neutralitate, încălcare pretinsă de către autoritatea în cadrul căreia funcționarul în cauză își desfășoară activitatea profesională.

Apoi, nu poate fi omisă, în contextul de față, analiza prevederilor art. 8 din Codul de conduită a funcționarilor publici. Potrivit alineatului 1 al acestui text, „în îndeplinirea obligațiilor de serviciu, funcționarii publici au obligația de a respecta demnitatea funcției publice deținute, *corelând libertatea dialogului cu promovarea intereselor autorității sau instituției publice în care își desfășoară activitatea* (subl.n.)”. La rândul său, alin. 2 al aceluiași text adaugă următoarele: „În activitatea lor, funcționarii publici au obligația de a respecta libertatea opiniilor și de a nu se lăsa influențați de considerente personale sau de popularitate. În exprimarea opiniilor, funcționarii publici trebuie să aibă o atitudine conciliantă și să evite generarea conflictelor datorate schimbului de păreri”. Prevederile legale citate au un caracter complinitor raportat la dispozițiile art. 27 alin. 1 din Statut. Și aceasta întrucât rolul acestor prevederi cuprinse în conținutul Codului de conduită a funcționarilor publici este acela de a institui, în privința acestor angajați din administrație, veritabile restrângeri în privința exercitării dreptului lor la opinie. Aceste restrângeri sunt – potrivit Codului – determinate de un set de îndatoriri impuse funcționarilor publici pentru situațiile în care ei ajung să relaționeze cu alți funcționari publici ori cu uzuarii serviciului public pe care îl deserveșc. Aceste îndatoriri ar fi următoarele: a) de a se manifesta demn în relațiile cu terții; b) de a identifica un just echilibru între libertatea dialogului și interesele autorității publice în cadrele căreia a fost numit; c) de a respecta opiniile altora, fie ei funcționari publici ori cetățeni cu care cel în cauză intră în contact; d) de a nu se prevala de o eventuală poziție de conducere pe care o ocupă, de faima ori popularitatea câștigată la locul său de muncă; e) de a se manifesta conciliant, astfel încât prin cuvintele rostite ori gesturile comise, nici să nu fie și nici să nu devină o sursă de conflict la locul său de muncă, atunci când el este implicat într-un schimb de păreri.

Exercitarea de către funcționarul public a libertății de opinie ridică următoarele trei probleme⁴:

- a) a efectivei posibilități a unui funcționar public de a adera la opiniile altora (de natură politică, sindicală ori religioasă);
- b) a libertății de conștiință de care se bucură orice persoană, inclusiv cea investită într-o funcție publică și
- c) a exteriorizării opiniilor pe care le împărtășește funcționarul public.

a) Dreptul funcționarilor publici de a adera la opiniile altora

a).1. Dreptul funcționarilor publici de a adera la un partid politic

Despre maniera în care poate fi exercitat dreptul funcționarilor publici de a se asocia în partide politice, face vorbire art. 44 din Statut, text care are următorul conținut:

„(1) Funcționarilor publici le este interzis să ocupe funcții de conducere în structurile sau organele de conducere, alese sau numite, ale partidelor politice, definite conform statutului acestora, ale organizațiilor cărora le este aplicabil același regim juridic ca și partidelor politice sau ale fundațiilor ori asociațiilor care funcționează pe lângă partidele politice.

(2) Înalților funcționari publici le este interzis să facă parte din partide politice, organizații cărora le este aplicabil același regim juridic ca și partidelor politice sau ale fundațiilor ori asociațiilor care funcționează pe lângă partidele politice.

(3) Funcționarii publici au obligația ca, în exercitarea atribuțiilor ce le revin, să se abțină de la exprimarea sau manifestarea publică a convingerilor și preferințelor lor politice (subl.n.), să nu favorizeze vreun partid politic sau vreo organizație careia îi este aplicabil același regim juridic ca și partidelor politice”.

La rândul său, dar în note similare, art. 98 din cuprinsul Legii cu nr. 161/2003 stabilește următoarele:

(1) Funcționarii publici pot fi membri ai partidelor politice legal constituite.

(2) Funcționarilor publici le este interzis să fie membri ai organelor de conducere ale partidelor politice și să exprime sau să apere în mod public pozițiile unui partid politic.

(3) Funcționarii publici care, potrivit legii, fac parte din categoria înalților funcționari publici nu pot fi membri ai unui partid politic, sub sancțiunea destituirii din funcția publică”.

Analiza – fie și succintă – a dispozițiilor legale mai-sus citate, ne îndreptățește la a face următoarele observații.

Potrivit legii, în principiu, funcționarilor publici nu le este oprită asocierea în partide politice (ori în organizații asimilate partidelor politice), drept a cărui exercitare presupune – în egală măsură – posibilitatea de a înființa astfel de organizații, dar și pe cea de a adera la una deja înființată. În mod excepțional, în termeni categorici și lipsiți de orice echivoc, legea interzice înalților funcționari publici să adere la vreo formațiune politică ori să înființeze astfel de entități. Totodată, legea interzice tuturor funcționarilor publici – indiferent dacă sunt de execuție, de conducere ori înalți funcționari publici – „să ocupe funcții de conducere în structurile sau organele de conducere, alese sau numite” ale partidelor politice ori ale organizațiilor asimilate. Interdicția este pe deplin explicabilă tocmai prin prisma obligației de neutralitate politică ce incumbă oricărui funcționar public. Ocuparea de către un funcționar public a unei

poziții de decizie în cadrul unui partid politic, face din acesta – în mod evident și lipsit de orice îndoială – exponentul respectivei formațiuni politice, compromițând în ochii terților ideea că respectiva persoană poate acționa în mod neutru, imparțial și echidistant cu ocazia exercitării atribuțiilor conferite lui cu ocazia învestirii într-o oarecare funcție publică. Aceasta ar fi, din punctul nostru de vedere, o explicație adecvată interdicției instituite de către legiuitor în privința funcționarilor publici, cărora le-a oprit posibilitatea de a intra – în orice calitate – în structurile de conducere ale partidelor politice ori ale entităților asimilate.

De lege lata, tuturor funcționarilor publici le este interzisă exprimarea ori manifestarea publică a convingerilor sau preferințelor lor politice, cu ocazia exercitării atribuțiilor lor de serviciu. Din punctul nostru de vedere, această interdicție se impune a fi analizată nuanțat. Ea operează doar înăuntrul intervalului de timp în care funcționarul public se găsește în exercițiul efectiv al atribuțiilor sale de serviciu, nu și atunci când se află în timpul său liber, este în concediu ori este suspendat din funcție. În sprijinul celor alegate stă faptul că, în privința funcționarilor publici, alin. 3 al art. 44 din Statut instituie obligația de a nu-și exterioriza opțiunile sau preferințele politice în timpul cât ei se găsesc „în exercitarea atribuțiilor ce le revin”. Din punctul nostru de vedere, această din urmă expresie acoperă toate acele intervale de timp în care funcționarul public se înfățișează terților prevalându-se de calitatea sa profesională ori întreprinde acțiuni, comite gesturi sau manifestă comportamente al căror conținut ori specific determină pentru terții cu care o astfel de persoană intră în contact, convingerea că relaționează cu un funcționar public. În toate aceste situații, legea interzice funcționarului public exprimarea convingerilor sale politice nu numai în forme specifice verbalizării, dar și prin orice alte manifestări cu aceeași semnificație, cum ar fi gestica, atitudinea, comportamentul ori vestimentația.

În același registru al ideilor deja expuse, se mai impune a fi observat și faptul că legea stabilește o netă distincție între „exprimarea sau manifestarea publică a convingerilor și preferințelor ... politice” ale funcționarilor publici, pe de-o parte, și obligația de a nu favoriza „vreun partid politic sau vreo organizație căreia îi este aplicabil același regim ca și partidelor politice”. În fapt, dispoziția legală așezată în conținutul art. 44 alin. 3 din Statut instituie în privința funcționarilor publici două îndatoriri: una *de neutralitate* și o alta *de imparțialitate* (pe care o putem numi și *de echidistanță politică*). Ele nu se confundă și se impun a fi tratate distinct. În virtutea celei dintâi, funcționarului public i se pretinde o obligație negativă (de abstențiune), respectiv pe aceea de a nu face nimic de natură a aduce la cunoștința terților opțiunile, convingerile ori preferințele sale politice, atâta timp cât se află în timpul programului său de lucru. În virtutea celei de-a doua, aceluiși funcționar public îi este solicitat să onoreze o obligație pozitivă (de acțiune ori de comisiune), și anume pe cea de a acționa în exercitarea prerogativelor sale profesionale, astfel încât să nu favorizeze vreun partid politic ori să creeze pentru acesta vreun avantaj de orice natură, la care nu ar fi ajuns altfel decât cu concursul respectivului funcționar public.

Această din urmă îndatorire de imparțialitate se va socoti încălcată ori de câte ori funcționarul public săvârșește una din faptele enumerate sub dispozițiile art. 10 din Codul de conduită a funcționarilor publici, adică:

- participă la colectarea de fonduri pentru activitatea partidelor politice;
- furnizează sprijin logistic candidaților la funcții de demnitate publică;
- colaborează, în afara relațiilor de serviciu, cu persoanele fizice sau juridice care fac donații ori sponsorizări partidelor politice; sau
- afișează, în cadrul autorităților sau instituțiilor publice, însemne ori obiecte inscripționate cu sigla sau denumirea partidelor politice ori a candidaților acestora.

După cum am văzut și în rândurile de mai-sus, art. 44 alin. 1 din Statut stabilește faptul că „funcționarilor publici le interzis să ocupe funcții de conducere în structurile sau organele de conducere, alese sau numite, ale partidelor politice, definite conform statutului acestora, ale organizațiilor cărora le este aplicabil același regim juridic ca și partidelor politice sau ale fundațiilor ori asociațiilor care funcționează pe lângă partidele politice”. Interpretând literar și teleologic textul mai-înainte citat, nu putem ajunge la o altă concluzie decât aceea că legiuitorul a urmărit să interzică funcționarului public să ocupe o funcție de conducere în cadrul unui partid politic (sau a unei structuri echivalente), dar *a permis aceluiași funcționar să adere la astfel de organizații*. În mod excepțional, alin. 2 a aceluiași art. 44 din Statut interzice înalților funcționari publici (ca de exemplu, prefectilor) „să facă parte din partide politice, organizații cărora le este aplicabil același regim juridic ca și partidelor politice sau din fundațiile ori asociațiile care funcționează pe lângă partidele politice”. Această limitare a exercițiului dreptului la asociere se impune a fi văzută – în contextul analizat în acest loc – ca o *restrângere a exercitării dreptului la libertatea de opinie*, pe care legiuitorul a înțeles să o instituie numai cu privire la categoria înalților funcționari publici. Această restrângere a exercițiului dreptului de asociere, care, indirect, determină o limitare în exercițiul libertății de opinie este pe deplin conciliată cu prevederile art. 40 alin. 3 din Constituția României, text care stabilește, *in terminis*, faptul că „nu pot face parte din partide politice ... alte categorii de funcționari publici stabilite prin lege organică”. Prin conținutul său, dispoziția fundamentală citată generează mai multe consecințe. În primul rând, ea creează o breșă în privința caracterului absolut al dreptului de asociere, astfel cum este acesta formal instituit prin regula de principiu așezată sub art. 40 alin. 1 din Legea noastră fundamentală. În al doilea rând, legiuitorul constituent a delegat celui ordinar prerogativa de a stabili căror categorii de funcționari publici înțelege să le restrângă exercițiul acestui drept la asociere în partide politice, sub condiția de a o face exclusiv prin lege organică. În al treilea rând, astfel cum este formulat, art. 40 alin. 3 din Constituție interzice anumitor categorii de funcționari publici (pe care le stabilește legiuitorul ordinar prin lege organică) atât să înființeze partide politice, cât și să adere la astfel de organizații care deja au fost înființate. În sfârșit, în al patrulea rând, textul constituțional citat în acest loc restrânge exercițiul dreptului de asociere exclusiv în privința asocierii

în partide politice ori în structuri echivalente, nu și cu privire la asocierea în sindicate ori structuri asociative cu caracter religios, cultural ori științific, sub condiția ca acestea să nu aibă caracter secret ori să nu facă parte din categoria acelor organizații care – potrivit art. 40 alin. 3 din Constituție – „prin scopurile ori prin activitatea lor, militează împotriva pluralismului politic, a principiilor statului de drept ori a suveranității, a integrității sau a independenței României”.

a).2. Dreptul funcționarilor publici de a adera la un sindicat

Art. 29 din Statut are următorul conținut:

„(1) Dreptul de asociere sindicală este garantat funcționarilor publici.

(2) Funcționarii publici pot, în mod liber, să înființeze organizații sindicale, să adere la ele și să exercite orice mandat în cadrul acestora.

(3) În situația în care înalții funcționari publici sau funcționarii publici de conducere sunt aleși în organele de conducere ale organizațiilor sindicale, aceștia au obligația ca în termen de 15 zile de la alegerea în organele de conducere ale organizațiilor sindicale să opteze pentru una dintre cele două funcții. În cazul în care funcționarul public optează pentru desfășurarea activității în funcția de conducere în organizațiile sindicale, raporturile de serviciu ale acestuia se suspendă pe o perioadă egală cu cea a mandatului în funcția de conducere din organizația sindicală.

(4) Funcționarii publici se pot asocia în organizații profesionale sau în alte organizații având ca scop protejarea intereselor profesionale”.

Textul mai-sus citat nu face altceva decât să reia într-o formă mai elaborată dispozițiile art. 40 alin. 1 teza a II-a din Constituția României, potrivit căroră, „cetățenii se pot asocia liber în ... sindicate, ...”.

La rândul său, art. 11 paragraful 1 din C.E.D.O. recunoaște, în termeni solemni, că „orice persoană are dreptul ... la libertatea de asociere, inclusiv dreptul de a constitui cu alții sindicate și de a se afilia la sindicate pentru apărarea intereselor sale”. La rândul său, paragraful 2 al aceluiași text adaugă următoarele: „Exercitarea acestor drepturi nu poate face obiectul altor restrângeri decât celea care, prevăzute de lege, constituie măsuri necesare într-o societate democratică, pentru securitatea națională, siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor, protejarea sănătății sau a moralei ori pentru protecția drepturilor și libertăților altora. *Prezentul articol nu interzice ca restrângeri legale să fie impuse exercitării acestor drepturi de către membrii forțelor armate, ai poliției sau ai administrației de stat (subl.n.)*”.

În sfârșit, în note similare, dreptul la asociere sindicală este consacrat și sub prevederile art. 8 din cuprinsul Pactului cu privire la drepturile economice, sociale și culturale⁵, în cuprinsul căruia se arată că „Statele părți ... se angajează să asigure ... dreptul pe care îl are orice persoană, în vederea favorizării și ocrotirii intereselor sale economice, *de a forma împreună cu alte persoane sindicate și de a se afilia la un sindicat (subl.n.)* la alegerea sa, sub singura rezervă a regulilor stabilite de organizația

interesată. Exercițarea acestui drept nu poate face obiectul altor restricții decât cele prevăzute de lege și care constituie măsuri necesare într-o societate democratică, în interesul securității naționale sau al ordinii publice, ori pentru a ocroti drepturile și libertățile altora” (paragr. 1 lit. a). Mai mult decât atât, în virtutea aceluiași prevederi ale art. 8 din Pact, statele semnatare se obligă să recunoască „dreptul pe care îl au sindicatele de a-și exercita liber activitatea, fără alte limitări decât cele prevăzute de lege și care constituie măsuri necesare într-o societate democratică, în interesul securității naționale sau al ordinii publice ori pentru a ocroti drepturile și libertățile altora” (paragr. 1 lit. c). În sfârșit, ritos și lapidar, paragraful 2 al aceluiași articol 8 insistă asupra faptului că *acest articol nu se opune ca exercitarea drepturilor sindicale „de către membrii forțelor armate, ai poliției sau de către funcționarii publici să fie supusă unor restricții legale”* (subl.n.).

Având în vedere maniera în care este redactată dispoziția de principiu de sub art. 40 alin. 1 teza a II-a din Constituția României, dar și norma încorporată în cuprinsul art. 29 din Statut, apreciem că – în principiu – legiuitorul a înțeles să recunoască și să garanteze ca atare, dreptul oricărui funcționar public de a se asocia în sindicate. Mai mult decât atât, nefăcând nicio altă precizare în privința înființării și nici în cea a organizării sindicatelor înființate de către funcționari publici ori la care aceștia înțeleg să adere, legiuitorul a supus regimul juridic al acestor forme de asociere „dreptului comun sindical”⁶ și anume Legii privitoare la organizarea și funcționarea sindicatelor cu nr. 54/2003⁷.

Astfel, potrivit art. 2 alin. 1 fraza I din actul normativ mai-sus evocat, „[...] funcționarii publici au dreptul să constituie organizații sindicale și să adere la acestea”. La rândul său, alineatul 3 al aceluiași articol 2 din Legea sindicatelor stabilește că „nici o persoană nu poate fi constrânsă să facă sau să nu facă parte, să se retragă sau nu dintr-o organizație sindicală”. În sfârșit, alin. 4 adaugă precizator: „O persoană poate face parte în același timp numai dintr-o singură organizație sindicală”.

Prin urmare, principial, legea permite oricărui funcționar public să înființeze un sindicat ori, după caz, să adere la unul deja existent. Simetric, nici o persoană, având calitatea de funcționar public, nu va putea fi obligată, contrar voinței sale, să adere la o organizație sindicală. Nu este însă mai puțin adevărat nici faptul că, *în privința funcționarilor publici, libertatea sindicală nu este o libertate nelimitată*. Și aceasta cu atât mai mult cu cât normele preluate de către dreptul autohton, din dreptul internațional – și avem în vedere art. 11 paragraful 2 din C.E.D.O., precum și art. 8 paragraful 2 din Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale – permit statelor să instituie anumite *restricții în privința manierei în care acestea înțeleg să permită angajaților din administrația de stat, respectiv funcționarilor publici să-și exercite dreptul la asociere sindicală*. Inserăm, în acest context, ideea interpretărilor autonome pe care, prin jurisprudența sa, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, a atribuit-o unor noțiuni cheie ale dreptului administrativ, cum sunt „administrația publică” și, respectiv, „funcționar public”. În alte cuvinte, recurgând

la argumentele pe care instanța de contencios european umanitar le-a evocat atunci când a încercat să restrângă sfera de aplicare ale dispozițiilor art. 6 din C.E.D.O. în privința funcționarilor publici care, prin atribuții ori activitatea profesională desfășurată, au o strânsă legătură cu exercițiul suveranității statului ori privesc interese majore ale acestuia sau ale altor colectivități publice, apreciem că – în cazul aceleiași specii de funcționari – pot fi instituite limitări și în privința exercitării de către ei a dreptului de asociere sindicală. În susținerea acestei poziții, se impune a fi observat faptul că limitele pe care statele civilizate le pot impune, în privința funcționarilor publici, exercițiului dreptului de asociere au rolul de a prezerva valori importante pentru buna funcționare a sistemului instituțional al statului, între care un rol important este ocupat de necesitatea asigurării funcționării continue și imparțiale a serviciilor publice.

Din punctul nostru de vedere, valorile în considerarea cărora pot fi instituite de către legiuitor, constrângeri în privința manierei în care funcționarilor publici li se recunoaște efectivitatea exercițiului dreptului la asociere sindicală, pot fi cele pe care însăși textele mai-sus evocate le menționează: „securitatea națională”, „siguranța publică”, „apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor”, „protejarea sănătății sau a moralei” „protecția drepturilor și libertăților altora”. Atare valori, la care se adaugă și altele, sunt evocate și sub prevederile art. 53 alin. 1 din Legea noastră fundamentală, text potrivit căruia „exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns ... numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav”.

Formal, aceste restrângeri nu pot fi instituite decât prin lege. Această împrejurare decurge din prevederile art. 11 paragraful 2 din C.E.D.O., text potrivit căruia exercitarea drepturilor de natură sindicală „poate face obiectul [unor] restrângeri ... prevăzute de lege”. La rândul său, art. 53 alin. 1 din Constituția României stabilește faptul că „exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege ...”.

Substanțial, restrângerea este legitimă dacă îndeplinește – cumulativ – următoarele condiții⁸:

- a) este necesară într-o societate democratică;
- b) este proporțională cu situația care a determinat-o;
- c) este aplicată în mod nediscriminatoriu;
- d) nu aduce atingere existenței drepturilor sindicale.

Doctrina – observând rigorile dreptului pozitiv – a reținut mai multe constrângeri la care funcționarii publici pot fi supuși în privința exercitării de către ei a libertății sindicale. În primul rând, funcționarilor publici le este recunoscut dreptul de a înființa organizații sindicale ori de a adera numai la acelea care, prin scopul lor, urmăresc – în mod exclusiv – apărarea intereselor lor profesionale, în deplin acord cu concepția tradițională a sindicalismului, potrivit căreia atare structuri sunt principial apolitice⁹. În al doilea rând, în cazul înalților funcționari publici și, respectiv, a funcționarilor publici

de conducere, legea stabilește incompatibilități cu funcțiile de conducere în organizațiile sindicale, arătând că ocuparea unor astfel din funcții determină – după împlinirea unui termen de 15 zile de la data alegerii – suspendarea de drept a raportului de serviciu în care este parte respectivul funcționar, „pe o perioadă egală cu cea a mandatului în funcția de conducere din organizația sindicală”. În sfârșit, în al treilea rând, exercițiul libertății sindicale este limitat de necesitățile serviciului public¹⁰ pe care funcționarul public în cauză este chemat să-l asigure, în virtutea abilitării sale legale, decurgând din actul numirii în funcția publică. Altfel spus, exercițiul drepturilor sindicale nu poate aduce atingere bunei funcționări a serviciului public pe care funcționarul public sindicalizat îl deservește. În acest context, ne gândim, spre pildă, la faptul că – prin mijloace specifice acțiunii sindicale – funcționarul public sindicalizat nu are posibilitatea de a protesta împotriva unei modificări a raportului de serviciu în care este implicat în calitate de parte, modificare dispusă pentru satisfacerea unor necesități ale serviciului public. De asemenea, funcționarului public sindicalizat îi este oprit să utilizeze mișcarea sindicală în care este implicat ca un mijloc de presiune la adresa autorității publice în care își desfășoară activitatea profesională și care refuză să dispună avansarea ori promovarea sa, trimiterea la un curs de perfecționare profesională ori încheierea unui acord colectiv. Și aceasta întrucât cel interesat are la dispoziție acțiunea judiciară (în contenciosul administrativ), prin mijlocirea căreia poate obține obligarea autorității sau instituției publice la emiterea unui act administrativ sau la săvârșirea unei alte operațiuni administrative prin care să-i fie recunoscute drepturile ori interesele legitime pretins încălcate. Cu toate acestea, jurisprudența franceză de contencios administrativ a stabilit că o organizație sindicală aparținând funcționarilor publici se poate opune – recurgând în acest scop la instrumente specifice „luptei sindicale” – numirii într-o funcție publică a unei persoane cu ocolirea reglementărilor care disciplinează, în termeni imperativi, procedura ocupării unei anumite funcții publice¹¹. În această situație, legitimarea „reacției sindicale” este justificată de faptul că problema ocupării unei funcții publice este una de interes public, fiind o premisă a asigurării unui serviciu public profesionist (dispozițiile art. 1 alin. 2 din Statut sunt, credem, relevante în sensul celor anterior alegate).

În altă ordine de idei, se mai impune a fi reținut și faptul că un funcționar public sindicalizat (având calitatea de simplu membru al unui sindicat ori chiar ocupând o funcție de conducere într-o astfel de organizație) nu este și nici nu poate fi sustras îndatoririi de subordonare față de superiorul ierarhic¹². Mai mult decât atât, exercitarea drepturilor sindicale de către un funcționar public este o atitudine care trebuie să se concilieze cu respectul datorat de către respectivul funcționar, corpului profesional căruia îi aparține. Reglementările speciale prin care este așezat regimul juridic al unui funcționar public, au prioritate în aplicare în raport cu prevederile cu caracter general cuprinse în conținutul Legii cu nr. 188/1999, republicată. Astfel, potrivit art. 20 din Legea nr. 340/2004 privind prefectul și instituția prefectului¹³, „prefecții și subprefecții nu pot să înființeze organizații sindicale proprii”. Corelând conținutul acestui text de lege cu prevederile art. 30 alin. 1 din cuprinsul Legii cu

nr. 188/1999, republicată, apreciem că prefecților și, respectiv, subprefecților nu le poate fi negat dreptul de a adera la o organizație sindicală și nici chiar acela de a ocupa o funcție de conducere în cadrul unor astfel de organizații; ceea ce legea interzice în mod expres prefecților și, respectiv, subprefecților este doar de a înființa organizații sindicale proprii; această limitare a capacității lor juridice speciale trebuie interpretată strict, potrivit principiului *exceptiones est strictissime interpretatione*. În sfârșit, unui funcționar public sindicalizat continuă să-i incumbe o îndatorire de rezervă, văzută în termenii obligației (mai largi) de neutralitate. Altfel spus, după cum observa un redevabil profesor francez, funcționarilor publici angajați într-o mișcare (organizație) sindicală le poate fi pretinsă „mai puțină moderație” decât acelor care nu s-au sindicalizat, însă această concesie nu poate fi interpretată în sensul că astfel de funcționari – înscriși într-un sindicat – sunt liberați, *de plano*, de obligația de rezervă care, în mod obișnuit, le este pretinsă prin lege¹⁴. Derogările de la îndatorirea de rezervă trebuie tratate cu prudență și sunt acceptabile dacă și numai în măsura în care ele servesc apărării intereselor (strict) profesionale ale funcționarilor publici. În fond și la urma urmei, ca orice alt drept, și cel de natură sindicală trebuie exercitat potrivit scopului pentru care legea l-a consacrat. Orice abatere de la scopul definitiv al structurii sindicale din care face parte ori, după caz, al acțiunii sindicale întreprinse, prin încălcarea îndatoririi de rezervă ce-i incumbă, îl expune pe funcționarul public în cauză riscului de a fi expus unei sancțiuni disciplinare. Am putea imagina o astfel de ipoteză în cazul în care, prevalându-se de calitatea sa de membru ori chiar de lider al unei organizații sindicale, funcționarul public și-ar încălca obligația de rezervă impusă prin lege, promovând un oarecare interes politic (al său ori al unui terț). Situația ar fi aceeași și în cazul în care funcționarul public sindicalizat, la adresa căruia a fost dispusă o sancțiune disciplinară, ar protesta împotriva măsurii dispuse în privința sa, prin mijloace specifice „acțiunii sindicale” – eventual, cu concursul sindicatului din care face parte – în loc să recurgă la căile de atac (administrative ori, după caz, judiciare) pe care legea le pune la dispoziție oricărui funcționar public supus unei proceduri disciplinare ori sancționat disciplinar¹⁵.

Ca principiu al materiei analizate în acest loc, reținem faptul că un funcționar public nu poate fi sancționat disciplinar în considerarea faptului că a aderat la un sindicat ori desfășoară activități de natură sindicală¹⁶. Mai mult decât atât, dosarul profesional al unui funcționar public nu poate încorpora în conținutul său informații referitoare la apartenența celui în cauză la un sindicat ori date relative la „simpatiile” de natură sindicală pe care le nutrește respectivul funcționar public. Iar în ipoteza în care un funcționar public de conducere sau un înalt funcționar public exercită o funcție de conducere în cadrul unui sindicat, în cuprinsul dosarului profesional al respectivului funcționar, va figura doar actul administrativ unilateral prin care s-a luat act de suspendarea raportului de serviciu în care el figurează ca parte. Un astfel de act nu va putea fi însă însoțit de aprecieri ale activității sindicale legitime ale funcționarului public în cauză, aprecieri care să aparțină autorității sau instituției publice în cadrul căreia funcționarul public în cauză își desfășoară activitatea profesională.

Din momentul în care sunt deturnate scopurile unei organizații sau a unei mișcări sindicale în care sunt implicați funcționari publici, principial și fără nici o derogare, drepturile sindicale ale acestor categorii de angajați ai administrației, nu mai pot fi recunoscute. Caracterul apolitic al organizațiilor sindicale este un principiu unanim admis în statele cu democrație liberală, inclusiv în România. Astfel, potrivit art. 1 alin. 2 din Legea cu nr. 54/2003, „organizațiile sindicale sunt independente față de ... de partidele politice ...”. Dacă prin activitatea desfășurată, funcționarul public sindicalizat ilustrează, promovează ori apără idei de natură politică, sindicatul din care face parte și, în egală măsură, apartenența sa la respectivul sindicat dobândește caracter ilicit.

În strânsă legătură cu cele mai-sus arătate, se mai impune a fi reținut și faptul că *funcționarul public nu poate fi obligat să adere la un sindicat sau la un anumit sindicat, eventual la singurul organizat în cadrul autorității publice* în cadrele căreia el își desfășoară activitatea profesională ori *la cel la care au aderat majoritatea colegilor săi*. În această privință, instanța de contencios european a opinat în sensul că statele au obligația de a adopta măsuri legislative (sau de altă natură) care să asigure „respectarea efectivă a dreptului indivizilor la libertatea de a nu se înscrie într-un sindicat”¹⁷. Mai mult decât atât, funcționarul public nu poate fi supus așa-zisului „monopol sindical de angajare”, sistem pentru care este caracteristică existența unui „acord încheiat între unul sau mai multe sindicate și unul sau mai mulți angajatori, pentru ca salariații să aparțină exclusiv unui sindicat determinat”¹⁸. În sine, o atare situație este vătămătoare pentru cetățeanul-funcționar public, întrucât lui îi este astfel încălcată libertatea de conștiință (evocată de art. 9) și, respectiv, libertatea de exprimare (menționată de art. 10 din Convenție). Mai mult decât atât, constrângerea de a deveni membru al unui anumit sindicat suprimă însăși finalitatea art. 11 din Convenție, având în vedere faptul că libertatea sindicală nu implică numai dreptul pozitiv de a înființa o organizație sindicală sau, după caz, de a adera la una (de a te asocia), ci și dreptul negativ, de a rămâne în afara unei atare structuri¹⁹ (de a nu te asocia). În toate cazurile, va fi ilicită condiționarea pusă de către stat sau de o autoritate publică, persoanelor care își manifestă interesul pentru ocuparea unei funcții publice, în sensul de a nu le fi înregistrată candidatura decât numai dacă, în prealabil, ele și-au dat consimțământul de a fi încorporați într-o structură sindicală ca efect al numirii lor în funcția publică pentru care aspiră.

În mod excepțional, *de lege lata*, anumitor categorii de funcționari publici le este interzis, în tot sau în parte, exercițiul drepturilor sindicale. Astfel, potrivit art. 4 din Legea nr. 54/2003, „persoanele care dețin funcții de conducere, ..., conform legii, ... nu pot constitui organizații sindicale”. Pe de altă parte, art. 29 din Statut permite tuturor funcționarilor publici, fără nici o deosebire, inclusiv înalților funcționari publici și, respectiv, funcționarilor publici de conducere, aderarea la o organizație sindicală și chiar ocuparea unor funcții de conducere în cadrul unei astfel de organizații. Analiza corelată a prevederilor legale anterior menționate, ne determină să opinăm

În sensul că înalților funcționari publici (a căror poziții de conducere în structurile instituționalizate ale administrației publice sunt evidente și nu pot fi de nimeni contestate), precum și funcționarilor publici de conducere *nu le este permisă înființarea unor noi sindicate*, însă *nu le poate fi interzisă aderarea la structuri sindicale deja înființate*. Procedând astfel, legiuitorul a urmărit să evite constituirea unor sindicate proprii înalților funcționari publici ori funcționarilor publici de conducere; motivația este una cât se poate de simplă și decurge din rolul profesional pe care acești funcționari îl joacă, în virtutea legii; astfel de funcționari sunt (și nici nu pot fi altceva decât) funcționari publici de decizie, pentru ale căror atribuții și responsabilități caracterizante sunt activitățile de conducere, coordonare, control și supraveghere. În aceste condiții, reprezintă evident un grav pericol pentru funcționarea administrației publice și, implicit, a statului însuși, ca astfel de funcționari să aibă posibilitatea de a organiza structuri sindicale proprii și de a recurge la mișcări de natură sindicală (ca, de pildă, o grevă), astfel încât să determine funcționarea necorespunzătoare ori paralizarea unor servicii publice esențiale pentru societate.

a).3. Dreptul funcționarilor publici de a împărtăși și practica o credință religioasă

Potrivit art. 29 alin. 1 din Constituția României, „Libertatea gândirii și a opiniilor, precum și *libertatea credințelor religioase* (subl.n.) nu pot fi îngrădite sub nicio formă. *Nimeni nu poate fi constrâns să adopte o opinie ori să adere la o credință religioasă* (subl.n.), contrare convingerilor sale. La rândul său, alin. 2 al aceluiași text adaugă următoarele: „Libertatea conștiinței este garantată; ea trebuie să se manifeste în spirit de toleranță și de respect reciproc”. În același sens, se impun a fi citate și prevederile art. 9 din C.E.D.O., text potrivit căruia „*orice persoană are dreptul la libertatea de gândire, de conștiință și de religie*; acest drept include libertatea de a-și schimba religia sau convingerea, precum și libertatea de a-și manifesta religia sau convingerea în mod individual sau în colectiv, în public sau în particular, *prin cult, învățământ, practici și îndeplinirea ritualilor*.”

Libertatea de a-și manifesta religia sau convingerile nu poate face obiectul altor restrângeri decât acelea care, prevăzute de lege, constituie măsuri necesare într-o societate democratică, pentru siguranța publică, protecția ordinii, a sănătății sau a moralei publice ori pentru protejarea drepturilor și libertăților celorlalți (subl.n.)”.

În virtutea textelor mai-sus evocate, din punctul nostru de vedere, se impune ca oricărui funcționar public să-i fie recunoscut dreptul fundamental de a adera la un cult religios, iar o atare adeziune materializează, în fapt, libertatea respectivului funcționar public de a-și însuși o anumită opinie religioasă. Pe de altă parte, același funcționar public se bucură și de dreptul de a nu adera la nicio organizație de tip religios și, pe cale de consecință, de a nu îmbrățișa vreo opinie religioasă. În contextul ce caracterizează analiza de față, prin opinie religioasă vom înțelege cult religios.

Nu este însă mai puțin adevărat nici faptul că exercitarea de către funcționarul public a dreptului de a adera la un oarecare cult religios, respectiv, de a-și manifesta apartenența la un astfel de cult, sunt aspecte distincte ale unei unice probleme – aceea a libertății religioase, de care trebuie să se bucure și un funcționar public – aspecte care urmează a fi analizate în strânsă conexiune cu *laicitatea statului* și cu *obligația funcționarului public de a se înfățișa înaintea beneficiarilor serviciului public pe care îl deservește, ca un exponent neutru al administrației publice, în care administrații să nu vadă nicio particularitate de natură religioasă*.

În raporturile cu cei administrați (cu beneficiarii ori uzuarii serviciului public pe care îl deservește), funcționarului public nu îi poate fi permisă afișarea într-o manieră ostentativă a convingerilor sale religioase, lucru care se poate întâmpla, de exemplu, prin intermediul unor elemente de vestimentație, pe care un oarecare funcționar public înțelege să le poarte, prin atitudinea sa față de cei pe care îi deservește ori prin cuvintele rostite către acesta cu ocazia îndeplinirii atribuțiilor sale de serviciu. Pe scurt, funcționarul public – chiar aderent la un cult religios – trebuie să se manifeste în raporturile cu terții (superiori ori inferiori ierarhici, colegi de serviciu, administrați) ca o persoană neutră din punct de vedere religios.

Observăm – în cadrul analizei pe care o întreprindem în acest loc – și faptul că *laicitatea statului român* nu este în mod expres enunțată în cuprinsul Constituției noastre. Cu toate acestea, punctul nostru de vedere este că mai multe prevederi din cuprinsul Legii fundamentale a României ne îndreptătesc să apreciem că astăzi, mai mult decât oricând altădată, acest caracter laic al statului se impune a fi recunoscut, iar secularitatea sistemului instituțional al puterii publice se cere a fi văzută în forma unui principiu fundamental de organizare și funcționare a acestui sistem, atât în privința raporturilor dintre elementele care îl compun (autorități și instituții publice), cât și în relațiile cu cei guvernați (persoane fizice ori persoane juridice de tip privat).

Astfel, potrivit art. 1 alin. 3 din Constituția României, România este un stat „în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, ... reprezintă valori supreme ... și sunt garantate”. Art. 4 alin. 1 din aceeași Constituție stabilește faptul că „Statul are ca fundament unitatea poporului român și solidaritatea cetățenilor săi”. Alin. 2 al aceluiași text precizează: „România este patria comună și indivizibilă a tuturor cetățenilor săi, *fără deosebire ... de religie* (subl.n.) ...”. La rândul său, art. 7 din același act normativ arată că statul român „sprijină întărirea legăturilor cu românii din afara frontierelor țării și acționează pentru *păstrarea, dezvoltarea și exprimarea identității lor ... religioase* (subl.n.), cu respectarea legislației statului ai cărui cetățeni sunt”. Art. 16 alin. 1 din Legea noastră fundamentală stabilește faptul că „cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări”. Potrivit art. 29 alin. 1 din Constituție, „libertatea gândirii și a opiniilor, precum și *libertatea credințelor religioase* (subl.n.) nu pot fi îngrădite sub nicio formă. *Nimeni nu poate fi constrâns să adopte o opinie ori să adere la o credință religioasă* (subl.n.), contrare convingerilor sale”.

Alin. 3 din cuprinsul aceluiași text adaugă: „Culte religioase sunt libere și se organizează potrivit statutelor proprii, în condițiile legii”. La rândul său, alin. 5 precizează: „Culte religioase sunt autonome față de stat și se bucură de sprijinul acestuia, inclusiv prin înlesnirea asistenței religioase în armată, în spitale, în penitenciare, în azile și în orfelinate”. În sfârșit, conform alin. 6 al aceluiași art. 29 „părinții sau tutorii au dreptul de a asigura, potrivit propriilor convingeri, educația copiilor minori a căror răspundere le revine”.

Principiul laicității statului cunoaște o aplicare diferențiată, după cum el vizează atitudinea unui funcționar public, aflat în timpul exercitării atribuțiilor sale de serviciu sau, după caz, un beneficiar oarecare al serviciului public. În privința celui dintâi, incidența principiului laicității statului are un caracter strict și îl împiedică pe oricare funcționar public ca în locul în care își exercită atribuțiile, respectiv în toate ocaziile în care se înfățișează terților prevalându-se de calitatea sa de funcționar public, să își manifeste (prin cuvânt, gest ori atitudine) credințele sale religioase²⁰. Instanțele judecătorești de contencios administrativ din Franța, încurajate de doctrină, au apreciat că fapta funcționarului public care în mod intenționat, își dezvăluie credința religioasă beneficiarilor serviciului public pe care el îl deservește, prin cuvânt, atitudine, gesturi ori vestimentație, constituie abatere disciplinară, susceptibilă a fi sancționată inclusiv cu destituirea²¹. La rândul său, terțul uzuar al serviciului public care se consideră vătămat în drepturile ori interesele sale legitime printr-o atare faptă a unui funcționar public, poate solicita despăgubiri pentru prejudiciul suferit, *fără însă a avea posibilitatea de a se îndrepta și împotriva autorității ori instituției publice în cadrul căreia respectivul funcționar își desfășoară activitatea*²². În același sens, s-a pronunțat și Curtea Europeană a Drepturilor Omului prin Decizia *Mme Duhab c/a Elveția* din 15 februarie 2001²³. Concret, o astfel de problemă a fost pusă în fața Tribunalului Administrativ din Paris, cu privire la simbolul religios al „vălului islamic”. Această instanță a apreciat că, în sine, purtarea de către un funcționar public a „vălului islamic” este o conduită tolerabilă, pe care autoritatea publică angajatoare nu ar avea, în principiu, motive să o cenzureze. Însă atunci când respectivul funcționar public vine în contact cu o categorie specială de beneficiari ai serviciului public pe care el îl deservește (cum ar fi, spre pildă, copiii, a căror dezvoltare a personalității nu este încă desăvârșită), obligația de neutralitate religioasă se impune a fi onorată de către respectivul funcționar public cu mai multă rigoare²⁴ și cu o diligență sporită. De remarcat este însă și faptul că, în alte situații, funcționarul public este chiar încurajat să-și etaleze eventualele însemne ale cultului religios căruia îi aparține. Spre pildă, funcționarii publici aparținând administrației penitenciare din Franța, însărcinați cu supravegherea deținuților grupați după criteriul confesiunii religioase (așa-numita „supraveghere congregatistă”) sunt liberi să-și asume evidențele cultului religios la care au aderat, sub condiția ca respectivul cult să fie cel al deținuților pe care îi supraveghează. Această aparentă concesie de la principiul laicității statului,

este permisă tocmai pentru că ea permite construirea unei relații de încredere între deținuți și cei chemați să îi supravegheze²⁵.

Cu altă ocazie – prin *Decizia Kiratoğlu c/a Turcia*²⁶ – Curtea Europeană a Drepturilor Omului a apreciat „că revocarea reclamantului din cadrul armatei pe motiv că este suspectat de a face parte dintr-o grupare fundamentalistă, fapt ce îl face inapt să poarte uniforma militară, nu constituie o ingerință în libertatea sa religioasă (subl.n.)”²⁷. Și aceasta întrucât „o astfel de măsură”²⁸ este „necesară bunei funcționări a armatei”²⁹, care se constituie într-un corp neutru din punct de vedere politic ori religios și care este organizat în exclusivitate pentru a satisface nevoile de apărare și securitate națională ale unei țări. Legat de decizia citată, rigoarea ne obligă să fim circumspecți în legătură cu motivațiile Curții. Și aceasta cu atât mai mult cu cât decizia evocată în acest loc a fost pronunțată în favoarea Turciei, o țară pentru care caracterul laic al statului este o problemă cheie în viața sa politică internă, iar armata este instituția căreia, prin Constituție, i s-a încredințat protejarea acestui caracter laic.

Încercând o sistematizare a celor mai-sus menționate, reținem faptul că, în principiu, opiniile de natură politică, sindicală ori religioasă ale unei persoane (opinii decurgând inclusiv din aderarea respectivei persoane la un partid politic, la o structură echipolentă sau la o altă organizație al cărui obiect de activitate este religios, cultural ori științific), nu pot constitui, în sine, piedici pentru a accede la o funcție publică³⁰ și nu îndreptățesc autoritățile ori instituțiile publice să supună persoana în cauză unui regim discriminant în raport cu alte persoane ori vătămător pentru drepturile sau interesele sale legitime, legate sau nu de ocuparea ori exercitarea unei funcții publice.

Așa cum s-a observat în literatura juridică franceză, exercitarea libertății de exprimare se impune a fi temperată cu așa-numita *obligație de subordonare* (mult mai consistentă în cazul funcționarilor publici în uniformă), cu *obligația de rezervă* și cu *obligația de discreție profesională*³¹.

Nu este deloc lipsit de semnificație faptul că, în doctrina franceză, exercitarea dreptului la opinie a fost analizată în strânsă conexiune cu *dreptul la asociere*, făcându-se distincție între situația funcționarului public aflat în afara serviciului, pe de-o parte, și funcționarul public implicat în serviciu, pe de altă parte. Pentru cel dintâi, în virtutea dreptului la opinie (aproape confundat cu dreptul la asociere și, oricum, circumscris libertății de expresie) funcționarul public poate adera (inclusiv prin dobândirea calității de membru) la un partid politic sau la orice altă grupare cu caracter confesional, sindical ori de altă natură³². Însă nici chiar în afara programului său de lucru (oricum, în afara serviciului), funcționarului public nu îi poate fi recunoscută o deplină libertate în exercitarea dreptului său fundamental la opinie, căci acest funcționar – care, în ochii tuturor, apare ca exponent al unei anumite autorități publice – are o obligație continuă (nesusceptibilă de întreruperi) de rezervă. În virtutea acestei obligații de rezervă, funcționarul public trebuie să evite excesele și violența în cuvinte, scrieri sau comportamente, chiar și în afara serviciului³³. Altfel

spus, indiferent de eșalonul instituțional în care a fost instalat ori de domeniul sectorial în care își exercită atribuțiile, funcționarului public îi incumbă o „îndatorire de măsură și moderație”³⁴ în comportament și atitudine, chiar și atunci când el nu se găsește în exercițiul efectiv al atribuțiilor sale de serviciu.

b) Libertatea de conștiință a funcționarilor publici

În principiu, orice persoană, inclusiv cea investită într-o funcție publică, se bucură de exercițiul libertății de conștiință. Potrivit art. 29 alin. 2 din Constituție, „libertatea conștiinței este garantată; ea trebuie să se manifeste în spirit de toleranță și de respect reciproc”.

Textul constituțional mai-sus citat este perfect aplicabil și funcționarului public, iar de la regula de principiu stabilită prin acest text nu credem că pot fi instituite derogări. Și aceasta întrucât chestiunile legate de ceea ce gândește un funcționar public rămân cantonate în mintea respectivei persoane, în forul său interior, astfel că ele nu pot pune în discuție, în nici un fel, neutralitatea politică, religioasă ori filosofică a celui în cauză. Numai ca urmare a exteriorizării gândurilor ori ideilor pe care le nutrește sau, după caz, le împărtășește, conștiința respectivului funcționar public devine ori poate deveni cunoscută de către terții cu care el vine în contact. Aceasta este și motivul pentru care se impune a fi făcută o clară distincție între libertatea conștiinței unui funcționar public, pe de-o parte, și dreptul acestuia de a-și exterioriza convingerile de natură politică, religioasă, filosofică ori de altă natură, cu ocazia îndeplinirii obligațiilor sale profesionale, pe de altă parte.

După cum observa un strălucit profesor, respectul pe care autoritatea publică îl datorează convingerilor nutrite de către o persoană (fie ea funcționar public sau cetățean oarecare) are rolul de a-i garanta acesteia „o perfectă independență spirituală”³⁵. Libertatea conștiinței privește în exclusivitate „domeniul convingerilor personale”³⁶ care, în lipsa unei manifestări de voință exteriorizate, nu au cum să ajungă la cunoștința terților (autorități publice ori alte persoane fizice). Or, pentru acest motiv, legea nu are nicio posibilitate de a controla și, cu atât mai puțin, de a sancționa, într-un fel sau altul, astfel de convingeri. În acest context, pe cale jurisprudențială, s-a stabilit de către instanța de contencios european faptul că libertatea conștiinței are drept corespondent „o obligație de neutralitate”³⁷ care incumbă autorității publice, în virtutea căreia acesteia îi este oprită orice apreciere ori, după caz, evaluare a legitimității convingerilor neexteriorizate, de natură religioasă³⁸, aparținând unei persoane ce are sau nu calitatea de funcționar public. Numai după ce intimele convingeri ale respectivei persoane sunt exteriorizate, statul – prin autoritățile sale competente – poate interveni, la nevoie sancționator, în măsura în care ideile de natură religioasă vehiculate de către o persoană, având sau nu calitatea de funcționar public, sunt contrare unor obligații pe care dreptul pozitiv le-a prestabilit. În acest sens, relevante rămân dispozițiile alin. 2 al art. 9 din Convenția europeană a drepturilor omului,

text potrivit căruia libertatea persoanei „de a-și manifesta ... convingerile nu poate face obiectul altor restrângeri decât acelea care, prevăzute de lege, constituie măsuri necesare într-o societate democratică, pentru siguranța publică, protecția ordinii, a sănătății sau a moralei publice ori pentru protejarea drepturilor și libertăților altora”.

În strânsă legătură cu această delicată problemă a libertății conștiinței, doctrina franceză a observat faptul că, în sine, exercițiul acestei libertăți nu trebuie să prejudicieze în nici un fel bunul mers al serviciului public în ale cărui cadre instituționalizate funcționarul public în cauză își desfășoară activitatea profesională³⁹. Indiferent de ideile (de natură politică, religioasă, morală ori filosofică) pe care funcționarul public le nutrește ori pe care le împărtășește, el are obligația de a-i deservi pe toți uzuarii serviciului public deservit, în mod egal, fără discriminări și fără părtinire.

Formal, convingerile unei persoane având calitatea de funcționar public rămâne (sau ar trebui să rămână) fără nici o relevanță în privința raporturilor acesteia cu guvernământul (respectiv, cu decidentul politic). Cu toate acestea, doctrina franceză a observat că în cazul persoanelor care ocupă funcții publice care se găsesc „la discreția guvernului”⁴⁰, acest principiu al libertății convingerilor de natură politică ale funcționarilor publici suferă atenuări de necontestat. În cazul unor astfel de persoane, guvernul manifestă interes (în note mai mult sau mai puțin evidente) pentru fidelitatea lor politică⁴¹ și (cu concursul legiuitorului) și-a creat instrumente pentru a se asigura de această fidelitate. Deși nu o spune în mod expres, similar legii franceze, legea română construiește o situație cel puțin comparabilă (dacă nu chiar similară). Astfel, potrivit art. 93 alin. 1 din Statut, „înălții funcționari publici sunt supuși mobilității în funcție și prezintă disponibilitate la numirile în funcțiile publice prevăzute la art. 12⁴², cu respectarea prevederilor art. 16 alin. (3)⁴³”. La rândul său, alin. 2 al aceluiași text adaugă ritos: „Refuzul neîntemeiat al numirilor prevăzute la alin. (1) atrage eliberarea din funcția publică”. Analiza acestor prevederi legale ne relevă o situație foarte clară din punctul nostru de vedere: în cazul înălților funcționari publici, stabilitatea lor în funcție a fost – pe cale legislativă – consistent anemiata. „Mobilitatea în funcția ocupată” și „disponibilitatea la numirea în alte înalte funcții publice” sunt două caracterizante ale regimului juridic căruia îi sunt supuși înălții funcționari publici. Acestea au rolul – relativ ușor de sesizat în cazul unei atente analize – de a deschide o importantă breșă în privința caracterului principal apolitic al funcțiilor publice. Evident că ori de câte ori guvernul este interesat de numirea în înalte funcții publice, a unor persoane pe a căror fidelitate politică poate conta, el se va prevala de caracterizanta „mobilității” și, respectiv, de cea a „disponibilității”, pentru a-i investi în astfel de funcții pe cei doriți. Or, procedând astfel, guvernul – autoritate publică eminentemente politică – va avea în vedere (dintr-un reflex pe care realitatea ne împiedică să-l ignorăm) și convingerile de natură politică pe care cel ce urmează a fi numit, le nutrește ori față de care are simpatii. Prin urmare, *astfel de convingeri devin importante în relația dintre autoritatea publică de numire și cel care exercită o înaltă funcție publică*. Din punctul nostru

de vedere, maniera în care Statutul reglementează situația particulară a înalților funcționari publici nu este deloc potrivnică rigorii constituționale. Și aceasta întrucât nici stabilitatea în funcție și nici caracterul principial apolitic al funcțiilor publice nu sunt reguli instituite prin prevederi ale legii noastre fundamentale. Nu vom întâlni nici o prevedere constituțională în vigoare, prin care să fie instituită stabilitatea funcționarilor publici ori deplinul lor apolitism, așa cum o face în cazul magistraților (judecători sau procurori). În aceste condiții, legiuitorului ordinar îi rămâne deschisă posibilitatea de a institui, înlătura, consolida sau aneția stabilitatea funcționarilor publici, potrivit propriilor sale convingeri. Împrejurarea că înalților funcționari publici le este interzisă asocierea în partide politice⁴⁴ nu schimbă datele problemei. Mai mult decât atât, nici chiar art. 40 alin. 3 din Legea fundamentală a României nu se constituie într-un argument în favoarea ideii că apolitismul corpului funcționăresc ar fi un principiu de rang constituțional. Astfel, dispoziția mai-înainte evocată stabilește faptul că „nu pot face parte din partide politice ... categorii de funcționari publici stabilite prin lege organică”. Prin maniera în care este redactată, o atare normă este una de abilitare a legiuitorului ordinar de a stabili căror categorii de funcționari publici le interzice asocierea în partide politice. Singura condiționare pusă acestui legiuitor ține de instrumentul legislativ la care el poate recurge – legea organică.

c) Dreptul funcționarilor publici la exteriorizarea opiniilor lor

O ultimă problemă pe care o ridică dreptul la opinie al funcționarului public este aceea legată de exteriorizarea opiniilor pe care acesta le împărtășește.

După cum observa un remarcabil profesor, prin exteriorizarea opiniilor vom înțelege posibilitatea persoanei de a-și „manifesta propriile convingeri, individual sau colectiv, public sau într-un cadru privat”⁴⁵. Prin urmare, ceea ce suntem obligați a analiza în acest loc este libertatea de expresie a funcționarului public, o libertate care îmbracă forme dintre cele mai variate și ridică probleme dintre cele mai complexe.

Această libertate de expresie – care, *de plano*, nu poate fi negată unei persoane, doar pentru că aceasta a fost însărcinată cu exercițiul unei funcții publice – nu poate lipsi de efectivitate *îndatorirea de subordonare*, care incumbă oricărui funcționar public, încadrat într-o structură ierarhizată și nici nu poate stânjeni *buna funcționare a unui serviciu public*⁴⁶. Astfel stând lucrurile, este firesc ca exercițiul libertății de expresie al unui funcționar public să fie în mod adecvat temperat⁴⁷, pentru a nu deveni a sursă de conflict în spațiul destinat muncii specifice pe care este dator să o presteze, în virtutea poziției sale profesionale, un funcționar public. Acest exercițiu devine abuziv din momentul în care, prin modul în care se realizează, el devine dăunător pentru imaginea autorității publice al cărui angajat este funcționarul public în cauză, pentru bunul mers al serviciului public ori pentru terții uzuari ai acestui serviciu.

Astfel, ne apare ca necesară în contextul analizei de față, observarea împrejurării că, în privința unui funcționar public, exercițiul libertății de expresie este limitat de îndatorirea ce incumbă aceluiași funcționar, *de a păstra secretul profesional și discreția*⁴⁸ în privința datelor cu care intră în contact, în virtutea atribuțiilor pe care este chemat să le exercite.

În strânsă legătură cu dreptul la opinie, se impune a fi analizată în acest loc și așa-numita obligație ce incumbă oricărui funcționar public de a se manifesta demn, atât (și mai ales) cu ocazia exercitării atribuțiilor sale de serviciu, cât și în viața de zi cu zi⁴⁹. În fond și la urma urmei, această obligație *de demnitate* are rolul de a proteja imaginea autorității ori instituției publice în care respectivul funcționar public își desfășoară activitatea. Jurisprudența instanțelor de contencios administrativ din Franța a reținut o paletă largă și variată de fapte, atitudini ori manifestări pe care le-a catalogat ca fiind contrare obligației de demnitate de care este ținut orice funcționar public, respectiv le-a încadrat în sfera *faptelor* a căror săvârșire compromite exercițiul rezonabil și firesc al dreptului la opinie ori (în sens mai larg) a libertății de exprimare de care această specie de angajat se bucură. Astfel, au fost socotite drept încălcări ale obligației de demnitate, prezentarea la locul de muncă într-o ținută vestimentară neglijentă ori ras în cap și purtând doar o coamă de-a lungul scalpului. Tot astfel, unui director al unei instituții publice de învățământ preuniversitar i s-a reproșat (în termenii specifice procedurii disciplinare) faptul de a se prezenta la locul de muncă în pantaloni scurți (de tip bermude)⁵⁰.

În timpul serviciului, libertatea de expresie a funcționarului public (cuprinzând dreptul său la opinie și, totodată, dreptul la asociere) este și mai puternic limitată de o *îndatorire strictă de neutralitate* și de *loialitatea datorată instituției*⁵¹ în numele căreia își exercită atribuțiile. Plecând de la o atare premisă, literatura juridică spaniolă a supus analizei două posibile conduite ale unui funcționar public, apte să pună în discuție limitele exercițiului libertății de exprimare în cazul unui funcționar public, și anume⁵²:

- *critica public exteriorizată a superiorului ierarhic ori a unei decizii a acestuia;*
și

- *critica partizană, făcută la adresa conducerii politice a statului.*

Ca regulă, critica superiorului ierarhic ori a deciziei acestuia, chiar public exprimată, inclusiv în presa scrisă ori în cea audio-vizuală, este în principiu legitimă. Pe cale pretoriană, s-a stabilit însă că aceeași critică public exteriorizată devine ilicită atunci când ea se realizează, după caz: a) pe calea unor insulte la adresa superiorului ierarhic criticat; b) prin mijloace apte să submineze autoritatea superiorului ierarhic (în fața angajaților aflați în subordinea sa) ori să periclitizeze buna funcționare a unui serviciu public⁵³. Caracterul eventual abuziv al mijloacelor la care recurge funcționarul public în exercitarea acestui „drept al său de a-și critica superiorul ierarhic ori decizia acestuia”⁵⁴ urmează a fi apreciat *in concreto*, respectiv de la caz la caz. Nu poate fi stabilit un tipar ori un șablon abstract, cu ajutorul căruia să poată fi în mod facil stabilit, în fiecare caz în parte, dacă și în ce măsură, prin critica

publică a superiorului său ierarhic, un funcționar public a abuzat de libertatea de exprimare pe care legea i-o recunoaște și lui, la fel ca oricărui alt cetățean. Astfel stând lucrurile, la nevoie, judecătorul investit cu o contestație formulată împotriva unui act de sancționare disciplinară a unui funcționar public acuzat de o încălcare a limitelor libertății de exprimare, decurgând din maniera în care a formulat în mod public critici la adresa superiorului său ierarhic ori a deciziei acestuia, va trebui cu maximă diligență și temeinică pricepere să stabilească – în baza *principiului proporționalității* – dacă și în ce măsură exercițiul libertății de expresie a depășit limitele rezonabile, dincolo de care demnitatea superiorului ierarhic criticat a fost lezată ori buna funcționare a serviciului public a fost periclitată⁵⁵. Altfel spus și în mai puține cuvinte, „îndatorirea de rezervă a unui funcționar nu îl poate împiedica să-și exprime convingerile: poate fi critic, însă trebuie să rămână loial”⁵⁶. În toate cazurile, conduitele de această factură vor fi analizate mult mai strict în cazul funcționarilor militari ori aparținând structurilor instituționalizate însărcinate cu menținerea ordinii, apărării ori securității naționale⁵⁷, din rațiuni pe care le apreciem ca fiind evidente pentru oricine.

În privința exteriorizării opiniilor de natură politică, incluzând aici și pe cele cu caracter critic, doctrina spaniolă – mai „blîndă” decât cea franceză – a stabilit că, în principiu, în această privință, nu pot fi impuse funcționarului alte limitări decât cele decurgând din îndatorirea sa de a-și păstra neutralitatea politică cu prilejul exercitării atribuțiilor sale de serviciu și în locul în care își desfășoară activitatea profesională. Însă și aceste limitări trebuie să fie rezonabile și proporționale, raportat la circumstanțele particulare în care se găsește funcționarul public în cauză⁵⁸ (înalt funcționar public, funcționar public cu statut special, funcționar public militar, etc). De altfel, această idee este împărtășită și de Curtea Europeană a Drepturilor Omului care a stabilit că, în privința loialității pe care funcționarii publici o datorează, în principiu, statului în al cărui sistem de autorități sunt încadrați, nu pot fi impuse *exigențe excesive*, căci acestea ar fi contrare art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁵⁹. Plecând de la o atare premisă, instanța de contencios european a insistat asupra faptului că exercitarea de către un funcționar public a libertății sale de exprimare, se impune a fi conciliată cu „interesul legitim al oricărui stat democratic” de a veghea ca cel în cauză să-și exercite atribuțiile și, respectiv, să-și asume responsabilitățile aferente funcției încredințate, astfel încât finalitățile evocate de alineatul 2 al articolului 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului să fie prezervate. Pe cale de consecință, un just echilibru se impune a fi identificat între aceste din urmă finalități și exercițiul libertății de exprimare al oricărui funcționar public.

Ideea (mai mult sau mai puțin) strictei neutralități politice a funcționarului public și, respectiv, cea a loialității pe care el e dator a o manifesta față de instituția publică angajatoare au preocupat și jurisprudența Consiliului de Stat al Franței care – printr-o decizie a sa – a stabilit că statul poate impune unui funcționar public să se abțină de la toate acele acte ale sale care ar face îndoielnică nu numai neutralitatea sa, dar și loialitatea sa față de instituții și chiar față de guvernământ⁶⁰. În spațiul doctrinar francez, loialitatea funcționarului public față de guvernământ a fost pusă

în termeni foarte stricți, mergându-se până la a se susține că, „în Franța, un funcționar public este în mod necesar un republican”⁶¹. În alți termeni, un funcționar francez este obligat – în virtutea poziției profesionale ocupate – să fie loial „valorile republicane”⁶², specifice guvernământului din această țară. O atare pretenție nu este deloc întâmplătoare: ea are o etiologie ce trebuie căutată în textul art. 3 din Declarația Franceză a Drepturilor Omului și Cetățeanului de la 26 august 1789, text potrivit căruia „Principiul oricărei suveranități rezidă în mod esențial în Națiune. Nici o colectivitate sau individ nu poate exercita o autoritate care emană în mod expres din ea”. Acest punct de vedere este împărtășit și de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului, instanță pentru care „un stat democratic are dreptul de a le cere funcționarilor săi loialitate cu privire la principiile constituționale pe care acesta se sprijină”⁶³. Este adevărat că instanța de contencios european a avut în vedere principii specifice democrației (liberale) și statului de drept, între care, după părerea noastră, nu își găsește locul și republicanismul. În sine, guvernământul republican nu este contrar statului de drept și nici potrivnic democrației liberale. Pur și simplu, un atare guvernământ este și rămâne o opțiune purtând asupra organizării unui stat.

Până la urmă, obligația de rezervă care incumbă oricărui funcționar public constituie ea însăși un instrument de limitare a libertății sale de exprimare. Dar – așa cum observa un remarcabil profesor – nu este deloc ușor să determini cu claritate „hotarele obligației de rezervă”⁶⁴ ce incumbă oricărui funcționar public și nici instrumentele care să permită obiectivarea acestor hotare. În aceste condiții, pentru a stabili limitele libertății de exprimare a unui funcționar public, judecătorii instanței de contencios european au recurs la criteriile dintre cele mai diferite sub aspectul încărcăturii lor juridice, între care au fost deseori evocate „tradițiile naționale în materie de loialitate a funcționarilor”⁶⁵ ori claritatea restricțiilor impuse fiecărui funcționar public în cauză „în raport cu scopul legitim urmărit”⁶⁶. Prin urmare, modul concret în care urmează ca obligația de rezervă „să tempereze” libera exprimare a funcționarului public depinde în mare măsură de circumstanțele particulare în care respectivul angajat al administrației publice își desfășoară activitatea profesională, dar și de natura funcției ocupate⁶⁷. Cu cât poziția ocupată de către un funcționar în cadrul sistemului instituțional al puterii publice este mai apropiată de sfera „decidentului politic”, cu atât obligația de rezervă pretinsă lui este și impusă în note mai acute. Invers, cu cât un funcționar public este mai apropiat, prin poziția profesională ocupată, de „nivelul tehnic” al administrației ori este chiar încadrat la acest nivel, cu atât rezerva de ordin politic ce i se pretinde este impusă lui în note mai temperate⁶⁸. Acest mod de a trata și, implicit, de a vedea lucrurile nu e deloc întâmplător. Prin poziția ocupată în sistemul instituțional, orice înalt funcționar public, respectiv orice funcționar public de conducere se înfățișează terților uzuari ai serviciilor publice ca un exponent al autorității sau instituției publice pe care ei o conduc; în percepția colectivă, ei nu sunt altceva decât proiecția personalizată a imaginii respectivei autorități sau instituții. Astfel stând lucrurile, orice gest cu încărcătură politică a unui atare funcționar va genera – la nivelul percepției publice – o imagine politizată a autorității ori a instituției publice conduse. Un gest politic similar, venit din partea unui funcționar public de execuție este mult mai puțin

percutant în „ochii opiniei publice”, pentru că el vine din partea unui oarecare lucrător al administrației, nu din partea unui conducător al ei. În privința modului de a reglementa îndatorirea de neutralitate politică a funcționarilor publici – mai aspru în cazul celor apropiați de „decidentul politic” și mai blând în privința celor integrați „nivelului tehnic” al administrației – legea română (dar și cea franceză) a stabilit reguli speciale, aplicabile diferențiat pentru cele trei categorii de agenți ai administrației publice în privința *participării lor la competiția politică, respectiv, la campania electorală și a înscrierii lor într-un partid politic.*

Din punctul nostru de vedere, grăitoare în contextul mai sus evocat este *Decizia Wille c/a Liechtenstein*, pronunțată de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului la data de 13 octombrie 1999⁶⁹. Astfel, în fapt, reclamantul a fost numit de către Prințul de Liechtenstein în funcția de președinte al Curții Administrative al acestei țări. În cursul mandatului său, cel numit a ținut un curs public cu privire la natura și funcțiile Curții Constituționale din Liechtenstein, ocazie cu care a afirmat că această din urmă curte este competentă să ia decizii în privința interpretării Constituției în cazul în care se ivește vreun dezacord între Prinț și Parlament. În urma celor afirmate de către reclamant, între acesta și Prinț a urmat o corespondență relativă la subiect, al cărei conținut a fost reprodus parțial în presă. Cu acest prilej, Prințul a afirmat că, date fiind cele declarate de către reclamant, în viitor nu îl va mai numi pe acesta în vreo funcție publică. Când mandatul reclamantului de președinte al Curții Administrative din Liechtenstein a expirat, Parlamentul l-a propus pentru același post, însă Prințul a refuzat numirea. În aceste circumstanțe factice, reclamantul s-a plâns Curții Europene a Drepturilor Omului, invocând încălcarea libertății sale de exprimare, determinată de declarația anterioară a Prințului că nu îl va mai numi în viitor într-o funcție publică.

În considerentele deciziei pronunțate, Curtea a observat că „funcționarii publici nu sunt în afara protecției conferite de Convenție”⁷⁰, deși accesul la ocuparea unei funcții publice nu face parte din sfera de valori care se bucură de protecția Convenției⁷¹. Pentru a stabili dacă și în ce măsură a existat, în privința reclamantului, o restricție a exercițiului libertății sale de exprimare, Curtea a examinat dacă afirmația Prințului potrivit căreia el nu îl va mai numi pe reclamant, în viitor, într-o funcție publică a constituit o „condiție, restricție sau pedeapsă”⁷² în sensul dat acestor noțiuni de art. 10 din Convenție ori dacă, prin respectiva afirmație, a fost restrâns dreptul reclamantului la ocuparea unei funcții publice. Analizând corespondența purtată între reclamant și Prinț, Curtea a observat că aceasta „conținea un reproș adus de Prinț reclamantului pentru opiniile pe care acesta din urmă le exprimase”⁷³. Acest reproș „a avut un efect descurajator asupra libertății de exprimare a reclamantului”⁷⁴, care a apreciat, în contextul dat, că este în interesul său (profesional) ca, în viitor, să se abțină de la a-și mai exprima opiniile (profesionale) în public. Sesiunea adresată de către reclamant Curții Europene a Drepturilor Omului a pus această instanță în situația „de a stabili dacă restricția a fost proporțională cu scopul legitim” instituit prin prevederile art. 10 paragraful 2 din C.E.D.O. Potrivit acestui text, exercitarea *libertăților de exprimare* „comportă îndatoriri și responsabilități” și „poate fi supusă

unor formalități, condiții, restrângeri sau sancțiuni prevăzute de lege, care constituie măsuri necesare într-o societate democratică, pentru securitatea națională, integritatea teritorială sau siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor, protecția sănătății sau a moralei, protecția reputației sau a drepturilor altora, pentru a împiedica divulgarea de informații confidențiale sau pentru a garanta autoritatea și imparțialitatea puterii judecătorești”. Având în vedere calitatea reclamantului – aceea de președinte a Curții Administrative din Liechtenstein – examinarea și, respectiv, interpretarea art. 10 paragraful 2 din Convenție urmează a fi făcută de către Curte într-o manieră strictă. Se reține astfel că ceea ce Prințul a reproșat reclamantului este faptul că acesta „a discutat probleme legate de dreptul constituțional, care aveau implicații politice”⁷⁵ și că tocmai datorită acestor implicații, reclamantul și-ar fi exercitat libertatea de exprimare într-o manieră care a compromis îndatorirea ce-i incumba de neutralitate politică. Instanța de contencios european a observat însă că și „alte autorități din Liechtenstein aveau opinii similare cu cele ale reclamantului”⁷⁶, iar opinia exprimată de acesta „nu reprezenta o poziție singulară și de nesuștinut”⁷⁷. Prin urmare, conchide Curtea, art. 10 din C.E.D.O a fost încălcat de către Prințul de Liechtenstein și, implicit, de către acest stat.

Concluzionând la cele mai-sus expuse, observăm faptul că, în principiu, opțiunea politică, religioasă sau de altă natură a unei persoane chemate să exercite o funcție publică, trebuie să rămână indiferentă pentru autoritatea ori instituția publică în structura căreia respectiva persoană a fost numită. Atare opinii nu pot fi de altfel menționate nici în dosarul profesional individual al funcționarului public⁷⁸. Doctrina franceză a observat că, în principiu, funcționarii publici se bucură de libertatea de a adera la orice opțiune politică, fără ca exercițiul acestei libertăți să le poată aduce – prin ea însăși – vreun prejudiciu rezultat din actul adeziunii⁷⁹. Această libertate este, în principiu, aceeași pentru toți cetățenii. Însă nu de puține ori, opțiunea religioasă a unei persoane având calitatea de funcționar public (propriu-zis sau asimilat) s-a constituit în pretext al autorității statale de a-l îndepărta pe cel în cauză din funcția deținută. În consecință, astfel de situații au ajuns în atenția Curții Europene a Drepturilor Omului care – prin deciziile sale – „a atenționat” statele părți la Convenția Europeană a Drepturilor Omului asupra manierei în care ar trebui „să trateze” această sensibilă problemă a dreptului la opinie a funcționarului public și, mai ales, a modului în care aceste state înțeleg să permită funcționarilor lor, exercițiul unui atare drept. Curtea a observat că – în principiu – libertatea de a-ți manifesta convingerile religioase acoperă și „dreptul de a încerca să îl convingi pe aproapele tău”⁸⁰, ceea ce echivalează cu a recunoaște legitimitatea prozelitismului. Numai că, din punctul nostru de vedere, *actele de prozelitism sunt oprite funcționarului public*, nu numai în timpul și cu ocazia exercitării atribuțiilor sale de serviciu, dar și în afara acestui timp ori atunci când funcționarul public deși nu se găsește implicat în activitatea sa profesională, se prevalează în raporturile cu terții cu care intră în contact, de calitatea sa de funcționar public. Nu trebuie omis, în contextul analizei de față, nici faptul că orice funcționar public devine, din momentul investirii sale,

exponent al autorității în a cărei structură de personal a fost numit și prezervă această calitate pe tot parcursul carierei sale, atât timp cât deține funcția publică în care a fost investit. În astfel de condiții, orice act de prozelitism săvârșit de un funcționar public riscă „să fie asociat” cu autoritatea sau instituția publică pentru care lucrează funcționarul public în cauză. Or, o atare „asociere” compromite neutralitatea funcționarului public și, prin „efectul de ricoșeu”, imparțialitatea serviciului public. Mai mult decât atât, o astfel de conduită riscă să compromită grav laicitatea statului, căci actul de prozelitism venit din partea unui „agent al unei autorități publice” este perceput de către uzuarul serviciului public asociat respectivei autorități ca fiind cel puțin tolerat (dacă nu chiar susținut) de respectiva autoritate. O atare stare a lucrurilor este de neprimut într-o societate democratică. S-a observat în doctrina de drept internațional public faptul că, potrivit Curții Europene a Drepturilor Omului, <<„într-o societate democratică, unde mai multe religii coexistă în sânul aceleiași populații”, limitarea dreptului indivizilor de a-și manifesta convingerile se poate dovedi necesară pentru „a concilia interesele diverselor grupuri și a asigura respectarea convingerilor fiecăruia”>>⁸¹. În cazul unui funcționar public, această limitare trebuie concepută în termeni stricți, căci mai ales în cazul unui astfel de persoane există riscul – extrem de ridicat – ca actul de prozelitism să îmbrace forma „unei hărțuiri sau a unui abuz de putere”⁸² la adresa celor care, într-un fel sau altul, fiind interesați de serviciul public pe care cel în cauză îl deservește, intră în contact cu respectivul funcționar public.

* Lect. univ. dr. la Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept și Științe Administrative; cristianclipa2000@yahoo.com

¹ În Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 365 din 29 mai 2007.

² Potrivit art. 1 alin. 2 din Statutul funcționarilor publici.

³ În același sens, a se vedea M. Piquemal, *Le fonctionnaire. Droits et garanties*, Éditions Berger-Levrault, Paris, 1973, p. 352.

⁴ În același sens, a se vedea A. de Laubadère, Y. Gaudement, *Traité de droit administratif. Tome 5. La fonction publique*, 11^e édition, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 149.

⁵ Adoptat de Adunarea Generală a Națiunilor Unite la 16 decembrie 1966 prin Rezoluția 2200 A (XXI) și deschis spre semnare la New York la 19 decembrie 1966. Pactul a fost ratificat de către România prin Decretul nr. 212 din 31 octombrie 1974.

⁶ A. de Laubadère, *op. cit.*, p. 156.

⁷ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 73 din 5 februarie 2003.

⁸ Avute în vedere de art. 53 alin. 2 din Constituție.

⁹ R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 2, 12^e édition, Montchrestien, E.J.A., 1999, p. 247.

¹⁰ R. Chapus, *op. cit.*, p. 247.

¹¹ Idem.

¹² Ibidem, p. 248.

¹³ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 658 din 21 iulie 2004. Legea a fost republicată, cu modificări și completări, în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 225 din 24 martie 2008.

¹⁴ În același sens, a se vedea R. Chapus, *op. cit.*, p. 239.

¹⁵ Idem.

¹⁶ A se vedea, în același sens, *Code de la fonction publique commonté*, 5^e édition, Dalloz, Paris, 2006, p. 74.

- ¹⁷ Hotărârea *Gustafsson contra Suedia*, 25 aprilie 1996, *apud* F. Sudre, *Drept european și internațional al drepturilor omului*, în traducere de R. Bercea (coord.), V.-I. Avram, M. Roibu, F.-N.-F. Stârc-Meclejan, A. Verdeș-Olteanu, Editura Polirom, București, 2006, p. 369.
- ¹⁸ J.-F. Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, în traducere de C. Constantin, E. Bodea, A. Popa, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 545.
- ¹⁹ În același sens, a se vedea J.-F. Renucci, *op. cit.*, p. 545.
- ²⁰ J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *op. cit.*, p. 342.
- ²¹ *Idem.*
- ²² *Idem.*
- ²³ Menționată în J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *op. cit.*, p. 342 (nota 7 de subsol).
- ²⁴ În același sens, a se vedea J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *op. cit.*, p. 343.
- ²⁵ *Idem.*
- ²⁶ Reprodusă în esență în R. Chiriță, *Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Culegere de hotărâri. 2002*, Editura C.H. Beck, București, 2007, p. 156.
- ²⁷ *Idem.*
- ²⁸ *Idem.*
- ²⁹ *Idem.*
- ³⁰ În același sens, a se vedea A. de Laubadère, Y. Gaudement, *Traité de droit administratif. Tome 5. La fonction publique*, 11^e édition, L.G.D.J., paris, 1998, p. 149.
- ³¹ J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *op. cit.*, pp. 355-356.
- ³² G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, 6^e édition revue, Dalloz, paris, 1999, p. 340.
- ³³ *Apud* G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *op. cit.*, p. 341.
- ³⁴ *Idem.*
- ³⁵ F. Sudre, *op. cit.*, p. 343.
- ³⁶ *Idem.*
- ³⁷ *Ibidem*, p. 344.
- ³⁸ În același sens, a se vedea F. Sudre, *op. cit.*, p. 344.
- ³⁹ În același sens, a se vedea A. Plantey, *La fonction publique. Traité général*, 2^e édition, Litec, Paris, 2001, p. 125.
- ⁴⁰ A. Plantey, *op. cit.*, p. 125.
- ⁴¹ *Idem.* Exemplul dat este cel al prefectilor și, respectiv, al subprefectilor.
- ⁴² Text potrivit căruia „categoria înalților funcționari publici cuprinde persoanele care sunt numite în una dintre următoarele funcții publice:
a) secretar general din ministere și alte organe de specialitate ale administrației publice centrale;
b) prefect;
c) secretar general adjunct din ministere și alte organe de specialitate ale administrației publice centrale;
d) subprefect;
e) inspector guvernamental”.
- ⁴³ Conform căruia „Pentru ocuparea funcțiilor publice prevăzute la art. 12 lit. a), b) și d) se pot stabili condiții specifice sau proceduri specifice, în condițiile legii”.
- ⁴⁴ Potrivit art. 44 alin. 2 din Statut.
- ⁴⁵ F. Sudre, *op. cit.*, p. 344.
- ⁴⁶ F. A. Castillo Blanco, T. Sala Franco, A. Palomar Olmeda, M. Sánchez Morón (director), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.^a edición, Editorial Lex Nova, 2008, p. 145.
- ⁴⁷ În același sens, a se vedea F. A. Castillo Blanco, T. Sala Franco, A. Palomar Olmeda, M. Sánchez Morón (director), *op. cit.*, p. 145.
- ⁴⁸ F. A. Castillo Blanco, T. Sala Franco, A. Palomar Olmeda, M. Sánchez Morón (director), *op. cit.*, p. 235.
- ⁴⁹ J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *op. cit.*, p. 347.
- ⁵⁰ *Idem.*
- ⁵¹ G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *op. cit.*, p. 341.
- ⁵² F. A. Castillo Blanco, T. Sala Franco, A. Palomar Olmeda, M. Sánchez Morón (director), *op. cit.*, p. 236.

- ⁵³ Pentru detalii, a se vedea F. A. Castillo Blanco, T. Sala Franco, A. Palomar Olmeda, M. Sánchez Morón (director), *op. cit.*, p. 236.
- ⁵⁴ F. A. Castillo Blanco, T. Sala Franco, A. Palomar Olmeda, M. Sánchez Morón (director), *op. cit.*, p. 236.
- ⁵⁵ Idem.
- ⁵⁶ J.-F. Renucci, *op. cit.*, p. 177.
- ⁵⁷ Pentru detalii în privința restricțiilor la care sunt supuși, și în materia exercitării libertății de expresie, funcționarii publici militari, a se vedea F. A. Castillo Blanco, T. Sala Franco, A. Palomar Olmeda, M. Sánchez Morón (director), *op. cit.*, p. 236.
- ⁵⁸ F. A. Castillo Blanco, T. Sala Franco, A. Palomar Olmeda, M. Sánchez Morón (director), *op. cit.*, p. 237.
- ⁵⁹ În același sens, a se vedea J.-F. Renucci, *op. cit.*, pp. 175-176.
- ⁶⁰ A se vedea, în acest sens, G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *op. cit.*, p. 341.
- ⁶¹ J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *op. cit.*, p. 328.
- ⁶² Idem.
- ⁶³ J.-F. Renucci, *op. cit.*, p. 177.
- ⁶⁴ Idem.
- ⁶⁵ Idem.
- ⁶⁶ Idem.
- ⁶⁷ În același sens, a se vedea A. Plantey, *op. cit.*, p. 87.
- ⁶⁸ Paradoxal, influența pe care o exercită „decidentul politic” asupra înalților funcționarilor publici ori, după caz, a funcționarilor publici de conducere este sensibil mai consistentă în comparație cu cea pe care o manifestă înspre funcționarii publici de execuție, al căror loc în sistemul instituțional al administrației este plasat la o mai mare distanță.
- ⁶⁹ Decizia este prezentată (în extras) în *Jurisprudența internațională în materia libertății de exprimare*, Volumul I, ediția a II-a, îngrijită de M. Macovei și D. Mihai, Editura Agenției de Monitorizare a Presei – Academia Cațavencu, pp. 68-70.
- ⁷⁰ Idem.
- ⁷¹ Idem.
- ⁷² Idem.
- ⁷³ Idem.
- ⁷⁴ Idem.
- ⁷⁵ Idem.
- ⁷⁶ Idem.
- ⁷⁷ Idem.
- ⁷⁸ G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *op. cit.*, p. 340.
- ⁷⁹ În același sens, a se vedea R. Chapus, *op. cit.*, pp. 232-233.
- ⁸⁰ F. Sudre, *op. cit.*, p. 345.
- ⁸¹ *Apud* F. Sudre, *op. cit.*, p. 345. Poziția este exprimată de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului în *Decizia Kokkinakis c/a Grecia*, în V. Berger, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Institutul Român pentru Drepturile Omului, Ediția a doua revăzută și adăugită, București, 1998, pp. 419-421.
- ⁸² F. Sudre, *op. cit.*, p. 345.

ARGUMENTE IN SPRIJINUL SOLUȚIEI DE PRINCIPIU ADOPTATĂ LA DATA DE 26 MAI 2008 DE CĂTRE JUDECĂTORII SECȚIEI DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL A ÎNALTEI CURȚII DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE CU PRIVIRE LA ÎNLĂTURAREA APLICĂRII DISPOZIȚIILOR ART. 4 ALIN. 1 DIN LEGEA CONTENCIOSULUI ADMINISTRATIV NR. 554/2004, ASTFEL CUM AU FOST MODIFICATE PRIN LEGEA NR. 262/2007 ȘI ALE DISPOZIȚIILOR ART. 2 ALIN. 2 TEZA FINALĂ DIN LEGEA NR. 262/2007, ÎN CAZUL ACTELOR ADMINISTRATIVE CU CARACTER INDIVIDUAL EMISE ANTERIOR INTRĂRII ÎN VIGOARE A LEGII NR. 554/2004

dr. Liviu GIURGIU*

***Rezumat.** Articolul tratează posibilitatea judecătorilor naționali de a înlătura aplicarea art. 4, alin. 1 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, precum și a art. 2, alin. 2 din Legea nr. 262/2007, care statuează posibilitatea atacării, pe calea excepției de nelegalitate, a actelor administrative individuale emise anterior intrării în vigoare a Legii nr. 554/2004.*

În opinia autorului, această posibilitate le este oferită judecătorilor naționali de către reglementările internaționale care, potrivit Constituției României, au prioritate față de legile interne. Astfel, reglementării actuale ale excepției de nelegalitate i se opun, pe de o parte, prevederile Convenției Europene a Drepturilor Omului cu privire la dreptul la un proces echitabil, precum și prevederile Cartei Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene referitoare la principiul securității juridice. În acest sens, se pot aduce argumente atât din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cât și din cea a Curții de la Luxemburg.

Résumé. Quelques arguments qui soutiennent la solution de principe adoptée le 26 mai 2008 par les juges de la Section de contentieux administratif et fiscal de la Haute Cour de Cassation et de Justice concernant l'enlèvement des dispositions de l'article 4 alinéa 1 de la Loi no. 544/2004 du contentieux administratif modifié par la Loi no. 262/2007, et des dispositions de l'article 2 alinéa 2 de la Loi no. 262/2007, dans le cas des actes administratifs individuels émis antérieurement à l'entrée en vigueur de la Loi no. 554/2004. L'auteur analyse la possibilité des juges nationaux d'écarter l'application de l'article 4 alinéa 1 de la Loi no. 554/2004 et de l'article 2 alinéa 2 de la Loi no. 262/2007, qui prévoient la possibilité de contester, par la voie de l'exception d'illégalité, des actes administratifs individuels émis avant l'entrée en vigueur de la Loi no. 554/2004.

À notre avis, cette possibilité est offerte au juges nationaux par les réglementations internationales qui, selon la Constitution de la Roumanie, ont priorité devant les lois internes. Ainsi, à la réglementation actuelle de l'exception d'illégalité s'opposent, d'une part les prévisions

de la Convention Européenne des Droits de l'Homme concernant le droit à un procès équitable et, d'autre part, les prévisions de la Carte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne concernant le principe de la sécurité juridique. En ce sens, on peut apporter des arguments tant de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, que de celle de la Cour de Luxembourg.

Mots clés : exception d'illégalité, jurisprudence, la Haute Cour de Cassation et de Justice, acte administratif individuel

Cuvinte cheie : excepție de nelegalitate, jurisprudență, Înalta Curte de Casație și Justiție, act administrativ individual

La fel ca și unii autori care și-au exprimat opiniile critice în legătură cu actuala reglementare legală a contenciosului administrativ în România, am considerat că regimul juridic al excepției de nelegalitate instituit se îndepărtează prea mult de concepția tradițională și prezintă o serie de dezavantaje, atât pentru subiecții de drept care vor recurge la utilizarea acestui mijloc de apărare, cât și pentru instanțele judecătorești de contencios administrativ implicate în aplicarea legii organice¹.

Înainte de modificările aduse art. 4 din Legea nr. 554/2004, prin Legea nr. 262/2007, practica judecătorească la nivelul instanței supreme, împărțită de curțile de apel, a fost unitară.

S-a stabilit astfel că sunt inadmisibile excepțiile de nelegalitate ridicate în privința actelor administrative unilaterale, cu caracter individual, emise anterior datei la care Legea nr. 554/2004 a intrat în vigoare, avându-se în vedere aceleași argumente care au fost prezentate în susținerea excepțiilor de neconstituționalitate, respinse de Curtea Constituțională prin deciziile nr. 425 și 426 din 10 aprilie 2008.

Potrivit dispozițiilor art. 4, alin. 1 din Legea nr. 554/2004, modificată prin Legea nr. 262/2007, legalitatea unui act administrativ unilateral poate fi cercetată oricând în cadrul unui proces, pe cale de excepție, din oficiu sau la cererea părții interesate, iar în conformitate cu prevederile art. 2, alin. 2 teza finală din Legea nr. 262/2007, excepția de nelegalitate poate fi invocată și pentru actele administrative unilaterale emise anterior intrării în vigoare a Legii nr. 554/2004, în forma sa inițială, cauzele de nelegalitate urmând a fi analizate prin raportare la dispozițiile legale în vigoare la momentul emiterii actului administrativ.

Cum deja s-a arătat, prin deciziile nr. 425 și nr. 426 din 10 aprilie 2008, Curtea Constituțională a stabilit că dispozițiile art. 4, alin. 1 din Legea nr. 554/2004, modificată, sunt constituționale în raport de mai multe texte de legi fundamentale după cum urmează:

- art. 1 alin. 5 care consacră obligativitatea respectării Constituției, a supremației sale și a legilor;

- art. 15 alin. 2 conform căruia legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile;

- art. 16 alin. 1 care prevede că cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări;
- art. 20 alin. 2 care consacră caracterul prioritar al reglementărilor internaționale în raport cu cele interne, în materia drepturilor fundamentale ale omului;
- art. 21 referitor la accesul liber la justiție al oricărei persoane pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime;
- art. 32 privind libertatea individuală și siguranța persoanei;
- art. 44 care consacră și garantează dreptul la proprietate privată.

Dar, în ceea ce privește interpretarea și aplicarea dispozițiilor cuprinse în art. 4 alin. 1 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările ulterioare, respectiv a celor conținute în art. 2 alin. 2 teza finală din Legea nr. 262/2007, care reprezintă temeiul de drept al invocării excepției de nelegalitate a actelor administrative unilaterale cu caracter individual, emise anterior intrării în vigoare a legii, magistrații instanței supreme au opinat, în majoritate, că revine judecătorului național rolul de a aprecia, pe de o parte, în sensul art. 20 alin. 2 al Constituției republicate asupra eventualei priorități a tratatelor referitoare la drepturile fundamentale ale omului la care România este parte (cum este cazul Convenției Europene a Drepturilor Omului), iar pe de altă parte, în sensul art. 148 alin. 2 din Constituție, care a consacrat caracterul prioritar al prevederilor tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și a celorlalte reglementări comunitare obligatorii față de dispozițiile contrare din legile interne².

În calitatea sa de prim judecător al Convenției Europene a Drepturilor Omului, judecătorul național are obligația de a "asigura efectul deplin al normelor acesteia (Convenției), asigurându-le preeminența față de orice altă prevedere contrară din legislația națională, fără să fie nevoie să aștepte abrogarea acestora de către legiuitor" (*mutatis mutandis*, *Vermeire c. Belgiei*, Hotărârea din 29 noiembrie 1991, seria A nr. 214-C, pg. 84, §26; cauza *Dumitru Popescu c. României*, nr. 2, cererea nr. 71525/01, în *M. Of.* nr. 830 din 5 decembrie 2007).

În legătură cu rolul ce revine judecătorului național, în calitate de prim judecător comunitar, Curtea de Justiție de la Luxemburg a statuat că este de competența instanței naționale să asigure pe deplin aplicarea dreptului comunitar, îndepărtând sau interpretând, în măsura necesară, un act normativ național precum legea generală privind dreptul administrativ, care i s-ar putea opune.

Instanța națională poate pune în aplicare principiile comunitare ale securității juridice și protecției încrederii legitime în aprecierea comportamentului atât a beneficiarilor fondurilor pierdute, cât și al autorităților administrative, cu condiția ca interesul Comunității să fie pe deplin luat în considerare (Hotărârea din 13 martie 2008 în cauzele conexe C-383/06 și C-385/06).

Iată de ce s-a apreciat că în exercițiul rolului de revine judecătorului național, prin raportare la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, la practica CEDO (blocul de convenționalitate), la reglementările comunitare actuale și la jurisprudența Curții de Justiție de la Luxemburg, este necesar ca judecătorii Înaltei Curți de Casație și

Justiție să înlăture aplicabilitatea acelor dispoziții din Legea contenciosului administrativ, modificată și completată ulterior, care permit cenzurarea fără limită în timp, pe calea incidentală a excepției de nelegalitate, a actelor administrative unilaterale, cu caracter individual, emise înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 554/2004, reținând că dispozițiile respective contravin unor principii convenționale și comunitare, a căror respectare asigură exercițiul real al drepturilor omului.

S-a mai considerat că dispozițiile art. 4, alin. 1 din Legea nr. 554/2004, astfel cum au fost modificate ulterior prin Legea nr. 262/2007 și cele cuprinse în art. 2 alin. 2 din Legea nr. 262/2007, în măsura în care permit controlul judiciar al legalității actelor administrative unilaterale cu caracter individual emise anterior intrării în vigoare a Legii nr. 554/2004, nesocotesc dreptul persoanei la un proces echitabil, consacrat în art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și în practica CEDO, precum și în art. 47 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, prin prisma atingerii aduse ”principiului securității juridice, care este implicit în totalitatea articolelor Convenției și care constituie unul dintre elementele fundamentale ale statului de drept” (CEDO, Hotărârea din 6 decembrie 2007, pronunțată în cauza *Beian c. României*, §39).

Or, sub aspectul posibilității de cenzurare a legalității unui act juridic, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut că posibilitatea de a anula fără limită în timp o hotărâre judecătorească irevocabilă reprezintă o încălcare a principiului securității juridice (CEDO, Hotărârea din 28 octombrie 1999 în cauza *Brumărescu c. României*, §62, în *M. Of.* nr. 414 din 31 august 2000), iar în opinia separată la această hotărâre s-a formulat o nuanțare în sensul că ”atunci când încălcarea acestui principiu (n.n. – al securității raporturilor juridice) se datorează posibilității de a anula, fără limită în timp, o hotărâre definitivă, obligatorie și executată... încălcarea trebuie considerată ca o înfrângere a dreptului la justiție garantat de art. 6 din Convenție”.

Constatăm că validitatea argumentelor invocate de CEDO în cauza menționată este susținută de similitudinea de efecte juridice care există între o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă și actul administrativ individual ce nu mai poate fi revocat de către autoritatea publică emitentă și definitivat prin neutilizarea mijloacelor prevăzute de legislația anterioară intrării în vigoare a Legii nr. 554/2004.

La rândul său, Curtea de Justiție de la Luxemburg a reținut, cu referire la posibilitatea de invocare a excepției de nelegalitate a actelor care emană de la instituții comunitare, că, atunci când partea îndreptățită să introducă o acțiune împotriva unui act depășește termenul limită pentru formularea acestei acțiuni, trebuie să accepte faptul că i se va opune caracterul definitiv al actului respectiv și nu va putea solicita în instanță controlul de legalitate al celui act, nici chiar pe calea incidentală a excepției de nelegalitate (Hotărârea din 27 septembrie 1983, *Universitat Hamburg*, C-216/82, punctul 5 și următoarele; Hotărârea din 9 martie 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, C-188/92, punctul 10 și următoarele; Hotărârea din 12 decembrie 1996, *Accrington Beef și alții*, C-241/95, punctul 14 și următoarele; Hotărârea din 30 ianuarie 1997,

Wilyo, C-178/95, punctul 15 și următoarele; Hotărârea din 11 noiembrie 1997, *Eurotunnel și alții*, C-408/1995, punctul 26 și următoarele; Hotărârea din 15 februarie 2001, *Nachi Europe*, C-239/99, punctul 28 și următoarele; Hotărârea din 20 septembrie 2001, *Banks*, C-390/98, punctul 109 și următoarele; Hotărârea din 23 februarie 2006, *Atzeni și alții*, C-346/03 și C-529/03, punctul 30 și următoarele).

Există, așadar, argumente puternice pe baza cărora să se aprecieze de către judecătorii Înaltei Curți de Casație și Justiție că normele analizate ale Legii nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, care permit repunerea în discuție, în mod repetat și fără limită în timp, a legalității oricărui act administrativ unilateral cu caracter individual, indiferent de data emiterii sale, încalcă principiile și drepturile fundamentale arătate. De asemenea, ele contravin practicii Curții Europene a Drepturilor Omului și a Curții de Justiție de la Luxemburg adoptată în situații juridice similare, cu atât mai mult cu cât în privința actelor administrative individuale admiterea excepției produce efecte identice, ca întindere și conținut, cu măsura anulării actului respectiv.

Consecvenți propriilor opinii exprimate în ședința Plenului judecătorilor secției de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție din 26 mai 2008, aceștia au pronunțat ulterior mai multe decizii prin care au respins excepțiile de nelegalitate invocate în cauzele cu care fuseseră sesizați.

Dintre acestea menționăm cu titlu exemplificativ deciziile nr. 2547 din 19 iunie 2007, nr. 2786 din 18 iulie 2007 și nr. 2885 din 16 septembrie 2008.

Considerăm însă că argumentele invocate în sprijinul primelor două hotărâri judecătorești, inclusiv acela că cererea formulată de autorul excepției de nelegalitate este lipsită de temei legal, iar excepția nefondată, justificau soluția de respingere a acesteia ca inadmisibilă, iar nu ca nefondată.

* Autorul este conferențiar universitar la Universitatea Româno-Americană București, gyurgyu_liviu@yahoo.com

¹ L. Giurgiu: "Considerații privind excepția de nelegalitate a actelor administrative în reglementarea instituită prin Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004" în *Curierul Judiciar*, nr. 2/2005

² G. V. Bârsan, nota intitulată "Posibile argumente în sprijinul soluției de principiu adoptată în ședința Plenului judecătorilor secției de contencios administrativ și fiscal din 26 mai 2008, cu privire la înlăturarea aplicării dispozițiilor art. 4 alin. 1 din Legea nr. 554/2004, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 262/2007", republicată.

În același sens a se vedea comentariul privind decizia nr. 2307 din 4 iunie 2008 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – secția de contencios administrativ și fiscal, elaborat de judecător G. V. Bârsan și magistrat asistent B. Georgescu în *Buletinul Casației*, nr. 3/2008, pg. 82-84

DISCUȚII ȘI PROPUNERI DE MODIFICARE A LEGISLAȚIEI ORGANICE DIN SFERA ADMINISTRAȚIEI PUBLICE LOCALE

dr. Iordan NICOLA *

Résumé. Discussions et propositions de modification de la législation organique concernant l'administration publique locale. 2008, une année électorale, a été riche en réglementations concernant ce domaine. Cet article propose une analyse de ces réglementations – fréquemment criticables, – mais aussi un arrêt sur la modalité de les inscrire dans le cadre général normatif. Ce dernier problème doit être pris en considération parce que les réglementations spéciales nombreuses en la matière, tout comme la technique législative déficitaire de notre législateur ont fait que quelques dispositions nouvelles soient contradictoires.

Une première question qui peut être remarquée est que plusieurs réglementations électorales ont été adoptés à l'aide des ordonnances d'urgence du gouvernement, procédé qui souleve un doute sur leur constitutionnalité, car c'est difficile d'imaginer comment pourrait prouver le Gouvernement l'urgence qui a imposé leur édicition.

S'impose aussi une analyse détaillée de la modalité de modification de la loi principale en matière d'administration publique locale – la Loi no. 215/2001 – surtout en ce qui concerne l'introduction de la procédure d'élection directe, par la population du département, du Président du Conseil Départemental.

Rezumat. Fiind un an electoral, 2008 a fost bogat în reglementări privind acest domeniu. Acest articol își propune să facă o analiză a acestor reglementări – adesea criticabile – dar și să se oprească asupra modului în care ele se înscriu în cadrul general normativ. Aceasta din urmă întrucât numărul mare al reglementărilor speciale adoptate în această materie, precum și tehnica legislativă deficitară a legiuitorului român au făcut ca unele dintre noile dispoziții să fie contradictorii.

O primă chestiune care poate fi observată este că multe dintre reglementările electorale au fost adoptate pe calea unor ordonanțe de urgență ale Guvernului, procedeu ce ridică semne de întrebare asupra constituționalității lor, fiind destul de greu de imaginat cum ar putea motiva Guvernul urgența ce a impus adoptarea lor.

Se impune, de asemenea, o analiză detaliată a modului în care principala lege din domeniul administrației publice locale, Legea nr. 215/2001, a fost modificată, mai ales prin introducerea procedurii de alegere directă, de către populația județului, a Președintelui Consiliului Județean.

Mots clés : administration publique locale, réglementations électorales, ordonnance d'urgence, loi de l'administration publique locale

Cuvinte cheie : administrația publică locală, reglementări electorale, ordonanță de urgență, legea administrației publice locale

Considerații generale

Fiind un an electoral, alegerea autorităților administrației publice locale desfășurându-se în luna iunie iar alegerile parlamentare urmând a se desfășura în 30 noiembrie a.c., anul 2008 a fost un an bogat în reglementări specifice acestui domeniu.

Din nefericire, toate reglementările au fost adoptate și au intrat în vigoare la limita termenelor prevăzute de Constituția României, republicată, și de alte acte normative.

Așa fiind, actele normative în speță conțin o serie de curențe și neconcordanțe, menite a da naștere la confuzie și practică administrativă neunitară. Mai grav însă este faptul că o serie de dispoziții din aceste reglementări sunt neconstituționale, netemeinice și/sau nelegale.

Studiul nostru își propune să releve câteva dintre aceste aspecte, cu propuneri de lege ferenda orientate spre eliminarea acestora.

I. Modificarea reglementărilor în domeniul alegerilor locale

În luna martie a.c., legislația în materia alegerilor locale, precum și cea care reglementa constituirea consiliilor locale și a consiliilor județene a suferit modificări esențiale, într-o dinamică și inconsecvență uluitoare, de nedorit, care însă, reflectă turbulența mediului politic românesc.

Concret, este vorba despre o suită de acte normative, publicate în Monitorul Oficial al României, partea I-a în perioada 7 martie-13 martie 2008, după cum urmează:

a) Ordonanța de Urgență nr. 20 din 27 februarie 2008 privind unele măsuri pentru organizarea și desfășurarea alegerilor pentru autoritățile administrației publice locale¹. Ordonanța menționată a modificat și completat mai multe acte normative și anume:

- Legea nr. 67/2004 pentru alegerea autorităților administrației publice locale, republicată în Monitorul Oficial al României, partea I-a, nr. 333 din 17 mai 2007;

- Legea partidelor politice nr. 14/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 25 din 17 ianuarie 2003;

- Legea administrației publice locale nr. 215/2001, republicată în Monitorul Oficial al României, partea I-a, nr. 123 din 20 februarie 2007.

b) Guvernul României a adoptat un număr de 4 hotărâri, astfel:

- H.G. nr. 264/2008 privind stabilirea datei de desfășurare a alegerilor pentru autoritățile administrației publice locale din anul 2008

- H.G. nr. 265/2008 privind aprobarea Programului calendaristic pentru realizarea activităților referitoare la organizarea și desfășurarea alegerilor pentru autoritățile administrației publice locale din anul 2008

- H.G. nr. 266/2008 privind cheltuielile necesare pentru pregătirea, organizarea și desfășurarea alegerilor pentru autoritățile administrației publice locale din anul 2008

- H.G. nr. 267/2008 privind numerotarea circumscripțiilor electorale județene și a municipiului București pentru alegerea autorităților administrației publice locale din anul 2008².

c) Legea nr. 35 din 13 martie 2008 pentru alegerea Camerei Deputaților și a Senatului și pentru modificarea și completarea Legii nr. 67/2004 pentru alegerea autorităților administrației publice locale, a Legii administrației publice locale nr. 215/2001 și a Legii nr. 393/2004 privind Statutul aleșilor locali³.

d) Ordonanța de urgență nr. 66/2008 pentru modificarea și completarea Legii administrației publice locale nr. 215/2001 și a Legii nr.334/2006 privind finanțarea partidelor politice și a campaniilor electorale, precum și pentru modificarea Legii nr.35/2008 pentru alegerea Camerei Deputaților și a Senatului și pentru modificare și completarea Legii nr.67/2004 pentru alegerea autorităților administrației publice locale, a Legii administrației publice locale nr.215/2001 și a Legii nr.393/2004 privind Statutul aleșilor locali⁴.

Din această prezentare, rezultă o primă constatare anume aceea că într-un termen foarte scurt, de 6 zile, circumscris perioadei 7-13 martie a.c. au avut loc modificări succesive dar inconsecvente, chiar contradictorii, ale reglementărilor în domeniul alegerilor locale și al constituirii autorităților deliberative ale administrației publice locale.

În al doilea rând, ne exprimăm nedumerirea cu privire la graba manifestată de Guvern în adoptarea O.U.G. nr. 20/2008 privind unele măsuri pentru organizarea și desfășurarea alegerilor pentru autoritățile administrației publice locale.

Mai mult chiar, în opinia noastră ordonanțele de urgență menționate îmbracă aspecte indubitabile de neconstituționalitate.

În motivarea susținerilor noastre, invocăm art. 115 alin.4 din Constituția României, republicată, potrivit căruia:

„(4) Guvernul poate adopta ordonanțe de urgență numai în situații extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată, având obligația de a motiva urgența în cuprinsul acestora”. „Situația extraordinară constă într-o stare de urgență în reglementarea unui aspect ce nu comportă în nici un fel amânarea”⁵.

Așa fiind, este cât se poate de evident că nu poate fi vorba despre o „situație extraordinară”, și-n consecință Guvernul avea obligația de a se abține de la emiterea O.U.G. nr.20/2008 și să aștepte finalizarea procedurii de legiferare a Parlamentului și publicarea legii în Monitorul Oficial al României, Partea I-a.

În concluzie, apreciem că O.U.G. nr. 20/2008 este neconstituțională, fiind adoptată cu încălcarea evidentă a dispozițiilor art. 115 alin. (4) din Constituția României, republicată.

II. Aspecte de noutate și succinte comentarii cu privire la modificările și completările aduse de O.U.G. nr. 20/2008 și respectiv Legea nr. 35/2008 și O.U.G. nr. 66/2008.

Subliniem de la început faptul că, demersul nostru nu și-a propus să realizeze o analiză exhaustivă a noutăților pe care le aduc cele două acte normative susmenționate și nici a aspectelor de incoerență, neconcordanță cu alte reglementări sau/și de neconstituționalitate.

Ne-am rezumat în studiul nostru asupra unor dispoziții care, în opinia noastră, sunt cele mai relevante, iar altele sunt de natură a genera o practică administrativă și o jurisprudență neunitară, fie datorită echivocului, fie datorită aspectelor de neconstituționalitate.

A. Cu privire la modificările și completările aduse Legii nr. 67/2004 pentru alegerea autorităților administrației publice locale.

1. a. O primă modificare, în opinia noastră de esență, o regăsim în art. 1 alin. 1 al legii, text care, în mod implicit definește scopul legii, în următoarea redactare:

„Prezenta lege reglementează regimul alegerilor pentru autoritățile administrației publice locale – consiliile locale, consiliile județene, primari și președinți ai consiliilor județene”.

Cu alte cuvinte, prin legea organică a alegerilor locale se consacră statutul de autoritate a administrației publice locale al președintelui consiliului județean. În opinia noastră, statutul de autoritate executivă a administrației publice locale era prefigurată, fără a fi explicit consacrat în art. 123 alin.4 din Constituția României, republicată, conform căruia: „Între prefecti, pe de o parte, consiliile locale și primari, precum și consiliile județene și președinții acestora, pe de altă parte, nu există raporturi de subordonare.”

b. În al doilea rând, alin.4 al art.1 din lege stabilește că președinții consiliilor județene se aleg pe circumscripții electorale, prin scrutin uninominal, procedeu utilizat și în alegerea primarilor. În mod corespunzător, aceste modificări sunt preluate în tot cuprinsul legii.

c. În al treilea rând, relevăm că deși primarii și președinții consiliilor județene se aleg prin scrutin uninominal, în mod paradoxal și inexplicabil numărul scrutinurilor și majoritatea voturilor cu care se aleg cele două autorități diferă;

Astfel:

• Conform art. 97 alin.2 din Legea nr. 67/2004: „Este declarat primar candidatul care a întrunit majoritatea voturilor valabil exprimate”. Dacă nici unul dintre candidați nu obține această majoritate, se organizează un al doilea tur de scrutin la care participă candidații clasați pe primele două locuri. La al doilea tur de scrutin, este declarat primar candidatul care obține cel mai mare număr de voturi valabil exprimate.

• Pentru alegerea președinților consiliilor județene, așa cum am arătat deja, legiuitorul a instituit în art. 971 alin (2) din lege o regulă distinctă, textul citat având următorul conținut: „Este declarat ales președinte al consiliului județean candidatul care a întrunit cel mai mare număr de voturi valabil exprimate în primul tur de scrutin”. În caz de balotaj, se va organiza un nou tur de scrutin la două săptămâni de la primul tur, la care vor participa numai candidații respectivi, aplicându-se regula din primul tur.

Considerăm a fi cel puțin bizară această prevedere legală, de natură a afecta esența procesului electoral. Afirmarea noastră are în vedere, cel puțin ipotetic, posibila și probabila alegere nereprezentativă a unor președinți de consilii județene, cu o majoritate atipică și neuzitată în desemnarea prin vot a unor funcții de demnitate publică.

În final, trebuie reținut că modificările reliefate pendinte președinților consiliilor județene au caracter de noutate absolută în legislația postrevoluționară, anterior alegerea acestora fiind făcută prin vot indirect⁶.

2. Prin articolul 41 se completează Legea nr. 67/2004 cu unele dispoziții impuse de statutul României dobândit la 1 ianuarie 2007, de membru al U.E, pe de o parte, precum și de prevederile art. 16 alin. 4 din Constituția României, republicată, potrivit cărora: „În condițiile aderării României la Uniunea Europeană, cetățenii Uniunii care îndeplinesc cerințele legii organice au dreptul de a alege și de a fi aleși în autoritățile administrației publice locale”.

Concret, art. 41 alin. 1 statuează „Cetățenii Uniunii Europene care au domiciliul sau reședința în România au dreptul de a alege și de a fi aleși în aceleași condiții ca și cetățenii români, cu îndeplinirea prevederilor prezentei legi”. În alineatele 2 și 3 ale articolului menționat, legiuitorul stipulează că prin cetățeni ai U.E. trebuie să înțelegem cetățenii statelor membre ale U.E., cu excepția României, și-n același timp legea limitează dreptul cetățenilor U.E. de a fi aleși, numai în funcțiile de consilier local și/sau consilier județean.

Pentru evidența cetățenilor Uniunii Europene cu drept de vot legiuitorul nostru a instituit, cu caracter de noutate, reguli specifice, inserate în articolele 221, 222, 223, 224. Astfel, cu titlu de exemplificare, remarcăm:

a) pentru cetățenii U.E. cu drept de vot care se află în evidențele Oficiului Român pentru Imigrări, se întocmesc „liste electorale complementare”, cu caracter permanent;

b) listele electorale complementare se întocmesc și se actualizează de „primar împreună cu formațiunile teritoriale ale Oficiului Român pentru Imigrări etc.”.

3. În art. 9 alin. 1 legiuitorul modifică de la 50 la 75 de zile, termenul minim pe care Guvernul trebuie să-l respecte atunci când adoptă hotărârea prin care se stabilește data alegerilor locale. În cazul alegerilor parțiale, același termen se majorează de la 30 la 35 de zile.

4. O altă modificare, de neînțeles și în totală ignorare a principiului constituțional al descentralizării o regăsim în art. 16 alin. 1, 2, 6 și 9.

Este vorba despre faptul că legiuitorul nostru conferă Centrului Național de Administrare a Bazelor de Date privind Evidența Persoanelor din subordinea M.I.R.A. competența de întocmire și tipărire a listelor electorale permanente, spre deosebire de vechea reglementare care conferea această competență primarilor, împreună cu serviciile comunitare de evidență informatizată a persoanei. Afirmăția noastră are în vedere faptul notoriu, adus în actualitate în preajma fiecărui proces electoral, acela că listele electorale permanente nu reflectă realitatea. Concret, în aceste documente fundamentale ale procesului electoral figurează persoane decedate, persoane care și-au stabilit domiciliul în străinătate etc, context în care este posibilă fraudarea alegerilor. În mod indubitabil, clarificarea evidențelor din listele electorale permanente poate fi făcută mult mai ușor de către primarii unităților administrativ-teritoriale, prin intermediul aparatului de specialitate pe care-l coordonează. Așa fiind, este absolut de neînțeles rațiunea legiuitorului nostru de a conferi Centrului Național de Administrare a Bazelor de Date privind Evidența Persoanelor competența de întocmire și tipărire a listelor electorale permanente.

5. O serie de modificări au în vedere dispoziții cu privire la birourile electorale, în opinia noastră, esențiale, fiind următoarele:

a) Termenul în care președintele tribunalului desemnează în ședință publică, prin tragere la sorți, președintele biroului electoral de circumscripție și locțiitorul acestuia a fost majorat de la 15 zile la 20 de zile⁷. Modificarea ni se pare a fi oportună, noul termen fiind mult mai rezonabil.

b) A fost redus de la 7 zile la 2 zile termenul în care prefectii trebuie să aducă la cunoștință publică sediile în care își desfășoară activitatea birourile electorale de circumscripție⁸;

c) În art.28 legiuitorul stabilește în mod expres numărul membrilor birourilor electorale ale secțiilor de votare și anume: 7 membri în cazul birourilor electorale ale secțiilor de votare din comune, orașe, respectiv 11 membri, în cazul birourilor electorale ale secțiilor de votare din municipii și sectoarele municipiului București, din care: un președinte și un locțiitor al acestuia.

Vechea reglementare prevedea limite minime și maxime în privința componenței birourilor electorale ale secțiilor de votare, context care genera echivocul și o practică administrativă neunitară.

d) O dispoziție novatoare și cu caracter derogator în activitatea structurilor colegiale o regăsim în art.40, în următoarea redactare: „Birourile electorale lucrează în prezența majorității membrilor care le compun și adoptă hotărâri cu votul majorității membrilor prezenți: În caz de egalitate de voturi, votul președintelui este hotărâtor”.

Așadar, legiuitorul stabilește în acest articol cvorumul de lucru și majoritatea necesară pentru adoptarea hotărârilor, conferind în același timp, prerogative

de excepție președintelui. Întrucât legea nu distinge, considerăm că aceste dispoziții sunt aplicabile deopotrivă birourilor electorale ale circumscripțiilor electorale, precum și birourilor electorale ale secțiilor de votare.

6. O regulă nouă este instituită și în ceea ce privește exercitarea dreptului de vot de către alegătorii netransportabili, din cauză de boală sau de invaliditate⁹.

Astfel, potrivit art. 87 alin.1: „Pentru alegătorii netransportabili din cauză de boală sau de invaliditate, președintele biroului electoral al secției de votare poate aproba, la cererea scrisă a acestora, ca o echipă formată din cel puțin doi membri ai biroului electoral să se deplaseze cu o urnă specială”.

Din analiza comparativă a celor două variante ale textului în cauză, respectiv cel în vigoare și cel anterior, putem concluziona după cum urmează:

a) Se menține norma permisivă, în sensul că președintele biroului electoral al secției de votare poate aproba deplasarea unei echipe, cu urna volantă, la domiciliul unor persoane netransportabile. Apreciem că aceste prerogative îi sunt conferite președintelui corelativ cu răspunderile pe care legiuitorul i le-a atribuit prin lege.

b) Deplasarea echipei cu urna volantă se poate dispune numai la cererea alegătorului netransportabil, fiind exclusă varianta prevăzută în vechiul text, conform căruia, solicitarea putea fi făcută și de către conducătorul instituției sanitare ori de ocrotire socială în care cel în cauză era internat. Apreciem că această modificare comportă unele discuții pro și contra, după cum urmează:

- În favoarea modificării în acest mod a textului ar putea fi invocat argumentul unei posibile fraudări a alegerilor;

- Dimpotrivă însă, prin comparație cu dispozițiile art. 86 alin. 2 conform cărora „Alegătorul care, din motive temeinice, constatate de președintele biroului electoral al secției de votare, nu poate să voteze singur are dreptul să cheme în cabina de votare, în scopul de a-l ajuta, un însoțitor ales de el”. În acest context, se poate aprecia că textul art. 87 are un caracter discriminator.

7. Deși modificarea dispozițiilor art. 89 s-a făcut atât prin O.U.G. nr. 20/2008, precum și prin Legea nr. 35/2008 sau, poate, tocmai din acest considerent, pe lângă unele prevederi care elimină posibile incertitudini și întrebări¹⁰ putem semnala și o carență inacceptabilă.

Concret, art. 89 lit. g și implicit lit. h, omit din conținutul lor, evident, dintr-o gravă eroare, consemnarea rezultatului votării în tabel separat pentru alegerea președintelui consiliului județean. Această regretabilă eroare ar putea crea unele probleme în activitatea birourilor electorale ale secțiilor de votare, revenindu-i probabil Biroului Electoral Central misiunea de a elucida această problemă.

8. În finalul analizei noastre relevăm alte două curențe ale legiuitorului nostru.

În primul rând este vorba despre faptul că prin Decizia Curții Constituționale nr. 1219 din 18 decembrie 2007¹¹, a fost admisă excepția de neconstituționalitate cu

privire la art. 96 alin. 10 din Legea nr. 67/2004 pentru alegerea autorităților administrației publice locale, republicată, constatându-se că acestea sunt neconstituționale¹². În conformitate cu dispozițiile art. 147 din Constituția României, republicată, Dispoziția Curții Constituționale nr. 1219/2007 a produs următoarele consecințe juridice:

- Suspendarea de drept a dispozițiilor art. 96 alin. 10 din Legea nr. 67/2004 pentru alegerea autorităților administrației publice locale;

- Obligația Parlamentului de a modifica dispozițiile declarate neconstituționale în acord cu Constituția, în termen de 45 de zile de la publicarea deciziei (s.n.14 februarie 2008);

- Încetarea de drept a efectelor juridice ale art. 96 alin. 10 din Legea nr. 67/2004 începând cu data de 30 martie 2008, dacă legiuitorul nu intervine pentru punerea în concordanță a textului criticat cu dispozițiile Constituției;

În acest context, ni s-ar fi părut normal ca Guvernul și/sau Parlamentul să fi modificat textul declarat neconstituțional, având în vedere faptul că ambele autorități au adoptat acte normative de modificare și completare a Legii nr. 67/2004, în luna martie a. c.¹³.

Or, atâta vreme cât acest lucru nu s-a întâmplat trebuie să constatăm incoerența, și chiar superficialitatea procesului de legiferare, în domenii de maximă importanță pentru statul de drept, cum este cel al alegerii autorităților administrației publice.

În al doilea rând, semnalăm o crasă neglijență și o eroare de netolerat în conținutul art. 99 alin. 5 din Legea nr. 67/2004 astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 35/2008 care are următorul conținut: „Un exemplar al procesului-verbal pentru consiliul local, pentru consiliul județean, respectiv pentru Consiliul General al Municipiului București, împreună cu întâmpinările, contestațiile și procesele-verbale primite de la birourile electorale ale secțiilor de votare, formând câte un dosar, sigilat și semnat de președinte și de membrii biroului electoral de circumscripție, se înaintează consiliului local, respectiv consiliului județean sau, după caz, Consiliului General al Municipiului București, în vederea validării mandatelor, potrivit prevederilor Legii nr. 215/2001, republicată. Pentru primar, dosarul format potrivit prezentului alineat se înaintează, cu pază militară, în cel mult 48 de ore, la judecătoria în a cărei rază teritorială se află circumscripția electorală pentru care au avut loc alegeri, iar în cazul primarului general al municipiului București, la Tribunalul București, în vederea validării mandatelor, potrivit prevederilor Legii nr. 215/2001, republicată”.

Așadar, legea organică privind alegerea autorităților administrației publice locale statuează că alegerile sunt validate de către consiliile locale sau consiliile județene în condițiile prevăzute de Legea administrației publice locale nr. 215/2001¹⁴, utilizând o normă de trimitere.

Or, din simpla lectură a art. 30 din Legea nr. 215/2001 republicată, rezultă contradicția dintre cele două texte, art. 30 având următoarea redactare: ”Validarea alegerii consilierilor de face de către judecătoria în raza căreia se află unitatea administrativ-teritorială, de către un judecător desemnat de președintele instanței. Cererea de validare a consilierilor locali se depune în termen de 3 zile de la data constatării rezultatelor alegerilor, în condițiile legii”.

Cu alte cuvinte, cele două acte normative conțin prevederi contradictorii, de natură a crea reale chestiuni practice privind validarea alegerii consiliilor locale și județene.

B. Cu privire la modificările și completările aduse Legii administrației publice locale nr. 215/2001 prin O.U.G. nr. 20/2008, Legea nr. 35/2008 și O.U.G. nr.66/2008.

Pentru a elimina orice echivoc, remarcăm că atât Guvernul prin adoptarea O.U.G. nr. 20/2008, precum și Parlamentul prin Legea nr. 35/2008 au avut în vedere același text, respectiv Legea administrației publice locale nr. 215/2001, republicată în M.O. al României, Partea I-a, nr. 123 din 20 februarie 2007¹⁵.

În mod evident, ambele autorități au ignorat regulile statuate prin Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative. În cele ce urmează vom reliefa principalele modificări și completări aduse Legii administrației publice locale nr. 215/2001, republicată.

1. O primă modificare este prevăzută în art.3 alin. 2, text în care președinții consiliilor județene sunt evidențiați alături de primari, consiliile locale și consiliile județene ca fiind autorități ale administrației publice locale, prin intermediul cărora se exercită principiul autonomiei locale.

În acest fel, se realizează concordanța textului în cauză cu modificările și completările aduse Legii nr. 67/2004 pentru alegerea autorităților administrației publice locale, în ceea ce-i privește pe președinții consiliilor județene.

Art. 26 al Legii nr. 215/2001 în forma modificată prin Legea nr. 35/2008 statuează că deopotrivă, mandatul primarului, consilierului local, respectiv al președintelui consiliului județean și al consilierului județean este de 4 ani. Este menținută regula potrivit căreia o autoritate a administrației publice locale aleasă în cursul unui mandat, încheie mandatul prezentei autorități.

2. Modificarea adusă art. 29 din lege, prin O.U.G. nr. 20/2008 restabilește limitele minime și maxime ale numărului de consilieri locali prevăzute în Legea nr. 215/2001 înainte de modificările și completările aduse prin Legea nr. 286/2006¹⁶.

Astfel, numărul consilierilor locali oscilează între 9 la comunele cu o populație sub 1.500 locuitori și 31 în consiliile locale ale orașelor cu o populație de peste 400.000 locuitori. Consiliul General al Municipiului București va fi compus dintr-un număr de 55 consilieri locali.

Această modificare ne relevă o dată în plus inconsecvența, incoerența și instabilitatea legislației românești, inclusiv a celei care ține de reglementarea prin legea organică¹⁷.

3. Alte modificări de neînțeles sunt cele pe care le suferă art.30 din Legea nr. 215/2001, modificări aduse de O.U.G. nr. 20/2008. Este vorba în același timp despre unele modificări de fond și de formă esențiale, în opinia noastră, fiind următoarele:

- Validarea/invalidarea mandatelor de consilier local și de consilier județean a fost redată în competența consiliilor locale și respectiv a consiliilor județene, de regulă, în ședințele de constituire. Reamintim că vechea reglementare stabilea competența judecătorilor în raza cărora se afla unitatea administrativ-teritorială respectivă, în ceea ce privește validarea alegerii consilierilor.

Având în vedere că prin Legea nr. 286/2006 pentru modificarea și completarea Legii administrației publice locale nr. 215/2001, competența de validare a mandatelor de consilieri locali și consilieri județeni a fost dată de legiuitor în competența instanțelor judecătorești, pe de o parte, raportată la recente modificări aduse Legii nr. 215/2001 prin O.U.G. nr. 20/2008, pe de altă parte, ne apare fără putință de tăgadă inconsecvența și incoerența procesului de guvernare. Mai precis, mi se pare inacceptabil faptul că în timpul aceleiași guvernări, procedura de validare a consilierilor locali să fie acordată instanțelor judecătorești și apoi, fără a fi pusă în aplicare, dispoziția să fie modificată iar competența în materie să fie redată consilierilor reuniți în ședința de validare.

Totuși, apreciem că legiuitorul a definit mai precis situațiile care conduc la motivarea absențelor de la ședința de constituire a consiliilor locale și respectiv a consiliilor județene și anume:

a) din cauza unei boli care a necesitat spitalizarea sau a făcut imposibilă prezența acestora;

b) a unei deplasări în străinătate în interes de serviciu;

c) evenimente de forță majoră, cauze prevăzute în art.30, alin.5 și respectiv art.891 alin.3 din Legea nr.215/2001 a administrației publice locale, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

În sfârșit, ședințele de constituire a consiliilor locale trebuie să se desfășoare în termen de 20 de zile de la data desfășurării alegerilor și nu în termen de 25 de zile, astfel cum prevedeau reglementările modificate.

4. Pentru motivele relevate deja în conținutul studiului nostru, considerăm ca fiind neconstituțională O.U.G. nr. 66/2008 pentru modificarea și completarea Legii nr. 215/2001 a administrației publice locale și a Legii nr. 334/2006 privind finanțarea partidelor politice și a campaniilor electorale, precum și pentru modificarea Legii nr. 35/2008 pentru alegerea Camerei Deputaților și a Senatului și pentru modificarea și completarea Legii Nr. 67/2004 pentru alegerea autorităților administrației publice locale, a Legii administrației publice locale nr. 215/2001 și a Legii nr. 393/2004 privind Statutul aleșilor locali.¹⁸

Cu certitudine, ordonanța în cauză nu reglementează „situația extraordinară” astfel cum prevăd dispozițiile art.115, alin.4 din Constituția României, republicată, îmbrăcând astfel aspect de neconstituționalitate. Pe de altă parte, O.U.G. nr. 66/2008 este neconstituțională prin conținutul modificat al dispozițiilor art. 30 și art.89 din Legea administrației publice locale nr.125/2001, pe care le redăm mai jos:

„Art. 30:(1) Constituirea consiliilor locale se face în termen de 20 de zile de la data desfășurării alegerilor, după îndeplinirea prevederilor art. 38 alin. (1) și (1[^]1)

din Legea nr. 334/2006 privind finanțarea partidelor politice și a campaniilor electorale, cu modificările și completările ulterioare.”

„Art. 89: (1) Validarea alegerii președintelui consiliului județean se face în termen de 20 de zile de la data desfășurării alegerilor, în camera de consiliu a tribunalului, de către președintele tribunalului sau înlocuitorul acestuia, după îndeplinirea prevederilor art. 38 alin. (1) și (1¹) din Legea nr. 334/2006, cu modificările și completările ulterioare.”

Înainte de orice comentariu, fiind utilizată o normă de trimitere, din cercetarea căreia constatăm că:

- art.38 alin.11 din Legea nr.334/2006 instituie pentru mandatarul financiar obligația de a depune la Autoritatea Electorală Permanentă, în termen de 15 zile de la data desfășurării alegerilor, un raport detaliat al veniturilor și cheltuielilor electorale pentru fiecare partid politic, alianță politică, alianță electorală, organizație a cetățenilor români aparținând minorităților naționale sau candidat independent;

- art.38 alin.11 instituie obligația Autorității Electorale Permanente de a publica în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, în termen de 24 de ore, lista partidelor politice și a celorlalte formațiuni participante la alegerile locale și a candidaților independenți pentru care a fost depus raportul prevăzut la art.38 alin.1.

În opinia noastră aceste prevederi sunt atât neconstituționale precum și aberante, de natură a crea o degringoladă în activitatea de organizare și desfășurare a ședințelor de constituire a consiliilor locale și a consiliilor județene.

Astfel, procedurile menționate sunt neconstituționale pentru că ignoră în mod flagrant dispozițiile art. 121 și art. 122 din Constituția României, republicată, potrivit cărora primarii, consiliile locale și consiliile județene se aleg, în condițiile legii, evident fiind vorba despre legea pentru alegerea autorităților administrației publice locale. În acest context, este neconstituțional ca ordonanța să condiționeze validarea alegerii aleșilor locali (consilierii locali și județeni, primarii și președinții consiliilor județene) de acțiunea mandatarului financiar și de cea a Autorității Electorale Permanente. Mai precis, în opinia noastră sunt neconstituționale prevederile O.U.G. nr.66/2008 care condiționează validarea alegerilor aleșilor locali de îndeplinirea unor obligații într-un anumit termen și anumite condiții de către mandatarul financiar și/sau de către Autoritatea Electorală Permanentă.

Pe de altă parte, ni se pare de neînțeles superficialitatea legiuitorului nostru atunci când stabilește anumite termene procedurale. Avem în vedere termenul de 20 de zile de la data depășirii alegerilor prevăzut de art. 30 din Legea nr.215/2001 a administrației publice locale, republicată, cu modificările și completările ulterioare, termen înăuntrul căruia trebuie să aibă loc constituirea tuturor consiliilor locale comunale, orașenești și municipale, raportat la termenele stabilite prin art.38 alin.(1) și alin.(11) din Legea nr.334/2006 privind finanțarea activității partidelor politice și a campaniilor electorale, care însumate reprezintă 16 zile de la data desfășurării alegerilor. Un calcul simplu ne conduce la concluzia că în cel mult 4 zile trebuie să se

desfășurare ședințele de constituire ale tuturor consiliilor locale comunale, orășenești și municipale. Stabilind un astfel de termen, „legiuitorul” nostru a dat dovadă de o crasă lipsă de profesionalism, precum și de o totală lipsă de respect la adresa celor implicați în organizarea și desfășurarea procesului de constituire a consiliilor locale.

În finalul comentariilor referitoare la O.U.G. nr. 66/2008, trebuie să relevăm că dispozițiile referitoare la validarea alegerii președintelui consiliului județean și cele care reglementează constituirea consiliilor județene, prezintă caracter de noutate absolută în legislația postrevoluționară. Redăm mai jos câteva dintre aceste reglementări, după cum urmează:

- validarea alegerii președintelui consiliului județean se face în termen de 20 de zile de la data desfășurării alegerilor, în camera de consiliu a tribunalului, conform art.89 din Legea nr.215/2001;

- rezultatul validării și invalidării alegerii președintelui consiliului județean se aduce la cunoștință publică;

- președintele consiliului județean care a fost validat depune jurământul prevăzut de art.89, alin.6 din Legea nr.215/2001, în fața președintelui Tribunalului și a prefectului, în ședință publică.

- constituirea consiliilor județene se face în termen de 3 zile de la data depunerii jurământului de către președintele consiliului județean, cu alte cuvinte într-un alt termen decât cel prevăzut de lege pentru consiliile locale comunale, orășenești și municipale¹⁹.

Fără a realiza o analiză exhaustivă a prevederilor cu caracter de noutate ale O.U.G. nr.66/2008 ne întrebăm totuși dacă este normal ca un ales local, respectiv președintele consiliului județean, să depună jurământul în fața unui înalt funcționar public, acesta fiind prefectul, în cazul de față?

5. Având în vedere că prin modificările aduse Legii nr. 67/2004 pentru alegerea autorităților administrației publice locale președinții consiliilor județene vor fi aleși prin vot direct, legiuitorul a găsit o soluție, în opinia noastră nefericită, pentru modificarea în acest sens a prevederilor specifice din legea administrației publice locale nr. 215/2001, republicată.

Concret, este vorba despre art. 88 din Legea nr. 215/2001 modificată prin Legea nr. 35/2001 care stabilește numărul membrilor fiecărui consiliu județean, pentru diferite categorii de județe, clasificate în funcție de numărul locuitorilor, astfel:

Numărul locuitorilor județului	Numărul consilierilor
1. - până la 350.000	30
2. - între 350.001-500.000	32
3. - între 500.001-650.000	34
4. - peste 650.000	36

Analiza comparativă a celor două texte, în vigoare și cel modificat ne permite să constatăm că numărul consilierilor s-a redus cu unu, respectiv cu locul de consilier al președinților de consilii județene.

În acest sens, art. 88 alin. 2 din Legea nr. 35/2008 prevede: „Consiliul județean ales în conformitate cu prevederile legii se completează cu președintele consiliului județean, care are drept de vot și conduce ședințele acesteia”. Ni se pare cel puțin discutabilă și nefericită exprimarea utilizată de legiuitor, verbul „a completa” inducând, de regulă, ideea de secundar, subsidiar. Mai potrivit ni se părea ca legiuitorul să fi conferit președintelui ales, prin vot direct, calitatea de membru de drept al consiliului județean.

6. O altă modificare ambiguă, de natură a genera confuzii este inserată în art. 102 alin.2 al Legii nr. 215/2001, în următoarea redactare:

„(2) Președintele consiliului județean răspunde în fața alegătorilor de buna funcționare a administrației publice județene”.

Întrebarea care se naște este aceea de a ști – ce înțelege legiuitorul nostru prin administrația publică județeană, sintagmă pe care legea nu o definește. În acest context, este posibil ca textul în cauză să dea naștere unor practici neunitare și unor confuzii de nedorit.

CONCLUZII

Am apreciat că analiza realizată în studiul nostru este oportună și necesară atât pentru doctrina de drept administrativ dar, mai ales pentru funcționarii publici din administrația publică în general, pentru cei care-și desfășoară activitatea în administrația publică locală, în special.

Considerațiile noastre au încercat să scoată în evidență dispozițiile cu caracter de noutate pe care le regăsim în acte normative care reglementează alegerea autorităților administrației publice locale, unele carențe și ambiguități și, mai mult chiar, unele aspecte de neconstituționalitate. Rămâne ca doctrina, practică administrativă și/sau jurisprudența să confirme sau dimpotrivă, să infirme opiniile exprimate în cadrul studiului nostru.

* Autorul este conferențiar universitar și secretar al județului Sibiu; jordan.nicola@cjsibiu.ro

¹ Publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I-a, nr. 177 din 7 martie 2008.

² Publicate în *Monitorul Oficial al României*, Partea I-a, nr. 192 din 12 martie 2008.

³ Publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I-a nr. 169 din 13 martie 2008.

⁴ Publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I-a nr. 409 din 30 mai 2008.

⁵ A.Iorgovan, *Constituția României, revizuită*, p.226.

⁶ A se vedea Legea nr. 70/1991 privind alegerile locale, publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I-a, nr.239 din 28 noiembrie 1991, cu modificările și completările ulterioare, abrogată

⁷ A se vedea art. 24 alin.5 din Legea nr. 67/2004.

⁸ Art. 27 din Legea nr. 67/2004.

⁹ A se vedea art. 87 din Legea nr. 67/2004.

¹⁰ A se vedea art. 89 alin.1 din Legea nr. 67/2004.

- ¹¹ Publicată în *M.O.* nr. 117 din 14 februarie 2008.
- ¹² Art. 96 alin. 10 din Legea nr. 67/2004 are următorul conținut: „În caz de vacanță a mandatului unui consilier independent sau al unui consilier aparținând unui partid politic, unei alianțe politice sau alianțe electorale, care nu mai are supleanți pe listă, precum și în cazul unui consilier ales pe lista unui partid politic care a fost radiat, în condițiile legii, din registrul partidelor politice, indiferent de motivul radierii, locul devenit vacant este ocupat de primul supleant de pe lista care a obținut cel mai mare număr de voturi valabil exprimate”.
- ¹³ A se vedea O.U.G nr. 20/2008 privind unele măsuri pentru organizarea și desfășurarea alegerilor pentru autoritățile administrației publice locale și Legea nr. 35/2008 privind alegerea Camerei Deputaților și a Senatului și pentru modificarea și completarea Legii nr. 67/2004 pentru alegerea autorităților administrației publice locale, a Legii administrației publice locale nr. 215/2001 și a Legii nr. 393/2004 privind Statutul aleșilor locali.
- ¹⁴ Republicată în *M.O. al României*, partea I-a nr. 123 din 20 februarie 2007.
- ¹⁵ A se vedea Art. III din O.U.G nr. 20/2008 coroborat cu Titlul III intitulat „Modificarea și completarea Legii administrației publice locale nr. 215/2001, art. 78 din Legea nr. 35/2008
- ¹⁶ Publicată în *M.O. al României*, Partea I-a, nr. 621 din 18 iulie 2006.
- ¹⁷ Vezi art. 73 alin.3 lit. a și lit. o din Constituția României, republicată.
- ¹⁸ Publicată în *Monitorul Oficial al României*, Partea I-a nr.409 din 30 mai 2008.
- ¹⁹ A se vedea art. 89¹ din Legea nr.215/2001 a administrației publice locale, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

**ACȚIUNILE ÎN CONTENCIOS ADMINISTRATIV AVÂND CA
OBIECT COMUNICAREA INFORMAȚIILOR DE INTERES
PUBLIC REGLEMENTATE DE LEGEA NR. 544/2001 ,
PRIVIND ACCESUL LIBER AL PERSOANELOR LA
INFORMAȚIILE DE INTERES PUBLIC**

dr. Eugenia IOVĂNAȘ*

Résumé. Les actions en contentieux administratif ayant comme objet la communication des informations d'intérêt public réglementées par la Loi no. 544/2001, concernant l'accès libre des personnes aux informations d'intérêt public. La Loi no. 544/2001, concernant l'accès libre des personnes aux informations d'intérêt public vient assurer l'efficacité de l'article 31 de la Constitution de Roumanie qui garantit ce droit. Le présent article propose une analyse des limites du droit en discussion, par rapport tant aux prévisions légales qu'à la jurisprudence – parfois hétérocyte – des instances judiciaires.

Une première limite du droit d'accès aux informations d'intérêt public est constituée par les informations classifiées, définies comme ces informations dont la divulgation pourrait préjudicier les mesures de protection des jeunes ou la sécurité nationale. Mais, s'il est vrai que les autorités publiques n'ont pas la permission de divulguer ce type d'informations, c'est vrai aussi que le juge peut vérifier la légalité du fait d'avoir classé une telle information, dont la divulgation a été refusée.

Une autre interdiction légale est celui de dévoiler les informations à caractère personnel, celles-ci ne pouvant devenir des informations d'intérêt public que dans la mesure où elles affectent la capacité d'exercer une fonction publique.

Un autre problème relevé pendant la discussion est celle de l'instance compétente à juger les actions en justice fondées sur la Loi no. 544/2001. La Haute Cour de Cassation et de Justice a statué que l'instance compétente sera toujours le tribunal, la Loi no. 544/2001 prévoyant une exception du droit commun – la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif.

Rezumat. Legea nr. 544/2001 privind accesul liber al persoanelor la informațiile de interes public vine să asigure eficiența art. 31 din Constituția României, care garantează acest drept. Articolul de față își propune să analizeze care sunt limitele dreptului în discuție, raportat atât la prevederile legale cât și la practica – câteodată neunitară – a instanțelor de judecată.

O primă limită a dreptului de acces la informațiile de interes public o constituie informațiile clasificate, definite ca fiind acele informații a căror divulgare ar putea prejudicia măsurile de protecție a tinerilor sau siguranța națională. Dar dacă este adevărat că autoritățile publice nu au permisiunea de a divulga acest gen de informații, la fel de adevărat este și faptul că instanța de judecată poate verifica legalitatea clasării unei anumite informații, a cărei divulgare s-a refuzat.

O altă interdicție legală este cea a divulgării informațiilor cu caracter personal, acestea neputând deveni informații de interes public decât în măsura în care afectează capacitatea de a exercita o funcție publică.

Relevantă în cadrul discuției este și problema instanței competente să judece acțiunile întemeiate pe Legea nr. 544/2001. Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că instanța competentă va fi întotdeauna tribunalul, Legea nr. 544/2001 stipulând o excepție de la dreptul comun, reprezentat de Legea 554/2004 a contenciosului administrativ.

Mots clés : informations d'intérêt public, informations secretes, informations à caractère personnel

Cuvinte cheie : informații de interes public, informații clasificate, informații cu caracter personal

Accesul cetățenilor la informațiile de interes public este parte a dreptului fundamental la libera exprimare așa cum este definit de art.10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Dreptul de a avea acces la informații de interes public este garantat în art.31 din Constituția României care statuează „dreptul persoanei de a avea acces la orice informație de interes public”. Eficiența art.31 din Constituția României a constituit-o adoptarea la peste 10 ani de la enunțarea în legea fundamentală a dreptului privind accesul persoanei la informațiile de interes public a Legii nr. 544/2001, legea privind liberul acces la informațiile de interes public.

În scopul creșterii transparenței instituțiilor publice, a controlului societății civile asupra acestora și totodată a consolidării democrației, legislația era datoare să definească în sarcina căror autorități cade obligativitatea aplicării normelor conceptuale în vederea satisfacerii cerinței pentru ca justițiabililor să li se garanteze drepturile conferite prin Constituția României.

Legea nr.544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public definește instituțiile și autoritățile cărora le sunt aplicate normele legale. Potrivit art.2 „prin autoritate sau instituție publică se înțelege orice autoritate sau instituție publică ce utilizează sau administrează resurse financiare publice, orice regie autonomă, companie națională, precum și orice societate comercială aflată sub autoritatea unei autorități publice centrale sau locale și la care statul român, sau după caz o unitate administrativ-teritorială este acționar unic sau majoritar.

Din punct de vedere conceptual legiuitorul a definit informația de interes public ca fiind orice informație care privește activitățile sau rezultă din activitățile unei autorități publice sau instituții publice indiferent de suportul ori forma sau de modul de exprimare a informației. Prin informație cu privire la datele personale se înțelege orice informație privind o persoană fizică identificată sau identificabilă.

În practica instanțelor de judecată nu de putine ori s-a constatat că dreptul la informații de interes public intră din perspectiva justițiabililor, în contradicție cu un alt regim al informațiilor solicitate, informații clasificate potrivit legii sau informații care conțin date cu caracter personal.

S-a considerat că din moment ce textul constituțional face referire la „accesul persoanei,, la orice informație de interes public, acestea în totalitatea lor sunt publice, accesibile publicului.

Invocându-se art.31 alin (1) din Constituție s-a susținut că acest text constituțional nu permite îngrădirea accesului la informațiile de interes public decât în limita a două excepții prevăzute de art. 31 alin(3) și anume „Dreptul la informație nu trebuie să prejudicieze măsurile de protecție a tinerilor sau securitatea națională”. S-a apreciat astfel că în limita celor două excepții informațiile de interes public sunt eminentamente publice, după cum și informațiile nepublice fac parte, de asemenea, din sfera de cuprindere a informațiilor de interes public, cu mențiunea că persoana nu are acces liber la acestea.

Procedând la o analiză sistemică a Legii nr. 544/2001 prin maniera în care operaționalizează termenii și structurează materia, în aplicarea aceluiași raționament s-a considerat că sintagma „informație de interes public,, definită ca „orice informație privind sau rezultând din activitățile unei autorități sau instituții publice, privesc inclusiv cele „clasificate”, doar că acestea din urmă, conform art. 12 din aceeași lege „se exceptează de la liberul acces al cetățenilor”.

Din această perspectivă este evident că aspectele neclare din legislație în materia administrării informațiilor de interes public și a accesului persoanei la acestea, precum și inconsecvența utilizării termenilor în textele legale poate naște într-adevăr confuzii și interpretări fără caracter unitar.

De aceea, tot în registrul definirii a ceea ce se înțelege în legislația românească prin „informație de interes public” se impune aducerea în discuție a prevederilor art.15 al secțiunii a 2-a din Legea nr 182/2002 privind protecția informațiilor clasificate potrivit cărora prin „informații se înțelege orice document, date, obiecte sau activități, indiferent de suport, formă, mod de exprimare sau punere în circulație”.

Este de remarcat faptul că legiuitorul a exclus din această definiție sintagma „interes public” atașat termenului „informație”.

În ceea ce privește delimitarea înțelesului de „informație nepublică” sau „informație exceptată de la accesul liber al cetățenilor” sau „informație clasificată”, pe lângă prevederea constituțională care garantează dreptul persoanei de a avea acces la orice informație de interes public precizând că acest drept nu poate fi îngrădit decât în limitele celor două excepții prevăzute în art.31 alin 3, Legea nr.544/2001 prin art.12 completează sfera de cuprindere a informațiilor față de care accesul liber al cetățeanului este limitat.

Referitor la prevederile art.12 din Legea nr.544/2001, în practica instanțelor s-a constatat că prevederile art.12 din Legea nr 544/2001, au fost cel mai des contestate, considerând că prevederile acestui articol depășesc limitele impuse de Constituția României la art. 31. Astfel cel puțin urmatoarele categorii de informații deși sunt exceptate de la liberul acces al persoanelor, ele intră în sfera de cuprindere a art.31

alin.1 din Legea fundamentală unde se stipulează că accesul la acestea „nu poate fi îngrădit”. Prin urmare limitările impuse de paragraful de la lit.b și c., ar fi neconstituționale, susțin autorii opiniei, deoarece nu se găsesc în nici una din categoriile de restricții reglementate de Constituție.

Raportând conceptul de informație de interes public la excepțiile de la liberul acces al persoanelor la informațiile de interes public prevăzut în art.12 lit.b din lege, considerăm că, în cazul paragrafelor a, b, c și d ele se definesc prin trimiteri la alte legi.

Este știut că Legea nr.182/2002, prevede în definiția dată la art.15 ceea ce legiuitorul înțelege prin informații clasificate ca fiind acele informații care prin dezvăluire sau desecurizare neautorizată, pot crea un prejudiciu „securității naționale”. La fel, în cazul paragrafului c., este introdus un element în baza căruia să se procedeze la o evaluare calitativă, privind necesitatea exceptării accesului persoanelor, respectiv „dacă publicitatea acestora aduce atingere principiului concurenței loiale”.

Din acest punct de vedere, critica privind definirea excepțiilor de la art.12 ca fiind absolute, nu își are temei legal întrucât acestea nu limitează conținutul dreptului de acces la informații și nici nu se situează în afara posibilității de evaluare comparativă a intereselor conflictuale.

În mod expres legiuitorul în art.13 din lege a prevăzut că informațiile care favorizează sau ascund încălcarea legii de către o autoritate sau o instituție publică nu pot fi incluse în categoria informațiilor clasificate și constituie informații de interes public. Putem astfel afirma că legiuitorul a dorit să includă informațiile care favorizează sau ascund încălcarea legii în zona celor la care persoanele au acces.

Rezultă fără nici un echivoc că autoritatea publică nu se poate prevala de acea clasificare a informației cât timp încalcă legea. În caz contrar persoanele au la dispoziție art.20 din Legea nr.188/2002 care prevede posibilitatea contestării clasificării unei informații, a duratei pentru care o informație a fost clasificată, precum și a modului de atribuire a unui anumit nivel de secretizare.

De asemenea, Legea nr.182/2002 privind protecția informațiilor clasificate face referire la „obligația ce revine persoanelor autorizate care le emit, le gestionează sau care intră în posesia acestora” pentru că mai apoi să se prevadă obligații față de conducătorii agenților economici sau ai altor persoane juridice de drept privat, precum și persoane fizice cărora le-au fost încredințate informații secrete de stat.

Pentru asigurarea și garantarea efectivității dreptului de acces liber și neîngrădit al oricarei persoane la orice informații de interes public art.22 din Legea 544/2001 reglementează posibilitatea prevalării de către persoana vătămată în drepturile sale prevăzute în prezenta lege a promovării unei acțiuni la instanța de contencios administrativ a Tribunalului împotriva instituțiilor și autorităților publice care nu înțeleg să respecte prevederile legale. De asemenea tot pentru a veni în sprijinul persoanei lezate în dreptul său subiectiv orcotit de lege, legiuitorul, în alin.2 al aceluiași art.22 a prevăzut în competența materială a instanței de contencios

administrativ și posibilitatea obligării instituției sau autorității publice la furnizarea informațiilor solicitate și la plata daunelor materiale și morale cauzate ca urmare a nefurnizării informațiilor publice solicitate în condițiile legii. Este adevărat însă că, acest control al instanțelor judecătorești asupra refuzului de furnizare a informațiilor solicitate a fost reglementat de legiuitor în capitolul „Sancțiuni”. Or, posibilitatea de a ataca în justiție refuzul eliberării unei informații de interes public nu este „o sancțiune” împotriva autorității sau instituției publice, în condițiile în care capitolul III în cuprinsul său reglementează evident căile de atac împotriva refuzului nejustificat al autorităților sau instituțiilor publice în furnizarea respectivelor informații publice.

Deși art.22 al legii nu prevede în mod expres dreptul judecătorului de a verifica documentația și motivele pe baza cărora o informație este catalogată clasificată, în conformitate cu art.129 Cod procedură civilă, în baza rolului activ instanța poate pune în discuție și analiza aceste aspecte. Din această perspectivă, având în vedere practica de până acum a instanțelor, cercetarea judecătorească se bazează pe analize și valorificarea argumentelor legal invocate și nicidecum pe limitarea la verificarea existenței formale a uneia din restricțiile enumerate de art.12 din lege.

În opinia noastră, în asemenea cazuri în care se solicită furnizarea unor informații în temeiul art.2 lit.b din Legea nr. 544/2001, iar autoritatea publică invocă faptul că informațiile solicitate nu fac parte din categoria informațiilor de interes public cu precizarea că acestea se exceptează fiind clasificate, instanța este datoare să solicite autorității publice în cauză documentația și dovada că acestea fac parte din categoria celor clasificate.

În caz contrar, motivele invocate de autoritatea publică pârâtă în cauză, care au determinat-o să nu furnizeze documentele și informațiile solicitate de reclamant, respectiv clasificarea acestora ca secret de serviciu, vor fi înlăturate în condițiile în care instanța de judecată apreciază că acest argument nu a fost susținut prin vreun mijloc de probă, respectiv dacă documentul de clasificare nu a fost prezentat și nu s-a depus vreo altă dovadă în susținerea acestei apărări în conformitate cu exigențele probatorii instituite de art.129 alin.1 teza finală Cod procedură civilă.

Nu de puține ori însă în activitatea instanțelor de judecată dispozițiilor art.2 pct.c din Legea nr.544/2001 i-au fost date diferite interpretări generând într-adevăr uneori și practică judecătorească contradictorie.

Conform art. 2 lit. c din lege, prin informație cu privire la datele personale se înțelege orice informație privind o persoană fizică identificată sau identificabilă, iar potrivit art.14 din același act normativ, informațiile cu privire la datele personale ale cetățeanului pot deveni informații de interes public numai în măsura în care afectează capacitatea de exercițiu a unei funcții publice.

Unele instanțe de judecată fiind investite cu soluționarea unor cereri având ca obiect comunicarea în copii a actelor de numire și de eliberare din funcție a conducătorilor unor instituții publice au apreciat că potrivit art.5 lit.c din Legea 544/2001, numele și prenumele unei persoane ce deține o funcție în conducerea

autoritaților publice constituie informație publică, înlăturând argumentele invocate de pârât care în mod greșit a considerat că toate informațiile solicitate de reclamant sunt exceptate de la accesul liber al cetățenilor pentru că art.12 din lege nu exceptează datele cu caracter profesional mai ales când ele se referă la o funcție publică. În acest sens s-a pronunțat instanța de contencios administrativ prin încheierea de ședință din 16 dec. 2008, în dosar nr. 3444/2008, prin care a dispus obligarea pârâtului să depună în probațiune Ordinul emis de acesta, care cuprinde informații privind domiciliul și funcția deținută de persoana care a formulat sesizarea și față de care autoritatea publică a invocat caracterul clasificat al documentului respectiv.

Alte instanțe de judecată în spețe similare au apreciat că datele având caracter profesional sunt exceptate de la liberul acces al cetățenilor invocând ca temei art. 2 lit.c din lege.

Într-o altă acțiune, reclamantul a solicitat Consiliului Superior al Magistraturii, prevalându-se de dispozițiile Legii 544/2001, de cele ale art 29 din legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, să i se comunice rezultatele examenului de capacitate ale tuturor judecătorilor și procurorilor din cadrul Tribunalului, Judecătoria și Parchetelor de pe lângă Tribunal și Judecătoria, cu motivarea că aceste date îi sunt necesare pentru aprecierea capacității profesionale a magistraților care îl judecă și pentru a se prevala de dreptul de a recuza judecătoria care au obținut note mici la examen, aceștia neavând competența profesională să poată judeca litigiile în care este parte. La solicitarea acestuia, C.S.M. a răspuns în termenul legal, în baza art. 7 din lege. Petiționarul a revenit cu o nouă solicitare arătând că întrucât nu are posibilitatea să acceseze Internetul, autoritatea publică are obligația să îi comunice în scris datele solicitate.

Instanța, învestită cu soluționarea cauzei, a apreciat că în cauză au incidență dispozițiile art.2 lit.c din Legea nr. 544/2001, și a pus în discuție dacă autoritatea publică avea competența de a comunica respectivele informații, având în vedere că informațiile solicitate de reclamant nu privesc activitatea autorității publice, ci datele gestionate de această instituție, date care privesc persoane fizice și care cuprind date personale.

În mod eronat reclamantul a apreciat că datele solicitate având caracter profesional nu sunt exceptate de la liberul acces al cetățenilor, motiv pentru care instanța a respins acțiunea.

Tot din practica judiciară, este relevant a fi evidențiată și problema de drept supusă dezbaterii, respectiv care este instanța competentă să judece plângerea formulată pentru necomunicarea unor informații de interes public. Înalta Curte de Casație și Justiție a României a statuat, în acest sens, că litigiul izvorât din necomunicarea unor informații de interes public revine Tribunalului ca instanță de fond, dispozițiile art. 22 ale Legii nr. 544/2001 având prioritate față de normele generale de competență în materie de contencios administrativ cuprinse în art. 3 Cod procedură civilă. În aceste condiții, chiar dacă reclamantul și-a întemeiat cererea pe prevederile legii

contenciosului administrativ, hotărârea pronunțată de Curtea de Apel, prin care a fost admisă acțiunea și obligat Guvernul României să răspundă solicitării reclamantului, este nelegală, fiind dată cu încălcarea competenței altei instanțe.

Așadar, putem constata că în prezent pe de o parte Legea nr.544/2001 stipulează o serie de obligații în sarcina instituțiilor, autorităților publice și conform prevederilor art.21 alin 1 stabilește că „refuzul explicit sau tacit al angajatului desemnat pentru aplicarea prevederilor prezentei legi, constituie abatere și atrage răspunderea disciplinară a celui vinovat”, iar pe de altă parte, conform art. 22. alin.2, așa cum am arătat, „instanța poate obliga autoritatea sau instituția publică să furnizeze informațiile de interes public solicitate și să plătească daune morale și/sau patrimoniale.

Legea nr. 544/2001 a fost adoptată în scopul protejării și garantării drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanelor fizice. Orice restrângere a exercitării drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanelor fizice trebuie prevăzută expres și limitativ prin lege. În măsura în care nu există o asemenea excepție derogatorie, refuzul autorității publice sau instituției publice reprezintă o restrângere abuzivă a dreptului de acces la informații de interes public, restrângere ce vizează încălcarea dispozițiilor art. 1 alin. 2 din Legea nr. 544/2001, privind liberul acces la informațiile de interes public.

În contextul aplicării principiului proporționalității între interesul unei persoane de a afla o informație și interesul autorității respective de a menține acea informație clasificată, interesul public în dezvoltarea acelei informații trebuie să justifice soluția la care se ajunge prin cântărirea celor doua interese.

* Autoarea este judecător la Tribunalul Arad; iovanaseugenia@yahoo.com

CONTRADICTION DES DEBATS ET DOCUMENTS CONFIDENTIELS. L'ETAT DE LA QUESTION EN DROIT BELGE

Michel LEROY*

***Résumé:** Le respect des droits de la défense implique que les parties à un procès puissent prendre connaissance de toutes les pièces du dossier et en discuter le contenu et l'incidence sur le litige. Ce droit peut entrer en conflit avec d'autres valeurs fondamentales.*

En droit pénal, il est possible de recueillir des témoignages de manière anonyme, pour assurer la sécurité des témoins.

En contentieux administratif, certains documents sont protégés par un secret légal. Ce secret est absolu en Belgique, pour les communications entre le cabinet du Roi et les ministres.

Le secret médical oppose fréquemment les médecins, qui refusent de divulguer des informations relatives à l'état de santé de personnes en cause dans un litige, aux juridictions, qui estiment que ces informations doivent être versés au dossier si c'est nécessaire pour trancher un litige.

Les documents issus d'une instruction répressive peuvent être produits en justice avec l'autorisation du procureur général près une cour d'appel ou du procureur fédéral.

Les documents «classifiés», auxquels la loi attribue un caractère secret ne peuvent pas être produits tels quels, mais le contenu doit être porté à la connaissance du juge et des parties lorsque c'est nécessaire pour apprécier la légalité d'un acte administratif.

En ce qui concerne les documents que les lois sur la transparence administrative autorisent à soustraire à la publicité, ils doivent être communiqués à la juridiction, mais cachés aux parties.

Pour les secrets de fabrication et les secrets commerciaux, la Cour constitutionnelle belge et la Cour de justice des Communautés européennes estiment toutes deux qu'aucun document ne peut être soustrait aux juges, mais que certains d'entre eux peuvent ne pas être communiqués aux parties. La Cour constitutionnelle rattache la protection des secrets d'affaires au respect du droit à la vie privée, comme l'avait fait la Cour européenne des droits de l'homme, mais en allant plus loin qu'elle. La Cour de justice des Communautés européennes base son raisonnement également sur le respect de la vie privée et, en outre, sur les directives relatives aux recours en matière de passation des marchés publics.

L'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – qui garantit «le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires» – fournira à cette jurisprudence une base plus adéquate.

Mots clés: documents confidentiels, droit belge, contentieux administratif, droit de la défense

Cuvinte cheie: documente confidentiale, drept belgian, contencios administrativ, dreptul la apărare

Introduction

Le respect des droits de la défense, ou, plus généralement de la contradiction des débats, est un des principes les plus fondamentaux de l'exercice de la justice. Il implique que non seulement les parties puissent avoir connaissance de tous les arguments présentés au juge et qu'elles soient en mesure de les discuter, mais aussi qu'elles puissent prendre connaissance de toutes les pièces du dossier et formuler à leur sujet toute observation qu'elles jugent utile.

Ce droit fondamental d'accès des parties à tous les documents utiles à la solution d'un litige peut, en certaines occasions, entrer en conflit avec d'autres valeurs fondamentales.

C'est une problématique à laquelle la justice pénale est régulièrement confrontée. Les mœurs du milieu criminel sont telles que la sécurité, et même la vie des témoins, indicateurs ou complices repentis, est en grand danger si les personnes poursuivies apprennent par qui la police ou les autorités judiciaires ont obtenu les informations qui ont permis leur arrestation. Aussi, dans bon nombre de pays, les règles de procédure pénale ont-elles été aménagées en vue de sauvegarder l'anonymat des témoignages. Une affaire où cela s'était produit, aux Pays-Bas, a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a admis cette entorse aux droits de la défense, non sans exprimer quelque réticence:

«Le maintien de cet anonymat confronta la défense à des difficultés qui ne devraient normalement pas s'élever dans le cadre d'un procès pénal. Néanmoins, aucune violation de... la Convention ne peut être constatée s'il est établi que la procédure suivie devant les autorités judiciaires a suffisamment compensé les obstacles auxquels se heurtait la défense... S'il eût été clairement préférable que le requérant assistât à l'interrogatoire des témoins, la Cour considère, tout bien pesé, que la cour d'appel d'Amsterdam a pu estimer que les intérêts du requérant étaient, à cet égard, moins importants que la nécessité de garantir la sécurité des témoins...»¹.

Le contentieux administratif a rarement affaire à des justiciables aussi dangereux que les truands qui forment la «clientèle» habituelle des juridictions pénales, mais des cas peuvent se présenter où des informations ne peuvent être divulguées sans risque grave pour la sécurité de personnes, pour le fonctionnement des pouvoirs publics, ou pour les intérêts de tiers. Certains documents sont protégés par un secret légal, et ce serait même commettre une infraction que leur donner de la publicité.

A notre connaissance, l'affaire la plus ancienne où le problème s'est posé s'est passée en Angleterre. Un sous-marin avait fait naufrage le 1^{er} juin 1939 lors de sa première plongée d'essai, et les proches des marins qui avaient perdu la vie dans l'accident soutenaient qu'un vice de conception était la cause du drame. Ils ont agi en justice pour entendre condamner le constructeur en raison de ce vice. Les plans du sous-marin ont été remis au juge, mais l'Amirauté avait expressément indiqué qu'ils étaient couverts par le secret militaire, et qu'ils ne pouvaient être exhibés aux plaignants. Le juge a fait droit à cette demande et a refusé que les

plaignants puissent consulter les plans et documents relatifs à la construction du navire². Bien plus tard, il est apparu que c'était bien jugé, car le sous-marin était équipé de tubes lance-torpilles d'un modèle nouveau, qui était encore secret en 1942, lors du procès.

Le Conseil d'Etat belge a également été confronté à la question, et depuis fort longtemps, il admet que certains documents présentent un caractère confidentiel ou secret qui empêche qu'ils lui soient communiqués ou que, lui étant communiqués, ils soient portés à la connaissance des parties.

«Colloque constitutionnel»

Un exemple classique est donné, dans la monarchie constitutionnelle qu'est la Belgique, par les correspondances entre le cabinet du Roi et les ministres, couvertes par le secret de ce qu'on appelle le «colloque constitutionnel», expression qui désigne les propos échangés entre le chef de l'Etat et les ministres qui assument la responsabilité de ses actes. Ces documents ne peuvent jamais être remis au Conseil d'Etat ni figurer au dossier administratif³. La règle est d'ordre public car elle est liée à un élément essentiel du régime politique.

Des solutions plus nuancées s'imposent pour d'autres documents couverts par un secret légal; ceux-ci sont de différentes natures, et la solution varie.

Secret médical

Le secret médical incite souvent les médecins à ne pas divulguer à des non-médecins, et notamment aux juridictions, les documents relatifs à l'état de santé de personnes en cause dans un litige. Les juridictions, et notamment le Conseil d'Etat, ne partagent pas cette conception, estimant que les documents couverts par le secret médical doivent être versés au dossier si la personne qu'ils concernent le demande expressément, ou implicitement, en exposant une argumentation qui repose sur eux⁴. En outre, les conclusions du service de santé administratif – service du ministère de la Santé publique chargé d'apprécier l'état de santé des fonctionnaires – sont par nature destinées à l'administration et doivent se retrouver dans le dossier relatif à l'élaboration des décisions fondées sur elles⁵. Il en va de même des rapports établis par des médecins conseils de l'administration lorsque celle-ci est appelée à prendre une décision en fonction de l'état de santé d'un administré⁶.

Le problème concerne toutes les juridictions, y compris la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes⁷; partout, juristes et médecins s'opposent de manière récurrente.

Documents issus d'une instruction répressive

Les documents afférents à une information ou une instruction répressive sont couverts par le secret de l'instruction, mais le procureur général ou le procureur fédéral, selon le cas, peut autoriser que des copies soient transmises⁸.

C'est une faculté que les administrations utilisent fréquemment lorsque des faits qui sont poursuivis pénalement sont de nature à donner lieu à des mesures administratives (poursuites disciplinaires, rectifications fiscales, *etc.*). Quant à savoir si, une fois l'autorisation obtenue, le document est soumis aux règles relatives à la publicité des actes administratifs, la jurisprudence est partagée⁹. Il nous paraît que lorsque le procureur compétent a donné son autorisation, le bénéficiaire de celle-ci peut entrer en possession du document et en faire ce qu'il veut – généralement, le produire en justice – sans que personne ne soit en mesure d'en contrôler ou d'en limiter l'usage; il en va de même quand c'est une autorité publique qui a été autorisée à prendre connaissance d'un dossier répressif, à cela près qu'en sa qualité d'autorité publique, elle est tenue à certaines obligations, notamment en matière de publicité des documents administratifs, obligations qui n'ont pu échapper au procureur lorsqu'il a donné l'autorisation de communiquer le dossier répressif. Autrement dit, il nous paraît cohérent de soumettre les documents issus d'un tel dossier au droit commun des documents administratifs, et de n'y refuser le droit d'accès que dans les conditions où un document administratif «ordinaire» peut y être soustrait.

Documents classifiés

Lorsqu'une disposition législative attribue expressément un caractère secret à certains documents, elle s'oppose à ce qu'ils soient portés à la connaissance de personnes non autorisées à les consulter. L'exemple le plus caractéristique est donné par les classifications décidées en application de la loi¹⁰: une multitude de «choses»¹¹ peuvent être classifiées comme confidentielles, secrètes ou très secrètes pour des raisons qui tiennent soit à la sécurité, soit à des intérêts fondamentaux de l'Etat¹²; elles sont alors accessibles uniquement aux personnes qui sont titulaires d'une «habilitation de sécurité», laquelle n'est délivrée qu'après une enquête destinée à établir si ceux qui la demandent, ou pour qui elle est demandée, présentent des garanties suffisantes de discrétion, de loyauté et d'intégrité. La loi porte, il est vrai, que l'interdiction d'accès à ces informations est établie «sans préjudice des compétences propres des autorités judiciaires»¹³; les exceptions étant, en règle, de stricte interprétation, on peut douter que le Conseil d'Etat – dont aucun membre n'est titulaire d'une habilitation de sécurité – puisse en bénéficier¹⁴, encore qu'aucune raison n'apparaît de lui refuser ce qu'on accorde aux membres du pouvoir judiciaire.

Le Conseil d'Etat ne semble avoir été confronté à ce problème qu'à propos des informations recueillies par la Sûreté de l'Etat. Les pièces elles-mêmes, qui seraient notamment de nature à révéler l'identité des informateurs, restent secrètes; mais si des informations collectées par la Sûreté sont à l'origine d'une décision administrative, le dossier doit au moins contenir une note indiquant de quoi il s'agit¹⁵ et sur quoi elles reposent¹⁶. Les dossiers de la Sûreté ne sont pas couverts par une sorte d'exception générale qui les soustrairaient tous à la publicité; il faut examiner cas par cas si leur contenu peut être divulgué, partiellement s'il échet¹⁷. Et si le document lui-même ne peut être exhibé, sa teneur doit être révélée, au moins succinctement, dans la mesure où elle est nécessaire pour justifier la légalité d'un acte administratif.

La même solution avait été adoptée dès avant que n'existe la législation sur les classifications¹⁸.

Documents soustraits à la publicité

L'administration publique a longtemps été dominée par la règle du secret; le terme «secrétariat» lui-même en dérive. La conception du secret professionnel que la plupart des fonctionnaires avaient les conduisait à ne divulguer qu'avec une extrême réticence les renseignements qui étaient en leur possession.

Une série de textes adoptés depuis 1990 vont à l'encontre de cette tendance. Le plus important est l'article 32 de la Constitution belge¹⁹:

«Chacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi...»²⁰.

A l'opposé des conceptions qui avaient de tout temps prévalu, la Constitution pose à présent le principe que les documents administratifs sont publics, sauf si un acte législatif en dispose autrement. Diverses législations de l'Etat fédéral et des entités fédérées²¹, permettent ou imposent, toutes à peu près dans les mêmes termes, que certains documents soient soustraits à la publicité. Pour les uns, l'interdiction de divulguer est absolue: il s'agit notamment de documents relatifs à la vie privée d'un administré, à une obligation légale de secret, ou au secret des délibérations gouvernementales. Pour d'autres, il appartient à l'autorité d'apprécier si l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection d'intérêts énumérés dans les diverses législations; parmi ces intérêts figurent notamment la sécurité et l'ordre publics, les droits des administrés, les relations internationales, la recherche des faits punissables, certains intérêts économiques.

La plupart des législations ont organisé un recours contre les décisions par lesquelles des autorités administratives refusent l'accès à des documents administratifs qu'elles détiennent. Le demandeur peut leur adresser une *demande de reconsidération*²², et saisir en même temps une des *commissions d'accès aux documents administratifs*²³ créées à cette fin. La commission compétente donne un avis²⁴ à l'autorité, qui statue sur la demande de reconsidération après réception de l'avis, ou après expiration du délai dans lequel l'avis aurait dû lui parvenir. A défaut de décision, l'autorité est réputée avoir rejeté la demande de consultation.

Un des effets de ces législations est de mettre fin à une perversion qu'a connue le recours en annulation au Conseil d'Etat. Parfois des recours étaient introduits sans que les requérants connaissent les tenants et aboutissants de l'acte qui les contrariait, et c'est en consultant le dossier administratif au greffe du Conseil d'Etat qu'ils se rendaient compte que cet acte n'était pas critiquable. La requête en annulation faisait là office d'action *ad exhibendum*, et une fois qu'ils étaient correctement informés des motifs de l'acte, bien des requérants se désistaient du recours, s'en désintéressaient, ou poursuivaient la procédure sans conviction.

L'on ne peut toutefois aligner purement et simplement la catégorie des documents qui doivent figurer au dossier produit en justice sur celle des documents communicables en application des législations sur l'accès aux documents administratifs. Les finalités sont différentes: assurer l'information du public dans un cas; permettre à une juridiction de trancher en pleine connaissance de cause dans l'autre. Cette mission-ci justifie parfois le dépôt au dossier contentieux de documents qui ne pourraient pas être obtenus au nom de la transparence administrative²⁵. Les données personnelles (situation familiale, informations étrangères aux aptitudes requises pour la fonction...) relatives à des candidats à un emploi public, par exemple, font partie des documents que les commissions d'accès aux documents administratifs refusent de communiquer, alors que les *curriculum vitae* de tous les candidats – du moins de tous ceux qui sont affectés par le recours – font normalement partie du dossier remis à la juridiction.

Quand une personne a demandé à prendre connaissance d'un document administratif et que cela lui a été refusé – autrement dit, quand la demande de reconsidération a été rejetée – c'est par une décision administrative; celle-ci est donc susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. Ici surgit un problème: le document dont la consultation a été refusée peut-il ou doit-il être communiqué au Conseil d'Etat et versé au dossier administratif? Répondre oui réduirait à néant les dispositions qui confèrent un caractère secret à certains documents. Répondre non irait à l'encontre du droit qu'a le Conseil d'Etat de se faire communiquer par les autorités administratives tous les documents relatifs aux affaires qui lui sont soumises²⁶, droit essentiel pour rendre la justice en matière administrative. On peut aussi répondre oui à la première partie de la question (le document doit-il être communiqué au Conseil d'Etat?) et non à la deuxième partie (doit-il être versé au dossier?), mais là, c'est le principe du contradictoire qui est mis à mal.

La jurisprudence s'est d'abord montrée hésitante, et, avant d'avoir été confrontée directement au problème, les allusions qu'elle y a faites penchent en sens divers²⁷. Certains arrêts semblent distinguer la communication de documents au Conseil d'Etat de leur divulgation aux parties, mais la tendance dominante a d'abord été que le Conseil se fasse produire les documents et les verse au dossier, où les parties peuvent en prendre connaissance, au risque de susciter des inconvénients pour les administrations²⁸, ou de mettre à mal le secret fiscal et le respect de la vie privée qu'il tend notamment à protéger²⁹. Mais le jour où la communication d'une pièce a risqué de mettre en péril la sécurité de personnes, la production en a été ordonnée en vue de la consultation de la pièce par la juridiction uniquement, sans communication à la partie qui attaquait le refus de la lui laisser consulter³⁰.

C'est la voie qu'a adoptée également le conseil d'Etat français³¹: certains documents peuvent être communiqués à la juridiction, mais cachés aux parties. Cela heurte le principe du contradictoire, mais dans certaines circonstances, la publicité donnée à certains documents pourrait avoir des conséquences graves, dépassant de loin «les inconvénients que susciterait pour une autorité administrative le dépôt de

certaines pièces» évoqués par quelques arrêts du conseil d'Etat belge³². On songe particulièrement à la divulgation de «l'identité de la personne qui a communiqué le document ou l'information à l'autorité administrative à titre confidentiel pour dénoncer un fait punissable ou supposé tel»³³, qui serait lourde de menaces pour la sécurité de cette personne.

Secret de fabrication et secret commercial

Lorsqu'un dossier administratif contient des pièces émanant de firmes industrielles ou commerciales qui contiennent des informations confidentielles destinées à l'autorité mais non à leurs concurrents, comme les offres qu'elles ont présentées à un marché public ou dans une autre procédure d'appel à la concurrence³⁴, leur divulgation risque de porter atteinte à des secrets de fabrication. Les détenteurs de ces secrets peuvent légitimement s'y opposer. Mais cette confidentialité est malaisément compatible avec le respect des droits de la défense, qui commande que toute pièce soumise à l'appréciation du juge soit communiquée aux parties³⁵.

Comme la question met en cause à la fois des principes constitutionnels et des règles de l'Union européenne, des questions préjudicielles ont été posées à ce sujet par le Conseil d'Etat belge à la Cour constitutionnelle et à la Cour de Justice des Communautés européennes³⁶.

Jurisprudence de la Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle a rattaché³⁷ la protection des secrets d'affaires au respect du droit à la vie privée, dont, à son estime, les personnes morales bénéficient aussi. Cette extension est pour le moins surprenante. Le droit à la vie privée est protégé par plusieurs textes: la Constitution belge, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Pacte international sur les droits civils et politiques. Dans sa conception première, il n'est guère douteux qu'il vise essentiellement les personnes physiques. La Convention européenne et la Constitution belge protègent «la vie privée et familiale», comme s'il s'agissait d'une seule et même chose, ce qui implique que les bénéficiaires de la protection ont une «famille», donc qu'ils sont des êtres humains. Mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a étendu la protection. Deux arrêts sont particulièrement significatifs, qui concernent, l'un, le secret des documents détenus dans un cabinet d'avocat³⁸, l'autre l'interdiction professionnelle qui frappe les faillis³⁹. La Cour constitutionnelle a étendu la portée de ces arrêts et a intégré à la vie privée, dans un premier temps du raisonnement, «les secrets d'affaires détenus par une personne physique» et, dans un second temps, ceux des personnes morales. La conclusion était malaisément compatible avec le principe de la contradiction des débats; sur ce point la Cour s'est montrée particulièrement nuancée:

«Les droits de la défense doivent... être mis en balance avec les intérêts qui relèvent du domaine de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. On peut ainsi concevoir des situations exceptionnelles dans lesquelles certaines pièces du dossier, en raison par exemple de leur caractère confidentiel, échappent à la contradiction... Seules sont légitimes au regard de l'article 6.1 de la Convention précitée les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires. De surcroît, les difficultés qu'éprouverait une des parties dans l'exercice de sa défense en raison d'une limitation de ses droits doivent être compensées par la garantie qu'offre la procédure suivie devant la juridiction... Inversement, les atteintes à la vie privée qui découlent d'une procédure judiciaire doivent se limiter autant que faire se peut à celles rendues strictement nécessaires par les spécificités de la procédure, d'une part, et par les données du litige, d'autre part.»

D'où elle conclut que, pour respecter la Constitution, les règles relatives à la contradiction des débats doivent permettre qu'une partie au procès puisse demander que certaines pièces ne soient pas communiquées aux autres parties en raison de leur caractère confidentiel.

Et elle ajoute: «Si le droit à un procès équitable est violé lorsque des documents essentiels à la solution du litige ne sont pas communiqués à l'une des parties à la cause..., ce principe doit céder lorsque son application stricte engendrerait une violation manifeste du droit au respect de la vie privée de certaines personnes, en leur faisant courir un risque particulièrement grave et très difficilement réparable... Dans ces hypothèses, des éléments décisifs pour la solution du litige peuvent être soustraits à la contradiction des parties pour autant que la procédure compense, dans toute la mesure du possible, le handicap sévère qui en découle pour certaines d'entre elles. A ce titre, les parties doivent être informées de ce qu'il existe des pièces confidentielles et être en mesure de consulter, si possible, une version non confidentielle de ces documents. En outre, il convient qu'un juge indépendant et impartial puisse contrôler la confidentialité alléguée de ces pièces ainsi que leur exactitude et leur pertinence.»

Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

La Cour de justice des Communautés européennes⁴⁰, quant à elle, a basé son raisonnement sur les directives relatives aux recours en matière de passation des marchés publics⁴¹. Celles-ci imposent d'abord aux autorités administratives qui attribuent des marchés publics d'informer les candidats non retenus des raisons pour lesquelles leur offre a été écartée ou une autre offre a été préférée à la leur. Dès ce stade, toutefois, ces autorités peuvent omettre certains renseignements «lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, ou serait contraire à l'intérêt public, ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs»⁴². Ceci n'est qu'une application de la règle selon laquelle «les pouvoirs adjudicateurs

doivent respecter le caractère confidentiel de tous les renseignements donnés par les fournisseurs»⁴³. Plus fondamentalement, l'enjeu du débat est l'ouverture à la concurrence au niveau de l'Union européenne, qui s'oppose à ce que soient divulguées des informations dont le contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence.

L'obligation de confidentialité qui s'impose aux administrations rejaillit sur la juridiction qui est saisie d'un recours contre leurs décisions. Son effet serait évidemment anéanti si, à l'occasion de ce recours, les informations confidentielles étaient mises à la disposition des personnes à qui l'administration ne pouvait les communiquer, ou de leurs avocats.

Il reste que la solution malmenait le respect du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que la Cour de justice des Communautés européennes veille à respecter. Se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle relève que «dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas communiquer certaines informations aux parties afin de préserver les droits fondamentaux d'un tiers ou de sauvegarder un intérêt public important». Le droit fondamental en cause, elle le trouve, comme la Cour constitutionnelle belge et en se fondant en partie sur les mêmes arrêts, dans le droit au respect de la vie privée. Pour les trois juridictions, la vie privée s'étend aux «activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales, activités qui peuvent comprendre la participation à une procédure de passation d'un marché public». La Cour de justice rappelle qu'elle «a reconnu la protection des secrets d'affaires comme un principe général», renvoyant à des arrêts qui déduisent cette protection de l'article du Traité de Rome qui interdit aux fonctionnaires et agents de divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient⁴⁴. Elle ajoute que «le maintien d'une concurrence loyale dans le cadre des procédures de passation de marchés publics constitue un intérêt public important dont la sauvegarde est admise...». Elle conclut que, «dans le cadre d'un recours formé contre une décision prise par un pouvoir adjudicateur relative à une procédure de passation d'un marché public, le principe du contradictoire n'implique pas pour les parties un droit d'accès illimité et absolu à l'ensemble des informations relatives à la procédure de passation en cause qui ont été déposées devant l'instance responsable du recours. Au contraire, ce droit d'accès doit être mis en balance avec le droit d'autres opérateurs économiques à la protection de leurs informations confidentielles et de leurs secrets d'affaires».

En revanche, «l'instance responsable des recours doit nécessairement pouvoir disposer des informations requises pour être à même de se prononcer en toute connaissance de cause, y compris les informations confidentielles et les secrets d'affaires».

Conclusion

Le traitement juridictionnel des données confidentielles touche à des matières très diverses, et la question a surgi devant plusieurs juridictions, dans plusieurs pays. La réponse a toujours été, en substance, la même: à l'exception de ceux qui touchent à l'inviolabilité de la personne du Roi, aucun document ne peut être soustrait aux juges, mais certains d'entre eux peuvent être soustraits à la communication aux parties.

La justification de la réponse, elle, a varié. Pour tenir en échec un droit fondamental, il faut, en droit et en logique, lui opposer un autre droit fondamental. D'où la recherche à tout prix d'une disposition de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – où trouver plus sûrement un droit fondamental? – qui puisse être opposée à une des composantes essentielles du droit au débat contradictoire. La Cour constitutionnelle belge et, pour une part de son raisonnement, la Cour de justice des Communautés européennes, ont retenu à cet effet le droit à la protection de la vie privée. Elles pouvaient invoquer à l'appui de cette option la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais il fallait extrapoler.

À Strasbourg, en effet, une atteinte à la vie privée a été reconnue par un premier arrêt à propos d'une perquisition menée dans un cabinet d'avocat en vue de découvrir des preuves à l'encontre d'une personne que cet avocat avait défendue⁴⁵. L'affaire présentait deux particularités qui devraient inciter à se montrer prudent avant de transposer son enseignement à d'autres hypothèses. D'une part, la profession en cause était celle d'un indépendant, et la Cour a relevé que «dans les occupations de quelqu'un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort. Spécialement, les tâches d'un membre d'une profession libérale peuvent constituer un élément de sa vie à un si haut degré que l'on ne saurait dire en quelle qualité il agit à un moment donné». D'autre part, la profession en cause est de celles dont les clients sont le plus amenés à faire part de questions strictement privées, de sorte que les dossiers conservés dans un cabinet d'avocat regorgent d'informations qui ne peuvent en sortir. Selon l'autre arrêt, les incapacités que le droit italien attache à une déclaration de faillite en ce qui concerne l'exercice de la tutelle, l'administration d'une société et l'accès à certains emplois publics, sont contraires à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴⁶.

Bien rares sont les notions juridiques dont les contours sont parfaitement définis. Celle de «vie privée» ne fait pas exception. Il reste quand même que, dans l'usage courant à tout le moins, elle s'oppose à celle de «vie publique» – ce qui n'est pas en cause ici –, mais aussi à celle de «vie professionnelle». En plaçant celle-ci, ou certains aspects de celle-ci, sous la protection due à la vie privée, les juges de Strasbourg ont déjà procédé à une extension sensible de son champ d'application.

Mais la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour constitutionnelle belge ont franchi un pas de plus, qui est d'étendre la protection de la vie privée – «privée et familiale» porte la Convention – aux activités, forcément professionnelles, des personnes morales.

Il n'est guère douteux que certains secrets de fabrication doivent être protégés, et que ni une procédure administrative, ni un procès ne peuvent les porter à la connaissance des concurrents. Mais la justification tirée du droit européen de la concurrence est plus convaincante que celle qui a été déduite du droit au respect de la vie privée.

La jurisprudence qui invoque l'article 8 de la Convention procède apparemment de l'idée que seul un droit déposé dans un instrument de garantie des droits fondamentaux peut utilement être opposé à cet autre droit fondamental qu'est la contradiction des débats et ses implications, garanti par l'article 6 de la même Convention. Elle pêche à notre sens par un formalisme excessif. Quand deux règles de droit sont en opposition, et qu'elles trouvent leur source dans des textes qui sont de même valeur – et une convention internationale en vaut une autre –, il n'y a pas d'hérésie juridique à ce qu'un droit de l'une tienne en échec un droit de l'autre. L'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fournira à la jurisprudence une base plus adéquate en son article 41, qui garantit «le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires».

* Autorul este Președinte de Cameră la Consiliul de Stat belgian și titular de curs la Universitățile libere de Bruxelles – michel.leroy@raadsvst-consetat.be

¹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Doorson c. Pays-Bas*, 26 mars 1996, §§ 72 et 74.

² Voir H.W.R. WADE, *Administrative law*, 3rd édition, Clarendon law series, Oxford, 1971, p. 307.

³ Conseil d'Etat, arrêts no 1222, 19 décembre 1951, *Michielsens*; no-7082, 19 mai 1959, *Meulemeester*; no 7888, 24 mai 1960, *Vandendries et crts.*

⁴ Conseil d'Etat, arrêt no 41.211, 27 novembre 1993, *Jander*.

⁵ Conseil d'Etat, arrêt no 16.702, 6 novembre 1974, *Van De Plas*.

⁶ Conseil d'Etat, arrêt no 67.541, 22 juillet 1997, *Lando*.

⁷ Voir particulièrement l'arrêt de la C.J.C.E. du 10 juin 1980, *J.T.*, 1978, 739, et l'étude de François GLANSDORFF et Dominique LAGASSE, «Le secret médical administratif et ses prolongements. A propos de l'arrêt Mille M... du 10 juin 1980 de la Cour de justice des Communautés européennes, *J.T.* 1981, pp. 733 à 738.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'absence de communication de l'avis du médecin désigné par la juridiction pour procéder à l'examen médical préalable de son dossier, à une partie afin qu'elle puisse le discuter, constitue une violation de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Cour eur.D.H., 11 janvier 2007, *req. 71665/01, aff. Augusto c. France*).

⁸ Code judiciaire, article 1380; règlement général sur les frais de justice en matière répressive (arrêté royal du 28 décembre 1950), articles 125 et 144bis.

⁹ Conseil d'Etat, arrêts no 39.104, 30 mars 1992, *Navez*; no 94.41 9, 28 mars 2001, *Swartenbroeckx et Vercrijssse*; no 97.056, 27 juin 2001, *Tassin*; no 97.057, 27 juin 2001, *s.c.r.l., «AS»*:

«A la suite de l'autorisation d'accès et de copie donnée par le procureur général à l'administration fiscale, les copies des pièces du dossier judiciaire acquièrent le statut de document administratif entrant dans le champ d'application de la loi du 11 avril 1994».

Conseil d'Etat, arrêts no 85.177, 8 février 2000, *Ghysels et Van Roy*; no 85.178, 8 février 2000, *Lambert et crts Ghigny*; no 94.759, 18 avril 2001, *Michel*; no 94.760, 18 avril 2001, *Rosoux*:

«Qu'il se déduit à la fois de la définition du "document administratif" et de celle d'"autorité administrative", figurant à l'article 1^{er} de la loi précitée du 11 avril 1994, ainsi que du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs que les informations utilisées par les organes de l'ordre judiciaire dans le cadre de la recherche ou de la poursuite de faits punissables ne constituent pas des "documents administratifs", pas plus que le procureur général, le procureur du Roi ou le juge d'instruction ne peuvent être considérés comme des "autorités administratives" lorsqu'ils constituent et gèrent un dossier répressif; qu'il se déduit de ces éléments que des informations provenant d'un dossier judiciaire à l'instruction ne peuvent être obtenues sur la base de la loi relative à la publicité de l'administration».

¹⁰ Loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité.

¹¹ Informations, documents ou données, matériel, matériaux ou matières, sous quelque forme que ce soit.

¹² La liste des intérêts qui peuvent fonder une classification est la suivante:

«a) la défense de l'intégrité du territoire national et des plans de défense militaire;

b) l'accomplissement des missions des forces armées;

c) la sûreté intérieure de l'Etat, y compris dans le domaine de l'énergie nucléaire, et la pérennité de l'ordre démocratique et constitutionnel;

d) la sûreté extérieure de l'Etat et les relations internationales de la Belgique;

e) le potentiel scientifique et économique du pays;

f) tout autre intérêt fondamental de l'Etat;

g) la sécurité des ressortissants belges à l'étranger;

h) le fonctionnement des organes décisionnels de l'Etat.

i) la sécurité des personnes auxquelles en vertu de l'article 104, § 2, du Code d'instruction criminelle, des mesures de protection spéciales sont octroyées».

¹³ Et «de celles de la cellule de traitement des informations financières et de celles des membres de l'organe de recours visé par la loi du 11 décembre 1998 portant création d'un organe de recours en matière d'habilitations, d'attestations et d'avis de sécurité», mais ceci est étranger au problème de la production de documents en justice.

¹⁴ Pascal GILLIAUX, «Le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice des Communautés européennes. L'expérience du Conseil d'Etat belge», *A.P.T.* 2003, note 398, p. 48.

¹⁵ Conseil d'Etat, arrêts n^{os} 1707 à 1711, 4 juillet 1952, *Alpi et autres*; no. 2861, 28 octobre 1953, *Groesz*; no. 3109, 29 janvier 1954, *Bettini*:

«Considérant que, si... la loi n'oblige pas le gouvernement à communiquer et à révéler des informations qui ne seraient susceptibles de recevoir aucune publicité sans grave danger pour l'ordre public, cet article oblige cependant la partie adverse à justifier devant le Conseil d'Etat la décision incriminée; qu'il ne lui suffit pas de se référer à un motif formulé en termes généraux dans l'acte lui-même».

¹⁶ Conseil d'Etat, arrêt no 102.788, 23 janvier 2002, *Amand*:

«Que l'on ne peut... se satisfaire des renseignements fournis en l'espèce par la Sûreté de l'Etat, sans indications de sources, selon lesquels lors d'une réunion, le requérant aurait tenu des propos racistes non autrement précisés et se serait, au cours de réunions, vanté d'avoir été impliqué dans l'affaire des tueries du Brabant wallon, d'avoir travaillé avec la Brigade de surveillance et de recherches et d'avoir touché de l'argent pour se taire sur certaines affaires, d'autant que ces renseignements n'ont pas donné lieu à des informations ou enquêtes judiciaires qui leur auraient donné consistance et en auraient révélé la gravité».

Conseil d'Etat, arrêt no 139.171, 13 janvier 2005, *XXX*:

«Considérant que ledit rapport (de la Sûreté)... se borne à affirmer que "XXX nous est connu depuis des années, pour ses liens suivis avec le Groupe Islamique Armé", sans donner aucune autre indication; que la partie adverse déduit de ce seul rapport que le requérant représente un danger pour l'ordre public; qu'ainsi, le Conseil d'Etat est mis dans l'impossibilité de vérifier si ce motif est exact et adéquat».

Conseil d'Etat, arrêt no 103.016, 30 janvier 2002, *XXX*:

«Considérant qu'en l'espèce, la Sûreté de l'Etat a communiqué les renseignements suivants:

“XXX a été imam à la mosquée radicale bruxelloise El Khalil.

En plus, il nous est connu comme une des figures de proue du salafisme djihadien dans notre pays. Le salafisme djihadien est l'émanation la plus radicale (voire violente) du salafisme, un courant de pensée islamique ultra-orthodoxe, qui défend l'instauration d'un état islamique, et qui est opposé à la démocratie occidentale et à l'intégration des immigrés musulmans dans la société d'accueil”;

Considérant... que le ministre, qui est responsable de l'ordre public, dispose d'un pouvoir d'appréciation pour évaluer si le danger pour l'ordre public qui est porté à sa connaissance justifie que l'intéressé soit exclu du bénéfice de la loi du 22 décembre 1999; qu'en l'espèce, sachant que des actes de violence d'une gravité extrême ont parfois été commis par des personnes au passé judiciaire irréprochable, mais appartenant à des courants d'opinion analogues à celui dont le requérant est considéré par la Sûreté comme une “figure de proue”, le ministre a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, estimer que le requérant représentait un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale».

¹⁷ Conseil d'Etat, arrêts no 132.072, 7 juin 2004, *Lybaert*; no 91.531, 11 décembre 2000, *Dewinter*.

¹⁸ Conseil d'Etat, arrêts no 1707 à 1711, 4 juillet 1952, *Alpi et autres*, et no 2670 à 2677, 13 juillet 1953, *Cazier et autres*.

¹⁹ Introduit le 18 juin 1993 sous le no 24^{ter}, et repris dans la coordination du 14 février 1994 sous le no 32.

²⁰ La suite de l'article précise qu'il s'agit de la loi fédérale ou de la loi d'une entité fédérée, en des termes difficiles à comprendre pour qui ne connaît pas le droit constitutionnel belge.

²¹ Textes à portée générale: décret (VI) du 23 octobre 1991 relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements de l'exécutif flamand, remplacé par le décret du 18 mai 1999, puis par le décret du 26 mars 2004 relatif à la publicité de l'administration; loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration; décret (F) du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration; décret (W) du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration; ordonnance (Bxl) du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration; décret (D) du 16 octobre 1995 relatif à la publicité des documents administratifs; décret (C.o.c.o.f) du 11 juillet 1996 relatif à la publicité de l'administration; ordonnance (C.c.c.) du 26 juin 1997 relative à la publicité de l'administration; loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes; décret (W) du 7 mars 2001 relatif à la publicité de l'administration dans les intercommunales wallonnes.

Textes propres à l'information environnementale: décret (W) du 13 juin 1991 concernant la liberté d'accès des citoyens à l'information relative à l'environnement; ordonnance (Bxl) du 29 août 1991 sur l'accès à l'information relative à l'environnement dans la Région de Bruxelles-Capitale.

²² En communauté française, une «demande» tout court; en communauté flamande, un «recours».

²³ Il en existe une pour l'Etat fédéral et une par entité fédérée, sauf en communauté germanophone. Elle n'a pas de dénomination en Flandre, où il est simplement question d'«instance de recours».

²⁴ En matière environnementale uniquement, la commission d'accès aux documents administratifs de la région bruxelloise se prononce par voie de décision.

²⁵ Conseil d'Etat, arrêts no 83.593 et no 83.594, 23 novembre 1999, *Tournemenne* et *Kreutz*; no 84.102, 14 décembre 1999, *Nysthoven*; no 84.766, 19 janvier 2000, *Jacqmin*; no 86.150, 21 mars 2000, *Blondeau*.

«Considérant qu'il ne ressort ni de la loi du 11 avril 1994 ni de ses travaux préparatoires que les procédures organisées par celle-ci se superposeraient à celles qui sont applicables devant les juridictions administratives et judiciaires, selon les textes propres à chacune d'elles; que l'article 23, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose que la section d'administration a le droit de se faire communiquer par les autorités visées à l'alinéa 1^{er} et les administrations tous documents et renseignements relatifs aux affaires sur lesquelles elle est appelée à statuer; que les exceptions portées par la loi du 11 avril 1994 ne sauraient être utilement invoquées pour soustraire à l'examen du juge de l'excès de pouvoir les documents qui lui seraient

indispensables pour apprécier le fondement d'un moyen d'annulation; que les inconvénients que susciterait pour une autorité administrative le dépôt de certaines pièces ne peuvent justifier qu'une bonne administration de la justice soit entravée».

²⁶ L.c.c.e., article 23, alinéa 2.

²⁷ Au sujet de la corrélation entre droit d'accès aux documents administratifs et dépôt au dossier administratif produit devant le Conseil d'Etat, la jurisprudence a tenu des propos parfaitement contradictoires. Tantôt le Conseil d'Etat a considéré «que les documents visés par la loi du 11 avril 1994 couvrent notamment ceux qui font partie des dossiers administratifs qui sont déposés devant le Conseil d'Etat» (arrêt no 62.548, 14 octobre 1996, *Simenon*), ce qui laisse entendre que le champ d'application de la loi couvre tous les documents qui font partie d'un dossier administratif, plus d'autres. Ailleurs, il a jugé «que les exceptions portées par la loi du 11 avril 1994 ne sauraient être utilement invoquées pour soustraire à l'examen du juge de l'excès de pouvoir les documents qui lui seraient indispensables pour apprécier le fondement d'un moyen d'annulation; que les inconvénients que susciterait pour une autorité administrative le dépôt de certaines pièces ne peuvent justifier qu'une bonne administration de la justice soit entravée» (arrêts no 83.593 et no 83.594, 25 novembre 1999, *Tournemenne et Kreutz*; no 84.102, 14 décembre 1999, *Nysthoven*; no 84.766, 19 janvier 2000, *Jacqmin*; no 86.150, 21 mars 2000, *Blondeau*).

²⁸ Voir les arrêts cités *in fine* de la note précédente.

²⁹ Conseil d'Etat, arrêt no 81.741, 9 juillet 1999, *Scheppers de Bergstein*.

³⁰ Conseil d'Etat, arrêt no 163.733, 18 octobre 2006, *s.c.r.l. Jansen Frères*, à propos d'une dénonciation à l'origine d'investigations fiscales:

«...ainsi qu'il l'expose dans le rapport, l'auditeur chargé de l'instruction s'est fait produire ce document, mais ne l'a pas versé au dossier, tout en le tenant à la disposition des seuls membres de la chambre compétente;

Considérant d'une part, qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir de requérir des administrations compétentes la production de tous les documents nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis à la seule exception de ceux qui sont couverts par un secret garanti par la loi; que, d'autre part, si le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance, cette exigence est nécessairement exclue en ce qui concerne les documents dont le refus de communication constitue l'objet même du litige; qu'en se faisant produire la dénonciation dont la communication est demandée, et en la tenant à la disposition du Conseil, l'auditeur rapporteur a judicieusement usé du pouvoir de se faire communiquer tout document relatif aux affaires dont le Conseil d'Etat est saisi...; que l'entorse au principe du contradictoire que son non-dépôt au dossier emporte en ce que la requérante n'a pu y avoir accès, est une conséquence inéluctable du caractère secret que la loi permet à la partie adverse de lui conférer, caractère qui, en raison de la règle de droit administratif connue sous le nom de "privilège du préalable", prévaut jusqu'à l'annulation éventuelle de sa décision».

³¹ Cons. Et. de France, arrêt du 23 décembre 1988, *Banque de France c/ Huberschwiller*:

«Considérant d'une part, qu'il appartient au juge administratif de requérir des administrations compétentes la production de tous les documents nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis à la seule exception de ceux qui sont couverts par un secret garanti par la loi; que, d'autre part, si le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance, cette exigence est nécessairement exclue en ce qui concerne les documents dont le refus de communication constitue l'objet même du litige;

Considérant que l'état de l'instruction ne permettant pas d'apprécier le bien-fondé du moyen ci-dessus invoqué par la Banque de France pour justifier son refus, il y a lieu d'ordonner avant-dire-droit, tous droits et moyens des parties demeurant réservés, la production des deux rapports dont s'agit à la sous-section de la section du contentieux chargée de l'instruction de l'affaire sans que communication de ces pièces soit donnée à M. Huberschwiller, pour être ensuite statué ce qu'il appartiendra sur les conclusions de la Banque de France».

- ³² Conseil d'Etat, arrêts no 83.593 et no 83.594, 25 novembre 1999, *Tournemenne et Kreutz*; no 84.102, 14 décembre 1999, *Nysthoven*; no 84.766, 19 janvier 2000, *Jacqmin*; no 86.150, 21 mars 2000, *Blondeau*.
- ³³ Exception à la publicité prévue par l'article 6, § 1^{er}, 8, de la loi belge du 11 avril 1994.
- ³⁴ Par exemple pour reprendre une activité industrielle que des pouvoirs publics cèdent (arrêt no 165.959, 14 décembre 2006, *s.a.Telenet*).
- ³⁵ Voir Pierre-Olivier DEBROUX, «La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique», *R.D.C.* 2007, pp. 553 à 564).
- ³⁶ Conseil d'Etat, arrêt no 164.028, 24 octobre 2006, *s.a. Varec*.
- ³⁷ C.const. arrêt no 118/2007, 19 septembre 2007.
- ³⁸ Cour européenne des droits de l'homme, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*.
- ³⁹ Cour européenne des droits de l'homme, 23 mars 2006, *Vitiello c. Italie*.
- ⁴⁰ C.J.C.E. 14 février 2008 (aff. C-450/06), *Varec SA c. Belgique*.
- ⁴¹ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services; directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures; directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.
- ⁴² Article 7, § 1^{er}, de la directive 93/36, modifiée par la directive 97/52/CE.
- ⁴³ Article 15, paragraphe 2, de la directive 93/36.
- ⁴⁴ La Cour renvoie aux arrêts du 24 juin 1986, *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK/Commission*, 53/85, Rec. p. 1965, point 28, et du 19 mai 1994, *SEP/Commission*, C-36/92 P, Rec. p. I-1911, point 37. L'article pertinent du Traité de Rome était l'article 214, qui est devenu l'article 287 de la version consolidée du traité instituant la Communauté européenne.
- ⁴⁵ Cour européenne des droits de l'homme, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*.
- ⁴⁶ Cour européenne des droits de l'homme, 23 mars 2006, *Vitiello c. Italie*.

DAS ALLGEMEINE VERWALTUNGSRECHT ZWISCHEN RICHTERRECHT UND GESETZESRECHT

Dr. iur. Reinhard MUSSGNUG*

Rezumat. Dreptul administrativ general între un drept al judecătorilor și un drept reglementat prin lege. Materialul prezintă evoluția dreptului administrativ de la începuturile acestuia, sfârșitul secolului XIX, până în prezent.

Germania a codificat partea generală a dreptului administrativ abia în 1976, prin codul de procedură administrativă. Până în acel moment, dreptul administrativ german s-a bazat pe reguli nescrise, reguli care nu au fost consacrate legislativ, așa numitele „învățăături generale ale dreptului administrativ”; create de doctrină, au fost preluate ulterior de instanțele administrative și au constituit bazele jurisprudenței acestora. Motivul de aplicare a acestora a fost argumentarea lor solidă în drept: în timp ce pentru lege este valabil dictonul lui Thomas Hobbes „autoritas, non veritas facit legem”, pentru dreptul administrativ este valabil contrariul: „veritas, non autoritas facit iu administrativum”. Acestea i-au conferit dreptului administrativ pe de o parte o legătură cu realitatea înconjurătoare și flexibilitate, pe de altă parte. Instanțele au aplicat principiile fără a lua în considerare sensurile inițiale ale acestuia, schimbările din economie, tehnică și societate, mulându-și jurisprudența pe cazurile particulare. Această flexibilitate a dreptului dispăre. Se consideră că trebuie renunțat la ea, deoarece principiul constituțional al legăturii dintre administrație și lege ar necesita o reglementare a dreptului administrativ prin lege.

În centrul Codului de procedură administrativă (VwVfG) stă doctrina tradițională a actului administrativ. Se pune întrebarea dacă este necesară o reformă, în sensul completării instrumentelor autoritare ale actului administrativ cu instrumentele consensuale. În plus, codul de procedură administrativă este influențat de normele incidente ale dreptului comunitar, care va exclude pe această cale normele interne în conflict cu acesta.

Mots clés: droit administratif, jurisprudence, loi, droit des juges

Cuvinte cheie: drept administrativ, jurisprudență, lege, drept al judecătorilor

I. Das Allgemeine Verwaltungsrecht vor seiner gesetzlichen Regelung durch das Verwaltungsverfahrensgesetz

1. Die späten Anfänge des Allgemeinen Verwaltungsrechts

Das Allgemeine Verwaltungsrecht ist einer der jüngeren Zweige am Baum der Rechtswissenschaft. Der deutschen Jurisprudenz hat es jedenfalls erst am Ende des 19. Jahrhunderts entdeckt. Das Verdienst erkannt zu haben, daß es neben dem *Besonderen* auch ein *Allgemeines* Verwaltungsrecht gebührt für Deutschland dem 1846 geborenen und 1882 zum Professor im damals deutschen Straßburg avancierten OTTO MAYER.

OTTO MAYER war zwar nicht der erste, der dem Besonderen Verwaltungsrecht „Allgemeine Lehren“ vorangestellt hat.¹ Aber er war derjenige, der dem Allgemeinen Verwaltungsrecht mit seiner „Lehre vom Verwaltungsakt“ als erster feste Gestalt verliehen hat. Diesen Durchbruch erzielte OTTO MAYER mit seinem 1895/96 erschienen Lehrbuch „Deutsches Verwaltungsrecht“, das ihn für das deutsche Verwaltungsrecht zu dem gemacht hat, was Euklid für die Geometrie ist. Das epochemachend Neue dieses Lehrbuchs liegt darin, daß es all das, was bis dahin unter der Überschrift „Verwaltungsrecht“ abgehandelt worden ist, als „*Besonderes Verwaltungsrecht*“ in seinen zweiten Band verschoben und diesem einen den „Allgemeinen Lehren“ des Verwaltungsrechts gewidmeten ersten Band vorausgeschickt hat. Mit dieser Teilung in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil hat Otto Mayer dem Verwaltungsrecht endlich auch in Deutschland den Rang einer dem Bürgerlichen Recht, dem Strafrecht und dem Verfassungsrecht ebenbürtigen akademischen Disziplin gesichert.

Eine Besonderheit ist dem deutschen Verwaltungsrecht allerdings noch weit über 1895 hinaus erhalten geblieben: Sein Allgemeiner Teil war – anders als die Allgemeinen Teile des Bürgerlichen und des Strafrechts – nicht kodifiziert. Er beruhte statt dessen auf *ungeschriebenen* Grundsätzen, die man nicht einfach in einem Gesetz nachlesen konnte, sondern mühsam in den Lehrbüchern, in den Urteilen der Verwaltungsgerichte, und in den Fachzeitschriften suchen mußte. Aus diesem Grund kam den am BGB und am StGB geschulten Zivilrechtlern das Verwaltungsrecht exotisch vor. Manche von ihnen verleitete es sogar zu dem Irrtum, das Verwaltungsrecht sei ein Tummelfeld für juristische Dilettanten²; sie verwechselten sein gesetzliches Ungeregelt-Sein mit normativer Regellosigkeit.

Auch den Verwaltungsrechtlern selbst begann die Gesetzlosigkeit des Allgemeinen Verwaltungsrechts ab der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg ein ständig wachsendes Unbehagen zu bereiten. Für sie gaben dabei vor allem verfassungsrechtliche Gründe den Ausschlag. Das Verfassungsrecht meint zwar mit der *Bindung der Verwaltung an das Gesetz*³ keineswegs nur deren Steuerung durch schriftlich fixierte, vom staatlichen Gesetzgeber förmlich in Kraft gesetzte Rechtsnormen. Es akzeptiert vielmehr ebenso auch die allgemein anerkannten Normen des ungeschriebenen Rechts als taugliche Grundlage des Verwaltungshandelns und des gerichtlichen Urteilens. Gleichwohl leitete die deutsche Nachkriegs-Jurisprudenz aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Gesetzmäßigkeitsprinzips mit wachsendem Nachdruck die Forderung nach einer Kodifikation des Allgemeinen Verwaltungsrechts ab. Diese Forderung hat der Bundesgesetzgeber 1976 mit einem *Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetz* erfüllt⁴, dem zunächst 1977 elf und 1990 nach der Wiedervereinigung Deutschlands fünf weitere *Landesverwaltungsverfahrensgesetze*⁵ nachfolgten. Wir haben inzwischen also insgesamt 17 Kodifikationen des Allgemeinen Verwaltungsrechts, eine für den Bund und für jedes der 16 Bundesländer je eine partikulare eigene.

Dieses Nebeneinander des Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetzes und der 16 Landes-Verfahrensgesetzen gehört zu den querelles allemandes, die wir unserem föderalistischen Verfassungssystem verdanken. Weil in jedem dieser 17 Verwaltungsverfahrensgesetze im Wesentlichen genau das Gleiche steht,⁶ reden wir meist kurz angebunden nur vom VwVfG und lassen offen, ob wir das BVwVfG oder eines der 16 LVwVfG'e und gegebenenfalls welches von ihnen wir meinen. Genauer zitieren wir das VwVfG lediglich in den wenigen Fällen, in denen es darauf ausnahmsweise ankommt.⁷ Wikipedia macht es ebenso.⁸ Denn es ist wichtiger zu wissen, daß das auch deutsche Allgemeine Verwaltungsrecht seit dem Inkrafttreten des VwVfG in seinem Kern – dem Verwaltungsverfahren, der Lehre vom Verwaltungsakt und den Regeln über den verwaltungsrechtlichen Vertrag – auf einem gesetzlich fixiertem Paragraphenrecht beruht, als die deutsche Idiosynkrasie zu durchschauen, dieses Paragraphenwerk auf 17 nahezu wortgleich miteinander übereinstimmende Gesetze zu verteilen.

2. Der Geltungsgrund des nichtkodifizierten Allgemeinen Verwaltungsrechts

Bis zum Inkrafttreten des VwVfG beruhte das deutsche Allgemeine Verwaltungsrecht freilich – wie gesagt – auf ungeschriebenen Regeln, für die sich rasch der terminus technicus „*Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts*“ eingebürgert hat⁹.

Der Geltungsgrund dieser Allgemeinen Grundsätze floß nicht aus *der gesetzgebenden Gewalt des Staates*; sie beruhte auf *der dogmatischen Überzeugungskraft der Jurisprudenz*. Sie waren *Recht*, nicht *Gesetz*, nicht *lex*, sondern *ius*. Was THOMAS HOBBS über den Geltungsgrund der Gesetze gesagt hat, zielte an ihnen vorbei. Für die Allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts galt das genaue Gegenteil „*veritas, non autoritas facit ius administrativum*.“

Damit hat das klassische Allgemeine Verwaltungsrecht ein Paradebeispiel für die rechtsgestaltende Kraft der Jurisprudenz und der von ihr angeleiteten Gerichte geliefert. An ihm hat sich einmal mehr gezeigt sich, daß die Gerichte nicht nur den Willen des Gesetzgebers befolgen können. Ihre Pflicht zur Entscheidung, der auf ihnen lastende Zwang, ihre Urteile überzeugend zu begründen, und ihr Streben nach konsequenter Kontinuität machten die Gerichte auch stark genug, allein auf sich gestellt und völlig ohne die lenkende Hand des Gesetzgebers eine ganze Rechtsdisziplin in ein nicht gesetzlich festgeschriebenes, aber dennoch festgefügt, voll taugliches Normensystem zu bringen.

Darüber ob die Allgemeinen Grundsätze, die das allgemeine Verwaltungsrecht bis 1976 beherrscht haben, wirklich zum *Richterrecht* gehört haben, läßt sich freilich trefflich streiten. Bei ihrer Konzeption sind die Verwaltungsgerichte jedenfalls nicht vorangegangen. Dieses Verdienst gebührt der akademischen Lehre. Es waren die Verwaltungsrechtler an der Juristischen Fakultäten, die das Allgemeine Verwaltungsrecht

gegen Ende des 19. Jahrhunderts entdeckt¹⁰ und es in OTTO MAYERS Gefolge mit ihren Lehrbüchern¹¹ und Monographien,¹² rasch komplettiert und ausdifferenziert haben.

3. Das Verwaltungsrecht vor seiner Entdeckung durch die Rechtswissenschaft

Bis zu seiner Entdeckung durch die Rechtswissenschaft, die um 1880 herum begann, hatte die juristische Literatur das Verwaltungsrecht noch dem Verfassungsrecht zugeschlagen und es als dessen „Besonderen Teil“ mit unsystematischen, dogmatisch wenig befriedigenden Beschreibungen der für seine verschiedenen Zweige gültigen Fachgesetze abgetan. Diesen „Besonderen Teil“ verbannte man in den „Zweiten Teil“ der Lehr- und Handbücher des Staatsrechts,¹³ der all das zusammenfaßte, was wir heute in Anlehnung an das Europarecht als „*sekundäres Verfassungsrecht*“ bezeichnen würden, also all das, was

- nicht in der Verfassung selbst, sondern durch einfache Gesetze geregelt ist,
- und das Handeln des Staates auf der Ebene unterhalb der Regierung betrifft.

Das war ein ungeheuer weites Feld. Es reichte von der Organisation der staatlichen Verwaltung über das Kommunalrecht, das Recht des öffentlichen Dienstes, das Polizeirecht, das Bau-, das Straßen- und Wegerecht, das Gewerbe-, Schul- und Hochschulrecht, das Verkehrsrecht,¹⁴ das Militärrecht, das Medizinal- und Veterinärrecht bis hin zum Tierschutz- und Tierzuchtrecht, dem Apothekenrecht, der Dampfkesselüberwachung und den Gesetzen, die die Bestattung der Toten regeln, und noch zu sehr vielem anderem mehr.

Dieses Sammelsurium hat das Besondere Staatsrecht der Zeit vor OTTO MAYER mit unermüdlichem Sammeleifer zusammengetragen, um es mit unbrembarer Detailfreude, aber bar jeden Blicks für rechtsdogmatische Strukturen und verbindende Gemeinsamkeiten zu beschreiben. Über eine rein narrative Wiedergabe des jeweiligen Inhalts der einschlägigen Gesetze drang das „Besondere Staatsrecht“ dabei kaum je hinaus. Juristischen Scharfsinn und systematische Ordnung sucht man in seinen Kompendien vergeblich. So stand das „Besondere Staatsrecht“ nicht nur formal an zweiter Stelle hinter dem Verfassungsrecht; es blieb auch in seinem juristischen Niveau zweitrangig¹⁵. Der am Bürgerlichen Recht geschulte Juristen-Verstand mußte an ihm verzweifeln. PAUL LABAND, der angesehensten Staatsrechtlers des Bismarckreichs, hat die Parole in Umlauf gesetzt, mit der die Juristen des 19. Jahrhunderts ihre tiefe Abneigung vor dem Verwaltungsrecht zu rechtfertigen pflegten: „*Der weitaus größte Teil der Staatsverwaltung steht dem Recht ganz fern und kann deshalb nicht in Rechtsregeln gebracht werden*“¹⁶. An diesem Credo orientierte sich, wer sich ernsthaft zur Rechtswissenschaft berufen fühlte; er befaßte sich mit dem „Besonderen Staatsrecht“, wenn überhaupt, so nur *cum ira et sine studio*.

4. Die Abnabelung des Verwaltungsrechts vom Verfassungsrecht

a) Das "Besondere Staatsrecht" war im übrigen nicht nur wissenschaftlich allzu anspruchslos. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts trat immer offener zu Tage, daß diese Art der Verwaltungsrechtspflege allzu weit hinter den Anforderungen zurückblieb, die

- zum einen die wachsenden Einflußnahmen der öffentlichen Verwaltung auf das Leben der Bürger,
- und zum anderen die in Deutschland ab 1863 einsetzende Kontrolle des Verwaltungshandelns durch unabhängige Verwaltungsgerichte

an die rechtswissenschaftliche Erschließung des Verwaltungsrechts stellten.

Aus diesem Grunde war es an der Zeit, aus dem ungezähmten Wildwuchs des „Besonderen Staatsrechts“ endlich ein vom Verfassungsrecht abgenabeltes, auf eigenen Füßen stehendes Verwaltungsrecht zu formen. Es kam darauf an, aus den vielen Einzeldisziplinen des „Besonderen Staatsrechts“ die ordnungsstiftenden Leitlinien herauszuschälen und diese in unmittelbar anwendbare Rechtsnormen umzusetzen. Das Verwaltungsrecht mußte mit anderen Worten, ebenso wie das bürgerliche Recht und das Strafrecht, auf die Basis eines „Allgemeinen Teils" gestellt werden, der es

- zusammenhält,
- seine Spezialgesetze handhabbarer macht
- und die der Verwaltung eigentümlichen Formen des hoheitlichen Handelns sachgerecht von den ganz anders gearteten Handlungsformen des bürgerlichen und des Prozeßrechts abschichtet.

Die Rechtswissenschaft mußte mit anderen Worten mit dem Verwaltungsrecht dort anfangen, wo 2000 Jahre zuvor die römischen Juristen begonnen hatten, als sie sich der Erforschung des Bürgerlichen Rechts und seiner Institutionen zuwandten.

Den entscheidenden Baustein des modernen Verwaltungsrechts hat OTTO MAYER mit dem Begriff des *Verwaltungsakts*, dem verwaltungsrechtlichen Gegenstück zur Willenserklärung des Privatrechts, gefunden. Der Weg zu seiner „Lehre vom Verwaltungsakt“ führte über die für uns heute banal anmutende, damals jedoch aufregend neue Frage, was

- den Steuerbescheid,
- die Gewährung einer Rente,
- die Enteignung eines Grundstücks,
- die Erteilung der Fahrerlaubnis und ihre Entziehung,
- die Einbürgerung
- die Verleihung des Dokortitels,
- die Einberufung zum Wehrdienst,
- die Zulassung zur Anwaltschaft,

- die Anerkennung als Facharzt miteinander gemeinsam haben: Es verbindet sie, gleichgültig, ob sie ihren Adressaten begünstigen oder belasten, daß
 - sie von einem Träger staatlicher Hoheitsmacht herrühren;
 - ihre Qualität als Hoheitsakte sie von der privatrechtlichen Willenserklärung abschichtet;
 - das bürgerliche Recht auf sie keine Anwendung finden kann, jedenfalls keine direkte, allenfalls eine analoge;
 - daß sie all aus diesen Gründen einerseits etwas grundlegend anderes sind als die privatrechtliche Willenserklärung;
 - daß sie sich andererseits aber auch grundlegend von den Urteilen der Gerichte unterscheiden, weil sie nicht in Rechtskraft erwachsen, sondern jederzeit korrigiert werden können, wenn sie sich als fehlerhaft erweisen;
 - und daß sie daher allesamt einen „*kleinsten gemeinsamen Nenner*“ haben, eben den Begriff „Verwaltungsakt“, das Gegenstück zur Willenserklärung des Privatrechts.

b) Bei der Suche nach den Prinzipien, die für den Verwaltungsakt gelten, ist die Verwaltungsrechtslehre nicht etwa von rechtspolitischen Überlegungen herangegangen. Sie hat das Allgemeine Verwaltungsrecht vielmehr mit beachtlicher rechtsdogmatischer Methodenstrenge entwickelt. Denn die Verwaltungsbehörden und -gerichte waren nicht bereit, von der Rechtswissenschaft rechtspolitische Empfehlungen entgegenzunehmen. Das verbot ihnen ihre Bindung an Gesetz und Recht. Was ihnen die Literatur als allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts andiente, konnten die Behörden und Gerichte deshalb nur akzeptieren, wenn überzeugend nachgewiesen wurde, daß ihm vollgültige Rechtsnormen zugrunde lagen, die, obgleich ungeschriebenes, vom Gesetzgeber nicht approbiertes Recht, dennoch gesetzesgleiche Verbindlichkeit beanspruchen.

Das zwang die Verwaltungsrechtslehre zur sorgfältigen Begründung ihrer Allgemeinen Grundsätze. Mit kurzangebundenen Berufungen auf angebliches Gewohnheitsrecht konnte sie sich nicht zufrieden geben. Dafür war die Basis, von der aus sie auf langandauernde, von gefestigten Überzeugungen getragene Verwaltungsübungen und Gerichtsgebräuche hätte schließen können, noch zu schmal. Man mußte die Lehre vom Verwaltungsakt, seiner Wirksamkeit und seiner Bestandskraft daher *aus der Natur der Sache* ableiten, die den mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Staatsorganen die Macht zu aus sich selbst heraus verbindlichen Anordnungen verleiht, zu Anordnungen, deren Befolgung – anders als die Erfüllung privatrechtlicher Forderungen – ohne vorherige Bestätigung durch ein Gerichtsurteil erzwungen werden kann.

aa) Dem bürgerlichen Recht entnahm man in breiter Fülle allgemein gültige Rechtsgedanken, die - wie z. B. die Regeln über die Pflicht zur Rückerstattung rechtsgrundlos empfangener Leistungen, die Vorschriften über die Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen und anderes mehr – allgemeingültige Gerechtigkeitsvorstellungen zum Ausdruck bringen.

bb) In ähnlicher Weise leitete man aus den Einzelgesetzen des Besonderen

Verwaltungsrechts allgemeine Grundsätze ab, die über den eigentlichen Anwendungsbereich dieser Gesetze hinaus Beachtung verlangen. Regelte z. B. ein Gesetz näher, wann die auf seiner Grundlage erlassenen Verwaltungsakte als nichtig zu betrachten sind, zurückgenommen oder widerrufen¹⁷ werden können, so sah man darin entweder einen Anhalt dafür, daß dies auch für alle übrigen Gesetze vergleichbaren Inhalts gilt, oder folgerte umgekehrt aus der Spezialität des betreffenden Gesetzes und den Besonderheiten der von ihm behandelten Materie, daß außerhalb seines Anwendungsbereichs von anderen, möglicherweise gegenteiligen Grundsätzen auszugehen ist¹⁸.

cc) Die Ableitung allgemeiner Grundsätze des Verwaltungsrechts aus dem Verfassungsrecht setzte sich allerdings erst unter der Geltung des Grundgesetzes durch¹⁹. Das klassische Verwaltungsrecht dagegen sah das Verfassungsrecht mehr als Staatsorganisationsrecht an, denn als einen das Rechtsverhältnis zwischen Verwaltung und Bürger ordnenden Normenkomplex. Außerdem erschien den Verwaltungsrechtlern des Kaiserreichs und der Weimarer Republik das Rechtsstaatsprinzip, das dem modernen Verwaltungsrecht in vielem die Richtung gewiesen hat, noch als zu vage, um bei ihm anknüpfen zu können. Auch mit dem Rückgriff auf die verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte ging das klassische Verwaltungsrecht sparsam um. In ihrer Sicht der Dinge bedurften die Grundrechte der Konkretisierung durch den Gesetzgeber. Daß sie die Verwaltung unmittelbar binden, hat in Deutschland Art. 1 Abs. 3 GG erst 1949 klargestellt. Das schob der Denkfigur des vom Verwaltungsrecht konkretisierten Verfassungsrechts²⁰ noch einen Riegel vor.

c) Gerade wegen dieses Verzichts auf Anleihen beim Gewohnheits- und Verfassungsrecht gelang es der Verwaltungsrechtswissenschaft, einleuchtend zu begründen, daß sie die ungeschriebenen Grundsätze des Verwaltungsrechts nicht etwa *erfunden*, sondern *vorgefunden* hat. Die Argumente, deren sie sich dabei bediente, haben jeden Zweifel an der Normqualität der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts ausgeräumt. Mit der Übernahme dieser Grundsätze gehorchten die Verwaltungsgerichte ihrer richterlichen Pflicht, neben dem geschriebenen *Gesetz*, auch das nicht minder verbindliche ungeschriebene *Recht* mit der gleichen Strenge zu beachten.

So betrachtet sind die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts sicherlich weder dem Richter- noch dem Gelehrtenrecht zuzurechnen. Aber seine Allgemeinen Grundsätze hätten sich nicht durchgesetzt, wenn die Verwaltungsgerichte sie nicht anerkannt hätten. Das Vorurteil Paul LABANDS, die Verwaltung stehe „*dem Recht ganz fern*“ und könne „*deshalb nicht in Rechtsregeln gebracht werden*“ hätte dann bis auf den heutigen Tag die Oberhand behalten. Die Rechtskultur, die vom systematischen, dogmatisch fundierten Denken lebt, hätte im Verwaltungsrecht keine Wurzeln schlagen können. So indessen verliehen dem Verwaltungsrecht zum einen

- seine Verankerung im ungeschriebenen Recht seiner „Allgemeinen Grundsätze“
- und zum anderen deren bereitwillige Akzeptanz durch die Verwaltungsgerichte einen Geltungsanspruch, der sogar den des Verfassungsrechts übertraf. OTTO MAYER

hat das auf die Formel gebracht „*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*“. Die Geschichte hat ihm darin Recht gegeben. Seit dem Erscheinen seines Lehrbuchs sind in Deutschland vier Verfassungen zusammengebrochen.²¹ Das Verwaltungsrecht indessen steht noch immer auf dem Boden der von ihm begründeten Allgemeinen Lehren.

So betrachtet sind die Allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts wohl doch Richterrecht. Mit ihrer Übernahme hat sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit zur „bewegenden Kraft des Verwaltungsrechtssystems“²² aufgeschwungen. Das rechtfertigt es zur Genüge, diese Grundsätze dem Richterrecht zuzuschlagen. Die Rechtswissenschaft hat sie allenfalls vorgeschlagen. Die Gerichte dagegen haben ihnen zur realen Geltung verholfen, in dem die sie sie angewandt und weiterentwickelt haben.

Vor allem letzteres – ihre Offenheit für eine permanente Weiterentwicklung – schlug nachhaltig zugunsten der Allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts zu Buche. Diese Grundsätze waren *verbindlich und flexibel zugleich*. Die Wissenschaft und die Gerichte konnten sie, wo immer ihnen das geboten schien, entweder punktuell den Bedürfnissen des konkreten Einzelfalles oder generell dem Wandel der Verhältnisse in Wirtschaft und Gesellschaft anpassen, eine Freiheit, die bis 1976 den eigentlichen wissenschaftlichen Reiz ausmachte²³.

II. Die Anbindung des allgemeinen Verwaltungsrechts an das VwVfG

Mit dem Inkrafttreten des VwVfG ist der Spielraum enger geworden, in dem sich das verwaltungsrechtliche Richterrecht bis 1976 hat entfalten können. Das allgemeine Verwaltungsrecht ist nicht mehr länger *nur* Richter- und Gelehrtenrecht. Soweit die Bestimmungen des VwVfG reichen, sind die Verwaltungsgerichte jetzt – ebenso wie die Zivil- und Strafgerichte – strikt an den Willen des Gesetzgebers gebunden. Das hat das allgemeine Verwaltungsrecht tiefgreifend verändert. Seine Denkweisen und Begründungstechniken sind denen des seit eh und je gesetzeshängigen Zivil- und Strafrechts nähergerückt.

1. Der kompilative Charakter des VwVfG

Das VwVfG ist freilich kein Reformgesetz. Es wollte das Allgemeine Verwaltungsrecht nicht etwa *umschreiben*. Es ging ihm lediglich darum, dessen etablierte Regeln *festzuschreiben*.

a) Einige dieser Regeln hat das VwVfG genauer präzisiert, als dies den überlieferten Allgemeinen Grundsätze hat gelingen können.

- Das gilt z. B. für den Grundsatz, daß die Entscheidung über die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten nicht beliebig lange hinausgeschoben werden darf. Das klassische Verwaltungsrecht konnte die temporäre Grenze, jenseits deren die Rücknahme und der Widerruf unzulässig werden, nicht exakt terminieren, weil die bezifferte Festlegung von Ausschlußfristen dem Gesetzgeber vorbehalten ist.²⁴ Deshalb mußte es sich mit einem Verweis auf das Institut der Verwirkung – der *longi temporis praescriptio* – begnügen,²⁵ für die das biblische „*certus an incertus quando*“.²⁶ Dem hat das VwVfG abgeholfen. Ihm zufolge erlöschen jedenfalls das Rücknahme- und das Widerrufsrecht der Verwaltungsbehörden, wenn sie nicht binnen eines Jahres ab Kenntnis der Sachlage ausgeübt werden.²⁷
- Mit der Zusicherung verfuhr das VwVfG ähnlich. Das ungeschriebene Verwaltungsrecht konnte ihre Wirksamkeit nur dort von der Einhaltung der Schriftform abhängig machen, wo ein besonderes Gesetz sie ausdrücklich verlangte.²⁸ Im übrigen mußte es mündliche Zusicherungen selbst dann als verbindlich anerkennen, wenn sie sich auf einen seinerseits an die Schriftform gebundenen Verwaltungsakt bezogen. Waren diese Zusagen von einem zu ihrer Abgabe befugten Beamten klar und unmißverständlich ausgesprochen worden, so verlangte das bona-fide-Prinzip ihre Einhaltung. Das VwVfG dagegen hat die Berufung auf *mündliche* Zusagen abgeblockt. Seit seinem Inkrafttreten bedarf die Zusage „*zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Form*“.²⁹ Die Verwaltungsgerichte können die Verwaltungsbehörden also nicht mehr länger an ihren mündlichen Zusagen festhalten. Dem Richterrecht, aufgrund dessen das noch möglich war, hat das Gesetzesrecht des VwVfG ein Ende bereitet.³⁰

b) Auch an Korrekturen des bis dahin gültigen Verwaltungsrechts fehlt es im VwVfG keineswegs völlig. Erwähnung verdienen vor allem die Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag,³¹ über das förmliche Verwaltungsverfahren³² und über das Planfeststellungsverfahren.³³ Auch sie enthalten mehr als nur eine Kompilation schon zuvor allgemein anerkannter Regeln.

- Den öffentlich-rechtlichen Vertrag hat das klassische Verwaltungsrecht stiefmütterlich behandelt. OTTO MAYER folgte der Staatsauffassung seiner Zeit, nach der die Staatsgewalt keine Verträge aushandelt, sondern Anordnungen erteilt. In seinem System blieb der öffentlich-rechtliche Vertrag daher ein Fremdkörper. Wer befehlen kann, braucht nicht zu verhandeln; er soll es auch nicht.

Das sieht das VwVfG anders. Um das sogenannte konsensuale Verwaltungshandeln zu stärken, hat es den öffentlich-rechtlichen Vertrag endlich auf eine gesicherte gesetzliche Grundlage gestellt. Innerhalb der Schranken, die ihm das VwVfG nach wie vor zieht, steht die Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags jetzt außer Zweifel. Die einschlägigen Vorschriften sind jedoch zu fragmentarisch³⁴

und an der entscheidenden Stelle – der Vorschrift über die die Wirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags – eher unklar als erhellend ausgefallen. Es tritt in ihnen nicht scharf genug hervor, wie weit die Freiheit der Verwaltung zur vertraglichen Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen ihr und dem Bürger reicht. Das erklärt, warum die Verwaltungsbehörden nach wie vor lieber auf dem festen Boden des Verwaltungsakts bleiben, als sich auf das noch immer unsichere Gelände der vertraglichen Absprachen vorzuwagen.³⁵

- Auch die Vorschriften über das förmliche Verwaltungsverfahren und das Planfeststellungsverfahren hätten sich wahrscheinlich besser bewährt, wenn der Gesetzgeber sie einer echten Bewährungsprobe ausgesetzt hätte. Das *förmliche* Verfahren unterscheidet sich von dem *einfachen*, das die Regel bildet, dadurch, daß es ähnlich wie ein Gerichtsverfahren nach zwingenden Vorschriften abläuft, die unter anderem eine mündliche Verhandlung vorsehen, die allen Beteiligten die Gelegenheit zum Vortrag ihrer Rechtsauffassung bietet.³⁶

Mit dem Planfeststellungsverfahren verhält es sich ähnlich. Es findet bei Großprojekten wie dem Bau von Autobahnen, Flughäfen, Wasserstraßen, Kraftwerke etc. statt und faßt die Verwaltungsakte, die gegen alle von diesen Vorhaben Betroffenen erlassen werden müssen, in einem einheitlichen Planfeststellungsbeschluß zusammen. Seine Besonderheit gegenüber dem förmlichen Verfahren besteht darin, daß es eine für alle offene Beteiligung aller Bürger an den Verhandlungen über das Projekt vorsieht, das seinen Gegenstand bildet. Über die aus der Bevölkerung gegen dieses Projekt vorgetragenen Bedenken ist öffentlich zu verhandeln und zu entscheiden. Das lenkt das Augenmerk der Presse auf die Planfeststellungsverfahren. Die Emotionalität der Bürger, die sich bei ihm zu Wort melden, kann zu einem turbulenten Verlauf führen.

Die Vorschriften des VwVfG über das förmliche Verwaltungsverfahren und das Planfeststellungsverfahren finden freilich nur – oder genauer erst dann – Anwendung, wenn andere Gesetze ausdrücklich auf sie verweisen. Solche spezialgesetzliche Verweisungen sind jedoch bislang seltene Ausnahmen geblieben.³⁷ Statt einfach die Regelungen des VwVfG zu übernehmen, zieht es der Gesetzgeber vor, die förmlichen und alle Planfeststellungsverfahren stets auf neue in den jeweils zur Diskussion stehenden Einzelgesetzen zu regeln.³⁸ Wir haben deshalb statt einem förmlichen Verfahren und einem Planfeststellungsverfahren, deren viele, die sich weitgehend gleichen, aber dennoch nicht völlig miteinander übereinstimmen. Der Gesetzgeber hat mit anderen Worten zwar für sie ein einheitliches Verfahrensrecht geschaffen; aber er nutzt es nicht.

Aus diesem Grund liegen die beiden Abschnitte des VwVfG über das förmliche und über das Planfeststellungsverfahren weitgehend brach. Sie haben lediglich eines bewirkt: Ihr Ausnahmecharakter garantiert dem einfachen „an bestimmte Formen nicht gebundenen“ Verwaltungsverfahren³⁹ den Vorrang. Damit nährt das VwVfG den Irrtum, daß alles, was das VwVfG für das förmliche und das Planfeststellungsverfahren vorschreibt, im einfachen Verwaltungsverfahren unterbleiben könne.

2. Der Rückzug des verwaltungsrechtlichen Präjudizienkults

Auch wenn das VwVfG im großen und ganzen bei einer bloßen Sammlung des bereits vorhandenen ungeschriebenen allgemeinen Verwaltungsrechts stehengeblieben ist und darin einer verwaltungsrechtlichen Neuauflage der Pandekten im Taschenbuchformat gleichkommt, so hat es freilich immerhin den Präjudizienkult, der das allgemeine Verwaltungsrecht als Kennzeichen seines richterrechtlichen Gepräges beherrscht hatte, ins zweite Glied des verwaltungsrechtlichen Argumentations-Instrumentariums verbannt. Die eigentlichen Anknüpfungspunkte für ihre Urteilsfindung entnehmen die Verwaltungsgerichte nun den Vorschriften des VwVfG. Daß diese bessere Dienste leisten als das Präjudizienrecht, zeigt der Vergleich der neueren mit der älteren Rechtsprechung zur Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte.

In den Urteilen, mit denen das BVerwG⁴⁰ die Wende von der unbegrenzten Rücknehmbarkeit des rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakts zum Schutz des Vertrauens in seinen Fortbestand vollzog, mußte es noch weit ausholen. Dabei ging es um Renten- und Pensionsbewilligungen, Zulassungen zum Studium, Baugenehmigungen, gewerberechtliche Erlaubnisse etc., die von Rechts wegen nicht hätten bewilligt werden dürfen, aber von der zuständigen Behörde irrtümlich dennoch bewilligt worden sind. Für das klassische Verwaltungsrecht war das ein klarer Fall: Die Bindung der Verwaltung an das Gesetz verlangte die unverzügliche Korrektur eines jeden Gesetzesverstoßes. Für den Schaden, den er durch sie erleidet, erhielt der Betroffene er zwar Ersatz, jedoch nur nach den Regeln der Staatshaftung, also nur, wenn die verantwortliche Behörde vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat und auch nur bis zur Grenze des „negativen Interesses“.

Es liegt auf der Hand, daß das zu gravierenden Härten führen konnte. Man denke an den Studenten, dem im Zweiten Studienjahr eröffnet wird, er müsse die Universität wieder verlassen, weil er zu Unrecht zugelassen worden sei, etwa weil seine Schulnoten geringfügig unter dem für die Zulassung erforderlichen Limit liegen. Dieser Student erhielt selbst, wenn es ihm der Verschuldensnachweis gelang, nur die Ausgaben ersetzt, die er für sein Studium aufgewandt hat. Für die Arbeit die er in sein Studium investiert hat, erhielt er nichts, auch dann nicht, wenn er sich in seinem Fach als überdurchschnittlich begabt und höchst erfolgreich erwiesen haben sollte.

Das haben die Verwaltungsgerichte seit den 50er Jahre des vorigen Jahrhunderts nicht mehr länger akzeptiert. Sie pochten darauf, daß der Rechtsstaat nicht nur auf der Bindung der Verwaltung an das Gesetz beruhe, sondern seinen Bürgern auch den Schutz ihres Vertrauens in die Rechtmäßigkeit seines Handelns schulde. Den naheliegenden Einwand, sie gäben mit ihrem Einhaken beim rechtsstaatlichen Vertrauensschutz die vom Rechtsstaatsprinzip primär geforderte Bindung der Verwaltung an das Gesetz preis⁴¹, konnten sie indessen nicht mit letzter Klarheit widerlegen. Diesen Einwand hat erst das VwVfG entkräften können.⁴² Seit es mit der ihm eigenen Gesetzeskraft klarstellt, daß keineswegs jedweder gesetzwidrige begünstigende Verwaltungsakt allein um der Unverletzbarkeit der Gesetze willen zurückgenommen werden muß, geraten die Verwaltungsgerichte mit ihrer Bindung

an das Gesetz nicht mehr in Konflikt. Das Gesetz selbst verlangt nun die Respektierung auch der sozialen Komponente des Rechtsstaats.⁴³

Dank dieser und vieler anderer Klarstellungen⁴⁴ ist das Verwaltungsrecht unkomplizierter geworden. Man braucht seine allgemeinen Grundsätze nicht mehr länger in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Literatur zusammenzusuchen. Wer mit ihnen als Richter, Verwaltungsbeamter oder Anwalt arbeiten muß, hat sie im VwVfG bei der Hand. Die Kommentare, die das VwVfG erläutern, helfen zusätzlich bei seiner Handhabung. Mit ihnen ist eine neue allgemein-verwaltungsrechtliche Literatur-Gattung entstanden, die es bis dahin noch nicht gegeben hatte. Das Allgemeine Verwaltungsrecht läßt sich nicht zuletzt auch im akademischen Unterricht leichter handhaben, seit auf das VwVfG verwiesen werden kann. Die Studenten wissen das dem Gesetzgeber zu danken. Er hat ihnen die ungewohnte Last des Umgangs mit dem ungeschriebenen Verwaltungsrecht abgenommen, unter der ihre Vorgänger noch arg gestöhnt haben.

Wie hoch Theorie und Praxis den Nutzen veranschlagen, den das VwVfG mit alledem gestiftet hat, geht daraus hervor, daß sie sein Inkrafttreten gar nicht erst abgewartet, sondern schon auf seine Entwürfe rege zugegriffen haben. Die verwaltungsrechtliche Literatur hat bereits den 1963 veröffentlichten ersten Entwurf eines vom Bundesinnenminister eingesetzten Ausschusses⁴⁵ sofort nach seinem Erscheinen zur authentischen Rechtsquelle erhoben. Aus den Regierungsvorlagen von 1970 und 1972⁴⁶ hat sie noch eifriger zitiert.⁴⁷ Diese beiden Vorlagen haben auch die Verwaltungsgerichte permanent zu Rate gezogen.⁴⁸ Nimmt man es genau, so haben sie das VwVfG damit unter der Hand bereits lange vor seinem Inkrafttreten in Geltung gesetzt.

Das warnt davor, den Drang der Gerichte zur eigenständigen Rechtsfortbildung zu überschätzen. Sie geben ihm nur nach, wenn der Gesetzgeber sie im Stich läßt. In Wahrheit aber drängen sie zum geschriebenen Recht. Sie wenden es selbst dann an, wenn es ihnen nur in der Form unverbindlicher Entwürfe zur Verfügung steht. Denn es kommt ihnen auf zitierfähige ausformulierte Regeln an. Auf deren förmliche Billigung durch den Gesetzgeber können sie zu Not verzichten.

3. Der Verlust der Flexibilität

Durch ihre Neuformung zu gesetzlichen Rechtsnormen haben die in das VwVfG aufgenommenen allgemeinen Grundsätze allerdings all ihre frühere Flexibilität eingebüßt. Das allgemeine Verwaltungsrecht kann nun nicht mehr in der gleichen Weise auf neu auftretende Probleme reagieren, wie ihm das bis dahin möglich war. Das hat § 49 VwVfG aufgedeckt, der die Verwaltungsgerichte bei der Beurteilung des Widerrufs von Subventionsbescheiden mit beträchtlichen Schwierigkeiten konfrontiert hat. Denn § 49 VwVfG erlaubte in seinem Absatz 2 Nr. 2 zwar den Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, wenn diese mit einer förmlichen Auflage verbunden worden sind und der Adressat diese Auflage nicht termingerecht erfüllt. Aber sein

Absatz 1 ließ den Widerruf zunächst nur *mit Wirkung für die Zukunft* zu. Damit schloß das VwVfG die Rückforderung bereits ausgezahlter, aber bestimmungswidrig verwendeter Subventionen aus. Sie hätte einen Widerruf des Subventionsbescheids *mit Wirkung ex tunc* vorausgesetzt, wie ihn § 49 Abs. 1 VwVfG ausdrücklich verboten hat.

Das war unbedacht. Der Gesetzgeber war davon ausgegangen, daß es für den Studenten, dem das Stipendium entzogen wird, schlimm genug sei, wenn er sein künftiges Studium aus eigener Tasche finanzieren müsse, und daß es bis zur Unerträglichkeit ungerecht wirke, von ihm zu allem Überfluß auch noch die bis dahin empfangenen Raten zurückzufordern. Dabei hat man jedoch an den Studenten gedacht, der zwar die Universität besucht hat, aber mit seinen Leistungen so sehr enttäuscht hat, daß ihm das Stipendium entzogen werden muß. Den „Studenten“, der sein Studium gar nicht erst aufgenommen hat, sondern mit seinem Stipendium die Gründung eines Unternehmens oder eine längeren Phase des strikten *dolce-far-niente* finanziert hat, hatte das VwVfG übersehen.

Vor dem Inkrafttreten des § 49 VwVfG wären die Verwaltungsgerichte auch mit diesem Stipendiaten-Typ leicht fertig geworden. Es wäre ihnen nicht weiter schwer gefallen zu begründen, daß die Natur der Sache bei den nicht für ihren eigentlichen Zweck verwendeten Finanzhilfen eine Ausnahme von dem ansonsten einleuchtenden Verbot des Widerrufs *ex tunc* verlangt. § 49 VwVfG hat den Verwaltungsgerichten jedoch die Hände gebunden.⁴⁹ Sein Wortlaut und Sinngehalt sprachen eine klare Sprache, die keinen Raum für richterrechtliche Abweichungen offen ließ.

Der zweckwidrig verwendeten Subvention konnte daher nur der Gesetzgeber Herr werden. Er hat sich dieses Problems so denn auch angenommen. Aber es hat lange gedauert, bis er es mit einer Neufassung des § 49 VwVfG und einem neuen § 49 a endlich aus dem Weg geräumt hatte.

Am Beispiel des §§ 49 VwVfG, daß das allgemeine Verwaltungsrecht unter dem VwVfG starrer geworden ist. Das VwVfG hat das Allgemeine Verwaltungsrecht mit Bindungen und Formzwängen belastet, die ihm das angemessene Reagieren auf neue Lagen und neue Probleme erschweren.

4. Reservate des Richterrechts in den Generalklauseln des VwVfG

Um die Verwaltung und die Verwaltungsgerichte nicht im Übermaß mit gesetzlichen Bindungen zu überziehen, arbeitet das VwVfG allerdings an vielen Stellen mit Generalklauseln.

- So schreibt es zwar einerseits vor, daß vor dem Erlaß eines jeden Verwaltungsakts der Betroffene anzuhören ist, fügt dem aber sogleich hinzu, daß die Anhörung entfallen kann, wenn sie „nach den Umständen des Einzelfalles nicht geboten ist“.⁵⁰
- Ferner verpflichtet das VwVfG die Verwaltungsbehörden zur Begründung ihrer Verwaltungsakte, befreit sie aber von dieser Pflicht, wenn „die Auffassung

der Behörde über die Sach- und Rechtslage... auch ohne Begründung ohne weiteres erkennbar ist".⁵¹ Unterbliebene Anhörungen und Begründungen können zudem bis zum Abschluß des Widerspruchsverfahrens nachgeholt werden.⁵² Ihr Versäumnis bleibt im übrigen unschädlich, wenn feststeht, daß der betreffende Verwaltungsakt allemal hätte erlassen werden müssen, weil das Gesetz ihn zwingend vorschreibt.⁵³

Darin zeigt sich, daß das VwVfG keinem rigiden Formalismus huldigt, der die prozeduralen Aspekte des Verwaltungshandelns überbetonen und so den Blick für die vordringlich wichtigen Sachfragen trüben würde. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr bemüht, die rechte Mitte zwischen gesetzlicher Bindung und administrativer Gestaltungsfreiheit zu finden. Er hat das allgemeine Verwaltungsrecht zwar starrer gemacht, aber dennoch der Gefahr vorgebeugt, daß es unter dem VwVfG erstarrt. Das Ende des verwaltungsrechtlichen Richterrechts hat das VwVfG somit nicht eingeleitet. Es hält dem Richterrecht im Gegenteil nach wie vor ein breites Betätigungsfeld offen.⁵⁴ Leider kann ich dieses Feld, so interessant das wäre, in dem Rahmen des vorliegenden Beitrags nicht abschreiten. Ich muß es daher mit der Feststellung bewenden lassen, daß der Spielraum für verwaltungsrechtliches Richterrecht schmaler geworden ist, daß es ihn aber noch immer gibt. Deshalb sind wir im großen Ganzen mit der Kodifikation unsres Allgemeinen Verwaltungsrechts durch das VwVfG zufrieden. Sie hat die Rechtslage nachhaltig verbessert.

III. Ausblick

Das VwVfG hat freilich bei weitem noch nicht alle Fragen beantwortet. Es stehen noch eine Reihe wichtiger Grundsatzfragen offen:

- Für das nationale Verwaltungsrecht stellt sich die Frage, ob nicht die Zeit für eine breiter ausholende Modernisierung seiner Allgemeinen Grundsätze reif geworden ist. Diese Grundsätze stehen auch in der Gestalt, die ihnen das VwVfG verliehen hat, ganz auf dem Boden des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Die Lehre vom Verwaltungsakt dominiert nicht von ungefähr. Der Verwaltungsakt spricht die autoritäre Sprache des Befehls. Mit ihm artikuliert sich eine Verwaltung, die sich ihren Bürgern übergeordnet fühlt. Das kritisiert die deutsche Verwaltungsrechtslehre mit wachsendem Nachdruck. Sie plädiert für ein *konsensuales* Verwaltungsrecht, das im Bürger nicht mehr länger den Untertan, sondern den Partner sieht.

Ich begegne dem mit Skepsis. Den „konsensualen Steuerbescheid“ kann ich mir nicht vorstellen, ebenso wenig die „konsensuale Abbruchverfügung“, die dem Bürger droht, der sein Haus ohne die erforderliche Genehmigung und unter Verletzung wichtiger Sicherheitsbestimmungen gebaut hat. Beides sind staatliche Hoheitsakte, die anders als verbindliche Befehle nicht funktionieren. Gewiß, die

Behörden können ihre Verwaltungsakte mehr oder weniger barsch, mit oder ohne Verständnis für die Situation des Betroffenen, kurz angebunden oder nach einem fürsorglichen Gespräch erlassen. Aber es führt am Verwaltungsakt – auch am begünstigenden – kein Weg vorbei, wenn es gilt, die Gebote der Rechtsordnung verlässlich durchzusetzen. Deshalb glaube ich nicht daran, daß auf das Allgemeine Verwaltungsrecht OTTO Mayers ein „Post-OTTO-MAYERSCHES“ folgen müsse, wie auf die euklidische Geometrie die nacheuklidische gefolgt ist.

- Eine der gravierendsten Schwachstellen des gegenwärtigen Verwaltungsrechts liegt jedoch darin, daß das Recht der EU auf das nationale allgemeine Verwaltungsrecht keine Rücksicht nimmt. Weder das primäre noch das sekundäre Gemeinschaftsrecht kennen einen Allgemeinen Teil, dem wir unser nationales Verwaltungsrecht angleichen könnten. Dafür fordert das primäre Gemeinschaftsrecht kategorisch den Vorrang des Gemeinschaftsrecht vor allem nationalem Recht, einschließlich dem nationalen Allgemeinen Verwaltungsrecht. Das führt immer wieder zu Friktionen, die nach Abhilfe schreien. Aber ich sehe keinen Weg, wie diese Abhilfe geleistet werden könnte, so lange das Sekundäre Gemeinschaftsrecht so schaltet wie weiland im Deutschen Kaiserreich das Sekundäre Verfassungsrecht geschaltet hat:
 - unsystematisch,
 - bar jeden Blicks für dogmatische Strukturen,
 - ohne einheitliche Regelungstechniken,
 - mit einer permanent wechselnden Terminologie,
 - fortwährend das Rad aufs Neue erfindend.

Um das zu ändern, tut aus deutscher Sicht der Dinge ein 18. Europäisches VwVfG not, das zu unsrem BVwVfG und unsren 16 LVwVfG'n hinzutritt. Aber dieses EVwVfG muß die Union erlassen. Um das zu schaffen, bräuchte die Union einen neuen Otto Mayer. So lange sie das nicht nach ihm sucht, wird das Europäische Verwaltungsrecht eine juristisch nicht kultivierbare Wüste bleiben.

Aber das und der Modernisierungsbedarf des nationalen Verwaltungsrechts sind Themen für sich, die an anderer Stelle in einem eigenen Beitrag erörtert werden müssen.

Zusammenfassung

Der Verfasser ist emeritierter Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Finanz- und Steuerrecht an der Universität Heidelberg; er hält als Gastprofessor Vorlesungen über Allgemeines Verwaltungsrecht an der Juristischen Fakultät und der Fakultät für Europäische Studien der Babeş-Bolyai-Universität Cluj-Napoca. In seinem Beitrag berichtet er über die Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts in Deutschland von ihren Anfängen am Ende des 19. Jahrhunderts bis zur Gegenwart.

Deutschland hat sein Allgemeines Verwaltungsrecht (VfVwG) erst 1976 durch ein Verwaltungsverfahrensgesetz kodifiziert. Bis dahin hat das deutsche Allgemeine Verwaltungsrecht auf ungeschriebenen, nicht gesetzlich authentisierten Regeln, sogenannten „Allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts“ beruht, die von der Rechtswissenschaft entwickelt und von den Verwaltungsgerichten als Grundlage ihrer Rechtsprechung übernommen worden sind. Der Geltungsgrund dieser „Allgemeinen Grundsätze“ lag in ihrer rechtswissenschaftlichen Überzeugungskraft. Während für das Gesetz das Diktum Thomas Hobbes‘ „*autoritas, non veritas facit legem*“ galt, galt für sie umgekehrt „*veritas, non autoritas facit ius*“. Das hat den Allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts einerseits Verbindlichkeit, andererseits aber auch Flexibilität verliehen. Die Gerichte haben sie ungeachtet ihrer grundsätzlichen Verbindlichkeit dem Wandel von Wirtschaft, Technik und Gesellschaft anpassen, und in ihren Urteilen auch den Besonderheiten des konkreten Einzelfalles Rechnung tragen können. Diese Flexibilität geht dem Verwaltungsverfahrensgesetz ab. Man glaubte, auf sie verzichten zu müssen, weil das verfassungsrechtlich Prinzip der Bindung der Verwaltung an das Gesetz auch für das Allgemeine Verwaltungsrecht eine Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber fordere.

Im Mittelpunkt des VwVfG steht die traditionelle Lehre vom Verwaltungsakt. Es fragt sich, ob eine Reform geboten ist, die das autoritäre Instrument des Verwaltungsakts dezidiert um Instrumente des „konsensualen Verwaltungshandelns“ ergänzt. Das VwVfG wird ferner überlagert von kollidierenden Bestimmungen des Europarechts. Es ist die Aufgabe der EU, ihren Mitgliedstaaten mit einem gemeinsamen Europäischen Allgemeinen Verwaltungsrechts das Bereinigen dieser Kollisionen zu erleichtern.

* Autorul este profesor la Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Institut für Finanz- und Steuerrecht, 69117 Heidelberg, Fr.-Ebertainlage 6-10; Tel: (06221) 54 7466; Fax : (06221) 54 7791; Reinhard.Mussgnug@urz.uni-heidelberg.de

- ¹ Ansätze dazu finden sich schon vor OTTO MAYERS „Deutschem Verwaltungsrecht“ von 1895/96 bei OTTO von SARWEY, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880; ARTUR VON KIRCHENHEIM, Verwaltungsrechts-Praktikum, 1883; EDGAR LOENING, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1889; KARL VON STENGEL, Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1890 – 1897 und GEORG MEYER, Staats- und Verwaltungsrecht, 1893.
- ² Einer meiner Zivilrechtslehrer nutzte noch in den 50er Jahren des vorigen Jahrhunderts jede Gelegenheit, in seinen Vorlesungen zu verkünden „Verwaltungsrecht ist wie Singen in der Schule!“
- ³ Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes („Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“), dem Pendant des Art. 51 Const. Rom. („Respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie.“)
- ⁴ BVwVfG Vorausgegangen sind dem BVwVfG die thüringische Landesverwaltungsordnung vom 10. 6. 1926, das Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung vom 2. 10. 1958 und das Allgemeine Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein vom 18. 4. 1967. Schon sie haben zusammen mit dem Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg aus dem Jahre 1931 das allgemeine

Verwaltungsrecht nachhaltig befruchtet. Aber die württ. Verwaltungsrechtsordnung ist im Stadium des Entwurfs steckengeblieben. Die thür. LVwO, das berl. LVwVfG und das schl.-holst. AVwG haben das allgemeine Verwaltungsrecht lediglich für diese drei Länder auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. In den übrigen Ländern hat man sie zwar zur Kenntnis genommen und als Beleg dafür ausgewertet, daß die in ihnen enthaltenen Regeln allgemein anerkannt sind. Den entscheidenden Durchbruch zur bundesweit und bundeseinheitlich maßgeblichen Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts hat aber erst das BVwVfG erzielt.

- ⁵ LVwVfG oder VwVfG verbunden mit der Abkürzung des Namens des betreffenden Landes, für Baden-Württemberg also entweder bw VwVfG oder VwVfG BW
- ⁶ Sie weichen nur in wenigen Details ohne grundsätzliche Bedeutung von einander ab. Im übrigen sind nicht nur ihr Text, sondern auch die Numerierung ihrer Paragraphen miteinander identisch. Einige Länder haben sogar auf den Erlaß eines ausformulierten LVwVfG verzichtet und sich damit begnügt, das BVwVfG in ihrem Gebiet pauschal „als Landesrecht“ für anwendbar zu erklären, ohne seinen Wortlaut noch einmal in ihrem Landesgesetzblatt zu publizieren. Schleswig-Holstein, das an seinem AVwGO festhält, hat dieses Gesetz durch eine Neufassung vom 19. 3. 1979 inhaltlich und sprachlich dem BVwVfG angeglichen; es numeriert allerdings als einziges Bundesland seine Paragraphen anders als das BVwVfG halten. Daher zitieren wir überall dort, wo es darauf nicht ankommt, ungenau einfach das „VwVfG“ und vertrauen darauf, daß der Leser weiß, welches VwVfG gemeint ist; weiß der Leser das nicht, so ist auch das in aller Regel belanglos.
- ⁷ Z. B. wenn es um das Verwaltungsverfahren der deutschen Botschaften und Konsulate geht, für die das VwVfG nicht gilt, das sagt nur das BVwVfG (§ 2 Abs. 2 Nr. 3); denn die Länder unterhalten keine Auslandsvertretungen. Weil der Bund keine öffentlichen Gymnasien unterhält, haben umgekehrt nur die Länder Anlaß klarzustellen, daß § 14 VwVfG, nach dem sich im Verwaltungsverfahren jeder durch einen Anwalt oder eine andere Person seines Vertrauens vertreten lassen darf, für die Prüfungen der öffentlichen Gymnasien natürlich nicht gilt. Verfiere ein Schüler auf den absurden Gedanken an seiner Stelle einen besser vorbereiteten Bevollmächtigten zum Abschlußexamen zu schicken, so müßte der Schulleiter das für sein Gymnasium geltende LVwVfG (in Baden-Württemberg § 2 Abs. 3 Nr. 2 LVwVfG) zitieren, wenn er diesen pflichtgemäß aus dem Saal weist.
- ⁸ <http://de.wikipedia.org/wiki/Verwaltungsverfahrensgesetz>
- ⁹ Zu diesem Begriff und seiner rechtsdogmatischen Fundierung HARTMUT MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2008, § 4 Rn.. 29 ff.
- ¹⁰ Vgl. dazu STOLLEIS, Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866-1914, in JESERICH/POHL/VON UNRUH (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. III, 1984, S. 85 ff., 90.
- ¹¹ Zu nennen sind insbesondere Fritz FLEINERS „Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts“ von 1911, Paul SCHOENS „Deutsches Verwaltungsrecht. Allgemeine Lehren und Organisation“ aus dem Jahre 1914 und Walter JELLINEKS Lehrbuch „Verwaltungsrecht“, 3. Aufl., 1931 und ERNST FORSTHOFFS von 1950 bis 1973 in 10 Auflagen erschienenes „Lehrbuch des Verwaltungsrechts – Allgemeiner Teil“.
- ¹² Z. B. mit Walter JELLINEKS Untersuchung über den „Fehlerhaften Staatsakt und seine Wirkungen“ (1908) und Karl KORMANNs „System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte“ (1910), um nur die wichtigsten zu nennen.
- ¹³ So die in Deutschland übliche Übersetzung des rumänischen „drept constituțional“, mit der die deutsche Rechtswissenschaft dem Umstand Rechnung zu tragen versucht, daß einige essentielle Teile des „Staats“-Rechts (z. B. das Wahlrecht und das Staatsangehörigkeitsrecht) außerhalb der Verfassung durch einfache Gesetz geregelt sind, die wir wegen ihrer Unerläßlichkeit für den Vollzug des Verfassungsrechts aber dennoch nicht zum Verwaltungsrecht zählen.
- ¹⁴ Dieses seinerseits untergliedert in das Straßenverkehrs-, Binnenschiffahrts-, Seeschiffahrts- und Eisenbahnrecht. Wäre das Flugzeug früher erfunden worden und hätte sich der Skilauf früher zum regelungsbedürftigen Massen-Vergnügen entwickelt, so hätte man auch das Luftverkehrsrecht und das Recht des Verkehrs auf den Pisten für den alpinen Skilauf sowie auf den Loipen für den Ski-Langlauf dem verwaltungsrechtlichen Lehr-, Lern- und Prüfungs-Kanon hinzugefügt.

- ¹⁵ Wie alle Regeln, so kennt natürlich auch diese rühmliche Ausnahmen. PAUL LABANDS fünfbandiges „Staatsrecht des Deutschen Reiches“ (5. Aufl. 1911-1914) zeichnet sich auch in seinen dem Besonderen Staatsrecht gewidmeten Bänden durch hohen wissenschaftlichen Rang aus; außerdem hat es seinen Wert als zuverlässige Quelle der Verwaltungsgeschichte gerade wegen seines Detailreichtums bis auf den heutigen Tag behalten. Das Gleiche gilt für MAX VON SEYDELS zweibändiges „Bayerisches Staatsrecht“ (1913) und dessen 2. Band „Staatsverwaltung“.
- ¹⁶ Ibid. (Fn. 15), Bd. II., 3. Aufl., 1901, S. 189
- ¹⁷ „Rücknahme“ und „Widerruf“ sind in der Sprache des deutschen Verwaltungsrechts – anders als in der Normal-Sprache – keine Synonyme. Als „Rücknahme“ bezeichnen wir die grundsätzlich zulässige Aufhebung des *rechtswidrigen* Verwaltungsakts, als „Widerruf“ die Aufhebung des *rechtmäßigen* Verwaltungsakts, die den Behörden nur unter bestimmten, gesetzlich genau definierten Voraussetzungen gestattet ist. Diese Unterscheidung bringen seit 1976 die §§ 48 und 49 VwVfG zum Ausdruck.
- ¹⁸ So bestimmt z.B. § 11 Abs. 2 Nr. 1 Bundesbeamten-Gesetzes, daß die Ernennung eines Ausländers zum Beamten nichtig ist. Aber daraus folgt keineswegs, daß jedweder begünstigende Verwaltungsakt, der von Rechts wegen nur deutschen Staatsangehörigen bewilligt werden darf, wie das u. a. bei Wirtschaftssubventionen häufig der Fall ist, *a limine* nichtig wäre, wenn er versehentlich einem Ausländer bewilligt wird; die Nichtigkeit trifft ausschließlich die Ernennung von Ausländern zu Beamten, für die eine Aufnahme in das Beamtenverhältnis aus verfassungsrechtlichen Gründen grundsätzlich untersagt ist.
- ¹⁹ MAURER (Fn. 9), § 4 Rn. 25.
- ²⁰ FRITZ WERNER, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, Deutsches Verwaltungsblatt 1959, S. 527 ff.
- ²¹ Die des Kaiserreichs von 1871, die der Weimarer Republik von 1919, die rudimentäre, juristisch nur schwer greifbare der Hitlerdiktatur und die sozialistische der 1990 untergegangen DDR.
- ²² SCHMIDT-ASSMANN, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S.58.
- ²³ Auch in der Zeit vor dem VwVfG war das Verwaltungsrecht also keineswegs so anspruchslos wie „das Singen in der Schule“, mit dem es mein in Fn. 2 zitierter Heidelberger Zivilrechtslehrer zu vergleichen liebte. Er hätte den Nagel genauer auf den Kopf getroffen, wenn er es mit der Universitäts-Mathematik verglichen hätte, die nicht nur die von anderen entwickelten Rechenmethoden anwendet, sondern auch fortwährend neue Rechenmethoden entwickelt. Diesen Vergleich scheute er aus naheliegenden Gründen. Er hätte ihn gezwungen, seine eigene Disziplin mit dem Rechnen in der Schule zu vergleichen, das über das Verstehen und die routinierte Anwendung der in den einschlägigen Sammlungen zusammengetragenen Rechenformeln nicht hinausdringt.
- ²⁴ Den deutschen Arbeitsgerichten mußte das von SÖLLNER, Verfassungs- und Gesetzestreue im Arbeitsrecht, RdA 1985, 328 ff., 333 in Erinnerung gerufen werden.
- ²⁵ Vgl. WOLFF/BACHOF, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, § 53 V/g
- ²⁶ Matthäus Kapitel 24, Vers 36: „Von dem Tage aber und von der Stunde weiß niemand“.
- ²⁷ §§48 Abs. 4 und 49 Abs. 2 Satz 2
- ²⁸ WOLFF/BACHOF, a.a.O. (Fn. 26), § 45II/b
- ²⁹ § 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG
- ³⁰ Dazu BVerwGE 22, 281 ff. (GS); 32, 346ff.; 35, 12ff.
- ³¹ §§ 54ff.
- ³² §§ 63 ff.
- ³³ §§ 72ff.
- ³⁴ Vgl. MAURER, a.a.O. (Fn. 9), § 14 Rn. 2
- ³⁵ Das bestätigt SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 23, S.16) Diagnose, daß die Verwaltung stets nur diejenigen Angebote des Gesetzgebers nutzt, die sie verarbeiten kann.
- ³⁶ § 67 VwVfG
- ³⁷ Zu diesen Ausnahmen gehört das baden-württembergische Enteignungsgesetz vom 6. 4. 1982 (GBI S. 97), das in seinen §§ 21 Abs. 2 Satz 2, 23 Abs. 1 Satz 2 und 24 Abs. 2 Nr. 1 immerhin die §§ 65, 68, 71 und 72ff. VwVfG für anwendbar erklärt. Aber auch dieses Gesetz hat nur die Vorschriften der §§ 72 ff. VwVfG über das Planfeststellungsverfahren vollständig übernommen; mit den Vorschriften über das förmliche Verwaltungsverfahren verfährt es selektiv.

- ³⁸ Man stelle sich vor, das BGB hätte die Bestimmungen seines Allgemeinen Teils über den Abschluß, die Wirksamkeit, die Erfüllung und die Aufhebung von Verträgen nur dort für anwendbar erklärt, wo das die Bestimmungen des Besonderen Vertragsrecht ausdrücklich anordnen, hätte aber nirgendwo im Besonderen Vertragsrecht auf seinen Allgemeinen Teil verwiesen, sondern alles, was es dort bereits gesagt hat, für den Kauf-, Werk-, Miet-, Darlehens-, Dienst-, Bürgschafts-, Schenkungsvertrag noch einmal, aber jedesmal mit anderen Worten und einigen überflüssigen und daher nur verwirrenden Modifikationen wiederholt. Wäre das BGB so vorgegangen, hätte das seinen Vätern den Vorwurf des gesetzgebungs-technischen Dilettantismus eingetragen. Daß unsere verwaltungsrechtlichen Gesetzgebung bei den förmlichen Verwaltungsverfahren und den Planfeststellungsverfahren beharrlich nach dieser Unmethode vorgeht, dürfte daran liegen, daß die Beamten, die sie konzipieren, mittlerweile so „hochspezialisiert“ sind, daß sie das hinter ihrem jeweiligen Fachgebiet stehende Allgemeine Verwaltungsrecht aus dem Blick verloren haben.
- ³⁹ §§ 10 ff. VwVfG
- ⁴⁰ Beginnend mit BVerwGE 5, 312ff.
- ⁴¹ So die Kritik, die FORSTHOFF seit der 7. Auflage seines „Lehrbuchs des Verwaltungsrechts“ von 1958 (dort schon im Vorwort) bis zur 10. und letzten von 1973 (S. 261 f.) beharrlich geübt hat.
- ⁴² § 48 Abs. 2 und 3.
- ⁴³ Das auf der nationalen Ebene gelöste Problem besteht allerdings auf der Ebene der EU in seiner alten Heftigkeit weiter. Das illustriert das sog. Alcan-Urteil des EuGH vom 20. 3. 1997 (C-24/95).
- ⁴⁴ Z.B. der des § 44 Abs. 1 VwVfG, nach dem Verwaltungsakte nichtig sind, wenn sie an „einem besonders schweren Fehler“ leiden und dieser Fehler „bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist“; damit hat das VwVfG den alten Streit um die Schwere- und die Evidenztheorie entschieden; es sind beide Theorien nebeneinander zu beachten; je größer der Fehler, desto geringer die Anforderungen an seine Evidenz und umgekehrt. Für mein Empfinden noch wichtiger ist der zu Unrecht viel getadelte § 46 VwVfG, der die Irrelevanz des für die Sachentscheidung unerheblichen Verfahrensfehlers vom scharf umstrittenen Richterrecht zum nur noch de lege ferenda angreifbaren Gesetzesrecht emporgestuft hat; zur Verteidigung dieses Paragraphen BETTERMANN „Anfechtbare und nichtanfechtbare Verfahrensmängel“ in Festschrift für CHR.-FR. MENGER, 1985, S. 709ff., und MUSSGNUG, Das Recht auf den gesetzlichen Verwaltungsbeamten, 1971, S. 29 ff.
- ⁴⁵ Den sog. „Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes“ (EVwVerfG) 1963 und seine 2. Aufl., die „Münchener Fassung“ von 1966
- ⁴⁶ BT-Drucks. 6/1173 und 7/910
- ⁴⁷ Vgl. z.B. WOLFF/BACHOF, a.a.O. (Fn. 26), S.357ff., die den Regierungsentwurf, ebenso wie die meisten anderen Lehrbücher aus der Zeit vor 1976, auszugsweise abgedruckt haben, um den Zugang zu ihm zu erleichtern.
- ⁴⁸ Vgl. z. B. BVerwGE 45, 235 ff., 243, ein Urteil aus dem Jahre 1974, das die §§ 44 und 45 der Regierungsvorlage als Beleg dafür nennt, daß die Rücknahme rechtswidriger und der Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte auseinandergehalten werden müssen.
- ⁴⁹ Jedenfalls sah das die überwiegende Mehrheit in Rechtsprechung und Literatur so. Ob sie damit richtig lag, sei dahingestellt. Der Wortlaut des § 49 VwVfG gab der herrschenden Meinung immerhin a prima vista Recht.
- ⁵⁰ § 28 Abs. 1 u. 2
- ⁵¹ § 39 Abs. 2 Nr. 2
- ⁵² § 45 Abs. 1 und Abs. 2
- ⁵³ § 46
- ⁵⁴ Die Begründung des EVwVerfG 1963 (Fn. 46), S. 62, prophezeite zu Recht, daß das VwVfG die Bedeutung des Richterrechts eher erhöhen als verringern werde. Denn „es wäre falsch zu glauben, daß eine Kodifikation des Verfahrensrechts die klärende rechtsschöpferische Funktion, die die Rechtsprechung auf allen Rechtsgebieten ausübt, gerade hier überflüssig machen könnte“.

O RASPUNDERE DE DREPT ADMINISTRATIV ”ABANDONATA” INSTANTELOR CIVILE PRIN TACEREA LEGI? CONSIDERATII ASUPRA INSTANTEI COMPETENTE SA DECIDA ANGAJAREA RASPUNDERII ADMINISTRATIEI PENTRU FAPTELE ILICITE

Ioana PĂSCULEȚ*

Résumé. Une responsabilité de droit administratif “abandonnée” aux instances civiles par le silence de la loi? Considérations sur le problème de l’instance compétente de décider sur l’engagement de la responsabilité de l’administration pour ses faits illicites. Comme tout le monde, l’administration publique peut aussi faire des erreurs. Encore une fois comme tout le monde, elle peut et doit être tenue responsable pour ses bévues. Une fois reconnues ces deux thèses, le compliqué mécanisme de la responsabilité administrative est né. Nous avons choisi de traiter dans notre étude une pièce de ce mécanisme, en essayant de répondre ainsi à la question: quelle est l’instance compétente à arbitrer les litiges qui mettent en cause la responsabilité de l’administration pour ses faits illicites? Après un court panorama sur la responsabilité de l’administration, nous analyserons les arguments qui plaident soit à la faveur de l’arbitrage de ces litiges par les sections civiles – en tant qu’instances de droit commun (1), soit à la faveur de leur arbitrage par les sections de contentieux administratif – en tant qu’instances spécialisées dans le jugement des procès entre l’administration et les particuliers (2).

Rezumat. Asemenea tuturor, și administrația publică poate greși. Și, din nou, asemenea tuturor ea poate și trebuie să fie ținută responsabilă pentru greșelile sale. Odată admise aceste două teze a luat naștere complicatul mecanism al răspunderii administrației. Am ales să tratăm în studiul nostru o roțiță a acestui mecanism, încercând să răspundem astfel la o întrebare: care este instanța competentă să judece litigiile ce pun în cauză răspunderea administrației pentru faptele sale ilicite? După o scurtă privire panoramică asupra răspunderii administrației, vom analiza argumentele ce pledează fie în favoarea judecării acestor litigii de către secțiile civile – ca instanțe de drept comun (1), fie în favoarea judecării lor de către secțiile de contencios administrativ – ca instanțe specializate în judecarea proceselor dintre administrație și particulari (2).

Mots clés : contentieux administratif, compétence, responsabilité de l’administration, responsabilité civile

Cuvinte cheie : contencios administrativ, competență, răspunderea administrației, răspundere civilă

Răspunderea administrației publice trebuie divizată, încă de la început, în două mari categorii¹: pe de o parte răspunderea sa pentru **actele administrative** pe care le edictează² și, pe de altă parte, răspunderea pentru **faptele sale ilicite**³. Dacă prima dintre ele a fost amplu analizată în doctrina noastră, problema fiind discutată practic în aproape orice lucrare de drept administrativ general, cea de a doua nu este cel mai adesea nici măcar amintită sau, în cel mai bun caz, este tratată expeditiv.

Care sunt motivele pentru această stare de fapt? Bineînțeles, nu putem ști cu siguranță, dar credem că acestea sunt în principal două: în primul rând concepția larg împărtășită că această răspundere este identică cu răspunderea civilă delictuală și, în al doilea rând, faptul că jurisprudența românească în materie este extrem de săracă.

Credem, însă, că este necesar ca această stare de lucruri să se schimbe, iar răspunderea administrației pentru faptele ilicite – sau pentru proasta funcționare a serviciilor publice, cum mai este ea numită⁴ – să își facă loc în preocupările doctrinarilor români. Acest lucru este necesar atât datorită faptului că răspunderea administrativă constituie, așa cum vom încerca să arătăm, o răspundere autonomă, diferită de cea civilă, cât și datorită faptului că în acest mod concepțiile jurisprudențiale vor fi și ele influențate, făcând loc unei mai bune apărări a intereselor particularilor.

Una dintre problemele pe care le ridică această răspundere este cea a **instanței competente** pentru angajarea ei. Avem, practic, două posibilități: angajarea răspunderii administrației este de competența secțiilor civile, ca instanțe ce dețin competența de drept comun în materia răspunderii civile delictuale sau competența aparține instanțelor de contencios administrativ, ca instanțe specializate în judecarea litigiilor dintre administrație și particulari. Fiecare dintre cele două opțiuni are argumente puternice de partea sa, argumente pe care vom încerca să le analizăm în continuare, fără a avea însă pretenția de a da un răspuns tranșant problemei.

I. Competența instanțelor de drept comun

1. Primul argument care pledează pentru competența instanțelor de drept comun este unul de lege lata, practic nicio reglementare din dreptul românesc neprevăzând competența instanțelor de contencios administrativ în judecarea acestor litigii

Începând cu Constituția României⁵, trecând prin Legea nr. 554/2004⁶, care reprezintă dreptul comun în materia judecării proceselor de contencios administrativ⁷ și până la diferite acte normative speciale ce reglementează organizarea și funcționarea unor servicii publice⁸, niciunde nu vom găsi prevederi care să confere instanțelor de drept administrativ competența pentru judecarea litigiilor ce pun în cauză fapte ilicite

ale administrației care au produs prejudicii particularilor. Mai mult, atât Constituția, cât și Legea nr. 554/2004 se referă *in terminis* la prejudicii cauzate printr-un act administrativ sau printr-un refuz nejustificat de a rezolva o cerere.

Aceste prevederi duc spre concluzia că legiuitorul a dorit să limiteze controlul realizat de către o instanță specializată – cea de contencios administrativ – la acea parte a activității administrației care se concretizează în emiterea de acte administrative, lăsând în seama instanțelor de drept comun o altă parte a activității sale – în principal prestarea de servicii publice – ce se realizează preponderent prin simple fapte, dar care pot căpăta relevanță juridică atunci când produc un prejudiciu.

Prin urmare, am putea concluziona, prin imbatabilul raționament *de lege lata*, că răspunderea administrației pentru fapte ilicite nu ar putea sub nicio formă să fie conferită instanțelor de contencios administrativ.

2. Un alt argument ține de generalitatea sistemului răspunderii civile delictuale

Orice faptă a omului care cauzează altuia prejudiciu... Așa începe capitolul din Codul civil care reglementează, prin cele câteva articole ale sale, complicatul mecanism al răspunderii civile delictuale. În cei aproape 200 de ani care au trecut de la apariția lor în lumea juridică, aceste texte au cunoscut multiple interpretări care, pe de o parte, au clarificat sistemul și, pe de altă parte, l-au adus la zi când acest lucru a fost necesar⁹. Putem afirma despre aceste texte că reprezintă sistemul de răspundere juridică cu grad maxim de generalitate. Ori de câte ori nu există reglementări speciale care să deroge expres de la acesta, își vor găsi aplicarea regulile sale.

Or, pe calea acestui raționament, coroborat cu cele arătate anterior – potrivit căroră în dreptul nostru nu există o reglementare expresă a răspunderii administrației pentru faptele sale ilicite – am putea concluziona că o atare faptă face ca litigiul să iasă din sfera dreptului administrativ și îl îndreaptă către dreptul civil, aceasta urmând a se rezolva ca și cum în cauză ar fi doi particulari. Altfel spus, fapta ilicită "dezbracă" administrația de puterea sa publică – ce îi conferă privilegiul de jurisdicție concretizat în existența contenciosului administrativ - și o reduce la statutul de simplu particular. Prin urmare, potrivit acestei concepții, persoana juridică de drept public vinovată, pentru fapta sa proprie sau pentru fapta prepusului său, va sta în judecată în fața instanței de drept comun, asemenea oricărei persoane juridice private, urmând ca regulile după care răspunde o asemenea persoană juridică de drept comun să i se aplice prin analogie.

Această soluție ar putea fi explicată prin faptul că, întotdeauna, "dreptul civil a prezentat superioritatea de a conține o soluție generală"¹⁰, spre deosebire de dreptul administrativ care se limitează la soluții particulare pentru diverse cazuri în care administrația este ținută să răspundă.

Mai trebuie remarcat și faptul că acest raționament are rădăcini istorice, practic întotdeauna dreptul nostru lăsând judecarea răspunderii administrației să fie reglementată de către prevederile Codului civil¹¹ și, de asemenea, că această concepție este larg împărtășită de doctrina noastră, atât de cea civilă, cât și de cea administrativă. Mai mult, unii autori merg chiar mai departe în acest sens, considerând că inclusiv răspunderea administrației pentru actele sale, dacă acțiunea în răspundere se introduce ulterior anulării actului respectiv, ar fi tot una civilă delictuală¹².

Nu fără a recunoaște forța celor argumentelor prezentate mai sus, care plasează răspunderea administrației în sfera de competență a instanțelor de drept comun, vom îndrăzni totuși să argumentăm și opinia contrară.

II. Competența instanței de contencios administrativ

1. Pentru competența instanței de contencios administrativ pledează în primul rând argumentul specialității răspunderii delictuale a administrației

Așa cum am arătat deja, în dreptul administrativ român fizionomia răspunderii administrației pentru faptele sale ilicite este departe de a fi clară. Neputând apela – așadar – nici la doctrina și nici la jurisprudența română, vom privi spre cele franceze. Similitudinea celor două sisteme de drept administrativ nu poate decât să încurajeze acest demers.

Dacă până în secolul al XIX-lea se putea vorbi despre o iresponsabilitate cvasi-totală a statului întrucât specificul misiunii sale făcea dificilă transpunerea dispozițiilor dreptului civil, treptat s-a impus principiul aplicării unor reguli derogatorii de la Codul civil¹³. Acest lucru s-a petrecut în anul 1873 când Tribunalul de Conflicte¹⁴ a tranșat o speță celebră, cunoscută sub numele de afacerea *Blanco*. Starea de fapt era următoarea: un copil a fost rănit de către un vagon aparținând unei manufacturi de tutun exploatată în regie de către stat. Tatăl său a acționat în fața tribunalelor de drept comun printr-o acțiune în răspundere civilă delictuală, dar în fața acestora s-a ridicat o excepție de necompetență. Tribunalul de conflicte a rezolvat excepția în favoarea jurisdicției administrative. Printr-o formulare ce a făcut carieră, această instanță a stabilit că "responsabilitatea ce poate incumba Statului pentru pagubele cauzate particularilor prin fapta persoanelor pe care le angajează în cadrul serviciului public nu poate fi condusă de către principiile care sunt stabilite în codul civil, pentru raporturile de la particular la particular. Această responsabilitate (a statului – *n.n.*, *I.P.*) nu este nici generală, nici absolută; ea are regulile sale speciale care variază în funcție de nevoile serviciului public și de necesitatea de a concilia drepturile statului cu drepturile private"¹⁵.

Stabilind pentru prima dată competența unei instanțe de drept administrativ, jurisprudența franceză s-a referit, așadar, în primul rând la specificul **răspunderii administrative**. Astfel cum observa un important doctrinar interbelic "în general,

regulile dreptului civil sunt aplicabile doar raporturilor între indivizi, considerați ca particulari. Din momentul în care se trece la raporturi de drept public, adică acele raporturi ce leagă individul de autoritatea publică, întreaga situație se schimbă, deoarece aceasta din urmă nu se prezintă și nici nu operează ca un simplu particular, ci este investită, cel mai adesea, cu acel *imperium* care o caracterizează și o distinge de individ¹⁶.

Nu intră în scopul studiului nostru să detaliem regulile răspunderii administrației spre a arăta punctual diferențele care există între ea și răspunderea civilă. Putem atrage totuși atenția, pe scurt, asupra distincției ce trebuie făcute între activitatea realizată de către serviciile publice pentru satisfacerea unui scop de interes general și activitatea ce urmărește exclusiv interese particulare. Dacă inițial acesta a fost un motiv pentru a justifica o răspundere mai restrânsă a statului, astăzi – când administrația poate fi ținută să răspundă pentru cvsi-totalitatea prejudiciilor ce le cauzează particularilor – aceeași distincție servește totuși la stabilirea regimului general al celor două răspunderi.

Mai mult, în ultimul secol se poate vorbi, în cadrul răspunderii administrației, de "depășirea noțiunii de culpă"¹⁷, repararea prejudiciului gravitând din ce în ce mai mult în jurul principiului egalității cetățenilor în fața sarcinilor publice: un prejudiciu suferit de un anumit particular, datorită acțiunii administrației - și chiar dacă această acțiune nu se obiectivează într-o faptă ilicită – duce la ruptura acestei egalități, care trebuie restabilită prin plata despăgubirilor¹⁸.

De asemenea, nu înțelegem de ce, în măsura în care răspunderea administrației pentru actele sale nelegale a fost considerată de către doctrina noastră drept o răspundere autonomă, distinctă de răspunderea civilă delictuală, în considerarea faptului că, pe de o parte, dreptul administrativ este o ramură de drept autonomă și, pe de altă parte, că această răspundere prezintă trăsături specifice¹⁹, nu am putea extinde această concluzie și la răspunderea administrației pentru faptele sale ilicite, pe baza acelorași considerente.

Chiar dacă, așa cum arătam anterior, tradiția dreptului românesc a identificat răspunderea administrativă cu cea civilă, au existat o serie de hotărâri ale Curții de Casație care au decis angajarea răspunderii statului chiar în condițiile în care acestuia nu i se putea imputa o culpă, prejudiciul fiind cauzat în exercitarea unei activități normale și legale. Un mare doctrinar observa în acest sens că "Curtea de Casație arată o instinctivă înțelegere a faptului că responsabilitatea statului pentru daunele ocazionate de funcționarea serviciilor publice nu trebuie să fie judecată după principii exclusive ale dreptului civil, fiind o materie specială, care are a se rezolva [...] după regulile și necesitățile ei speciale și proprii"²⁰.

În același sens, relativ recent, o decizie a Curții de Apel Cluj²¹ pare să ne dea dreptate. În speță, reclamantii au formulat o acțiune în despăgubiri pentru reaua funcționare a serviciilor publice împotriva statului român, pe motiv că serviciul public judiciar al statului nu funcționează corespunzător întrucât, deși sunt proprietarii

a trei apartamente aflate în municipiul Cluj-Napoca, nu le pot utiliza deoarece ele sunt ocupate de persoane străine, iar statul prin organele sale nu reușește să ia măsuri împotriva acestor persoane astfel încât să asigure respectarea dreptului de proprietate al reclamanților. Cu toate că acțiunea a fost respinsă pe calea unei excepții (considerându-se că statul nu este o autoritate administrativă, neputând fi, deci, părât într-un litigiu de contencios administrativ), niciunde în textul sentinței citate **nu se neagă faptul că instanța de contencios administrativ ar fi competentă în cauză**. Ba mai mult, faptul că acest litigiu este unul de contencios administrativ care are a se judeca după prevederile Legii nr. 554/2004 este recunoscut expres de către instanță, aceasta stabilind că taxa de timbru nu este datorată la valoarea imobilelor, întrucât Legea contenciosului administrativ stabilește expres suma cu care acțiunile promovate în baza ei se timbrează, derogând în acest fel de la dreptul comun. Considerăm că această decizie, chiar dacă respinge pretențiile reclamanților datorită unei excepții discutabile, este un pas înainte în recunoașterea competenței instanței de contencios administrativ pentru judecarea cauzelor ce pun în discuție răspunderea administrativă delictuală.

Ni s-ar putea obiecta că acest specific al răspunderii administrative față de răspunderea civilă delictuală pe care am încercat să îl scoatem în evidență se naște, de fapt, nu din diferența existentă între o persoană publică și una privată, ci din diferența existentă între o persoană fizică și una juridică, știut fiind că pot exista anumite dificultăți și atunci când se pune problema aplicării răspunderii civile delictuale – croită pe calapodul comportamentului unei persoane fizice – faptelor unei persoane juridice.

Credem că această obiecție nu ar fi îndreptățită: dacă este adevărat că administrația acționează exclusiv prin persoane juridice, asimilarea lor cu persoanele morale de drept privat nu poate fi acceptată. Ne lovim și aici de aceeași diferență pe care o aminteam și înainte și pe care ne bazam argumentația ce urma să demonstreze specificitatea răspunderii administrative față de cea civilă: **scopul** pe care o persoană juridică urmărește să îl satisfacă, care poate fi sau un interes privat sau unul public, diferență care distinge regulile ce se aplică unei persoane juridice de drept privat de cele aplicabile unei persoane juridice de drept public.

Cele arătate mai sus își păstrează valabilitatea nu numai în contextul răspunderii delictuale pentru fapta proprie, ci și în cel al răspunderii pentru fapta **prepușilor**. Condițiile în care administrația răspunde față de terți pentru faptele funcționarilor săi sunt mult mai laxe decât cele în care comitentul de drept privat răspunde pentru fapta prepușilor. Invers, condițiile în care administrația poate exercita o acțiune în regres împotriva funcționarului vinovat sunt mult mai stricte decât cele în care prepusul poate fi obligat să îl despăgubească pe comitent pentru prejudiciul pe care acesta l-a reparat. Și aceasta întrucât, s-a remarcat, "funcționarii fiind obligați la o diligență prea mare, vor avea teamă de a îndeplini cu celeritate necesitățile serviciului"²², ceea ce ar avea efecte nefaste asupra interesului public. Pentru acest

motiv, și nu fără o anumită doză de umor, se spune în continuare că "nu se poate cere de la un funcționar o diligență excesivă, tot ce se poate cere este ca el să-și îndeplinească serviciul ca un om cu inteligență mediocră" și, de asemenea, că "de multe ori greșelile comise fac parte din tradițiunea serviciului și nu se poate imputa unui funcționar că a fost fidel tradițiunii"²³.

În concluzie, pornindu-se de la regulile și condițiile răspunderii civile delictuale, răspunderea administrativă a fost "personalizată" – a ajuns o **răspundere specială**, ce se aplică prejudiciilor izvorâte dintr-o anumită categorie de fapte ilicite și care este judecată de către instanțele de contencios administrativ.

Nu putem încheia însă această pledoarie privind specificul răspunderii administrației pentru faptele sale ilicite, fără a atrage atenția că, urmând această pistă, nu trebuie să se cadă în cealaltă extremă și să se considere că ori de câte ori administrația sau un angajat al său produce un prejudiciu particularului se va vorbi de o răspundere administrativă. Și aceasta întrucât se știe că nu întotdeauna administrația acționează în calitatea sa de persoană juridică investită cu putere publică, câteodată mărginindu-se să acționeze ca un simplu particular. În teorie, această problemă se rezolvă cât se poate de simplu: ori de câte ori administrația acționează ca titular de putere publică se va angaja răspunderea sa administrativă și, din contră, ori de câte ori acționează ca un simplu particular, răspunderea sa va fi una civilă. În practică însă, lucrurile se complică, întrucât între aceste două moduri de a acționa există un număr indefinit de nuanțe de gri, în unele cazuri fiind dificil de spus în ce calitate acționează cel care produce prejudiciul.

Din acest motiv, considerăm util să ne oprim mai mult asupra acestei probleme, și aceasta mai ales întrucât ea este deosebit de accentuată tocmai în cazul unui element central al răspunderii administrative: serviciul public. Așadar, ori de câte ori funcționarea unui serviciu public va cauza un prejudiciu administrației vom vorbi de răspundere administrativă?

Pentru a răspunde la această întrebare trebuie să facem distincția clasică între **serviciile publice administrative și serviciile publice industriale și comerciale**. Așa cum s-a observat, diferența dintre aceste două tipuri de servicii publice ține de gradul în care acestea sunt influențate de dreptul public: există o influență maximă în cazul serviciilor publice administrative și una minimă în cazul celor industriale și comerciale²⁴. Credem că antrenarea răspunderii administrative trebuie legată tocmai de această intervenție a dreptului public în funcționarea diferitelor servicii. Astfel, este de la sine înțeles că în cazul serviciilor publice administrative se va aplica regimul răspunderii administrative. Dar acest lucru nu înseamnă automat că restul serviciilor publice, cele industriale și comerciale, trebuie supuse, fără nicio diferențiere, unui regim al răspunderii de drept privat.

Am arătat deja că implicarea dreptului public în funcționarea tuturor serviciilor publice este graduală, iar din acest lucru rezultă faptul că pot exista servicii publice industriale și comerciale asupra cărora regulile acestui drept apasă încă suficient de puternic pentru a justifica aplicarea unui regim al răspunderii

delictuale de drept administrativ. Bineînțeles, care sunt exact aceste servicii rămâne, în final, o apreciere de la caz la caz, care va trebui să țină cont de elemente precum gradul de implicare a statului în funcționarea lor sau proporția între scopul lucrativ și scopul de a satisface un interes public pentru care acestea au fost înființate²⁵.

2. Un alt argument ține de definiția ce trebuie dată contenciosului administrativ

"Domnilor, dacă vreți să discutăm, precizați-vă mai întâi termenii!" le spunea Voltaire amicilor săi. Așadar, dacă dorim ca discuția să nu se transforme într-un dialog al surzilor, în care fiecare se referă prin aceleași cuvinte la o realitate diferită, considerăm că este util să stabilim definiția ce trebuie dată însuși conceptului central, acela de **contencios administrativ**.

Există în dreptul românesc o definiție legală, dată de art. 2, lit. f al Legii nr. 554/2004. Conform acestei legi, contenciosul administrativ ar fi *activitatea de soluționare de către instanța de contencios administrativ competentă potrivit legii organice a litigiilor în care cel puțin una dintre părți este o autoritate publică, iar conflictul s-a născut fie din emiterea sau încheierea, după caz, a unui act administrativ, în sensul prezentei legi, fie din nesoluționarea în termenul legal ori din refuzul de a rezolva o cerere referitoare la un drept sau la un interes legitim*. Deși se pare că, din nou, ne lovim de limitările amintite anterior – care reduc contenciosul administrativ la litigiile născute din acte, iar nu din fapte – credem că totuși acest articol ar putea primi o interpretare extensivă. Astfel, la baza organizării și funcționării administrației publice, și deci la baza oricărui fapt al acesteia ce poate ocaziona prejudicii pentru particulari, se află o serie de **acte administrative**. Așadar – pe cale indirectă – se poate susține că un litigiu în vederea reparării unui prejudiciu cauzat de o faptă a administrației s-a născut din emiterea unui act administrativ. Ne-am afla astfel în sfera definiției legale a contenciosului administrativ.

Dacă privim spre definițiile date de către doctrină vom observa că acestea sunt mai largi decât cea ce rezultă din lege. Profesorul Constantin Rarincescu consideră că ar trebui să definim contenciosul administrativ din două puncte de vedere. Întâi, în funcție de **persoanele** între care are loc litigiul, contenciosul administrativ fiind format din litigiile între particulari și administrația publică, în care administrația figurează ca parte, întrucât opune pretențiuni contradictorii celei emise de particular. Apoi, cumulativ, el mai trebuie definit din punctul de vedere al **regulilor** pe care le pune în cauză, acestea trebuind să fie reguli și principii ce aparțin dreptului administrativ²⁶.

Așa cum se poate observa, situațiile vizate de noi de angajare a răspunderii delictuale a administrației se încadrează perfect în această dublă definiție: pe de o parte pun, în mod evident, particularul față în față cu administrația publică, fiecare având pretenții contradictorii, pe de altă parte, litigiul pune în cauză reguli și principii de drept public, derivând din răspunderea administrativă care, așa cum am arătat mai înainte, este specială față de răspunderea civilă.

Or, odată ce acceptăm cea de a doua definiție prezentată ca fiind cea care închide mai bine în limitele sale sensul noțiunii de contencios administrativ, ni se ivește posibilitatea de a ne folosi, în argumentația noastră, de un text de lege aparent "uitat" în paginile Codului de procedură civilă. Ne referim la pct. 1, lit. d a art. 2 din codul amintit, care atribuie tribunalelor competența de a judeca *procesele și cererile în materie de contencios administrativ, în afară de cele date în competența curților de apel*. Acest text reglementează o problemă "spinoasă" de care Legea nr. 554/2004 nu s-a ocupat: care este instanța căreia îi este acordată competența de drept comun de a judeca litigiile de contencios administrativ. Deci, dacă vom considera că litigiile referitoare la răspunderea administrației pentru faptele ilicite sunt litigii de contencios administrativ, vom avea automat și răspunsul la problema instanței competente să le judece: ea va fi secția de contencios administrativ a tribunalelor în raza cărora se află domiciliul reclamantului sau sediul autorității pârâte.

Trebuie observat și că, dacă respingem această argumentație, vom ajunge în situația destul de ciudată în care ar trebui să considerăm că răspunderea administrației va fi angajată în fața a două instanțe distincte – după cum aceasta se naște dintr-un act sau dintr-un fapt juridic – încălcându-se astfel principiul **legăturii ce trebuie să existe între competență și fond** care, în cazul contenciosului administrativ, trebuie să se traducă printr-o "legătură directă și reciprocă între aplicarea regulilor autonome, exorbitante față de dreptul privat și competența jurisdicției administrative"²⁷. Nu există practic nicio rațiune pentru această stare de fapt, și acest lucru cu atât mai mult cu cât competența ar ajunge să fie acordată nu numai unor secții diferite dar și – cel mai adesea – unor instanțe de grade diferite.

3. Instanțele de contencios administrativ sunt instanțe specializate în rezolvarea litigiilor în care figurează ca parte administrația publică

Trebuie să ne întrebăm, de asemenea, de ce a fost simțită nevoia creării unei instanțe specializate în drept administrativ?

Pe de o parte s-a simțit, în general, necesitatea **specializării** instanțelor de judecată, dat fiind că multitudinea normelor juridice permite cu greu judecătorilor să le cunoască pe toate la fel de bine²⁸. Din această cauză au apărut nu numai instanțe administrative, ci și instanțe civile, penale, comerciale, etc. Or, chiar făcând abstracție de cele arătate mai sus, privind regulile speciale care diferențiază răspunderea civilă delictuală de cea a administrației, trebuie să observăm totuși că, în marea majoritate a cazurilor, răspunderea administrației pentru faptele sale ilicite se naște dintr-o funcționare defectuoasă a serviciilor publice. În opinia noastră, tocmai ideea de **serviciu public**, ale cărui reguli speciale se presupune că sunt mult mai bine cunoscute de către o instanță specializată în drept administrativ, ar trebui să constituie un criteriu pentru acordarea competenței acestei instanțe²⁹. Și acest lucru este cu atât mai valabil cu cât există autori care consideră că fundamentul întregului drept administrativ rezidă în ideea de serviciu public³⁰.

Pe de altă parte, desprinderea instanțelor de contencios administrativ de celelalte instanțe are și o justificare **istorică**. Această separare a apărut, pentru prima dată, în timpul Revoluției Franceze care propovăduia separarea deplină a celor trei puteri³¹. Un vechi adagiu din dreptul francez spune "a judeca administrația înseamnă tot a administra"³² – pentru instanțe a judeca administrația înseamnă, așadar, a intra în sfera unei alte puteri, cea executivă. Bineînțeles, se poate obiecta că principiul separației puterilor în stat nu poate fi înțeles de o manieră atât de strictă. Este, de altfel, și motivul pentru care dreptul nostru nu a preluat modelul francez care desparte în mod radical justiția administrativă de justiția de drept comun, creând două sisteme paralele, cu toate că o asemenea încercare se materializase inițial prin crearea unui Consiliu de Stat român, care nu a supraviețuit însă pentru mult timp. Totuși, o anumită separație există și la noi și ea nu este motivată în exclusivitate de necesitatea de a specializa anumite instanțe. Am putea, deci, să ne gândim că ea există tot ca o umbră a principiului amintit. Și, dacă lucrurile stau așa, este din nou logic să considerăm că secțiile de contencios ar trebui să judece administrația și când în cauză se află răspunderea sa delictuală.

4. Există deja, în dreptul românesc, o reglementare care consideră că răspunderea unei persoane juridice investită cu putere publică este una de drept administrativ

Chiar dacă, așa cum am văzut, nu există în dreptul nostru o reglementare cu caracter general care să se preocupe de răspunderea administrației pentru faptele sale ilicite, există însă cel puțin o reglementare specială care dă de înțeles că această răspundere ar fi una care se ghidează după regulile dreptului public: Legea nr. 83/1996 a serviciilor poștale³³.

Referindu-se la pagube produse expeditorilor prin pierderea, sustragerea, predarea greșită, lipsa parțială sau avarierea coletelor poștale, această lege stabilește, în art. 24, că, înainte ca expeditorul să se adreseze instanței, el trebuie să formuleze o reclamație administrativă în termen de 6 luni pentru trimiteri interne și un an pentru trimiteri externe, termene care încep să curgă din ziua prezentării trimiterilor poștale. Se observă cu ușurință că pierderea, sustragerea și celelalte fapte amintite de lege reprezintă **fapte ilicite ce derivă din reaua funcționare a serviciului public** și dau loc la despăgubiri pentru expeditorul prejudiciat. Ne aflăm, prin urmare, în fața unui veritabil caz de antrenare a răspunderii pentru o faptă ilicită, iar existența unei plângeri prealabile subliniază, în opinia noastră, că este vorba de **o răspundere administrativă veritabilă**, condiția recursului grațios nefiind specifică răspunderii de drept privat.

Din păcate, legea citată se mulțumește să fixeze termenele pentru recursul grațios, câteva caracteristici ale răspunderii și termenele pentru acțiunea în despăgubiri adresată instanței, fără a preciza însă exact în fața **cărei** instanțe va trebui să acționeze

cel păgubit. Totuși, chiar în lipsa unei prevederi exprese, considerăm că este vorba de instanța de contencios administrativ, și aceasta din mai multe motive. Întâi, așa cum am arătat mai sus, existența **procedurii prealabile** trimite la ideea de litigiu administrativ. Apoi, și **termenele de prescripție** pentru introducerea acțiunii reglementate în art. 26 al Legii nr. 83/1996 sunt similare cu cele reglementate în cazul contenciosului administrativ, fiind scurte (6 luni pentru trimiterile poștale interne și un an pentru cele externe) și curgând de la data răspunsului ce se dă reclamației prealabile sau, în lipsa unui răspuns, de la data până la care acesta trebuia dat.

S-ar putea obiecta că o reglementare cuprinsă într-o lege specială nu poate avea pretenția unui prea mare grad de generalitate. Este adevărat, procedura stabilită de Legea nr. 83/1996 nu are aplicabilitate decât în limitele serviciului public poștal. Cu toate acestea, credem că ea poate fi considerată măcar **un indiciu** al faptului că sistemul nostru de drept privește răspunderea ocazionată de reaua funcționare a serviciilor publice ca fiind o răspundere administrativă, ce urmează să se judece în fața instanțelor de contencios administrativ. Nu în ultimul rând, trebuie să recunoaștem că ar fi bizar ca numai litigiile legate de răspunderea Poștei Române să fie judecate în fața instanțelor administrative, iar cele legate de răspunderea altor servicii publice în fața instanțelor de drept comun.

5. Un ultim argument, cât se poate de practic, ține de existența unei posibilități de a angaja răspunderea administrației în fața secțiilor de contencios administrativ, chiar și în contextul reglementărilor actuale

Probabil că practicienii dreptului administrativ ne-ar putea obiecta, după prezentarea argumentelor anterioare, că ele sunt prea teoretice, că se află prea departe de ceea ce se întâmplă în viața juridică de zi cu zi. Avem, totuși, și un argument cât se poate de practic pentru teza noastră și, credem noi, pe deplin satisfăcător.

Dacă refuzăm să acceptăm că angajarea răspunderii administrației pentru delictele sale se poate realiza în mod direct în fața instanței de contencios, va trebui totuși să acceptăm că acest lucru se poate face în mod **indirect**, respectând cu scrupulozitate litera legii. Astfel, orice particular lezat de o faptă ilicită a unei autorități publice se poate adresa acesteia cu o cerere de reparare a prejudiciului. Cum obligația de reparare există chiar și în afara unui cadru litigios – nimeni nu poate nega acest lucru – cererea particularului ar fi una justificată. Rezultă, așadar, că refuzul administrației de a o rezolva sau de a acorda despăgubiri ar fi fără doar și poate unul **nejustificat**, îndeplinind astfel condițiile legale spre a putea fi atacat în contencios administrativ.

Dar de ce ar trebui să se urmeze o asemenea cale întortocheată, din moment ce o avem la dispoziție pe cea dreaptă – aceea de a recunoaște pur și simplu dreptul particularului de a se adresa direct instanței de contencios?

Care este concluzia? Credem că ea poate fi sintetizată cel mai bine printr-o întrebare: putem accepta ca o răspundere de drept administrativ să fie abandonată instanțelor civile prin tăcerea legii?

Ne-ar fi ușor, bineînțeles, ca pe baza celor spuse anterior să facem o propunere de *lege ferenda*. Legiuitorul ar putea interveni și stabili în mod expres că răspunderea ce se naște din faptele ilicite ale administrației poate fi angajată în mod exclusiv în fața instanțelor de contencios. Ar putea și ar fi normal să o facă. Dar o va face? Probabil că nu, sau, în orice caz, nu în viitorul apropiat. De aceea credem că soluția ar fi alta: **crearea pe cale pretoriană a acestei reguli**. Dacă instanțele de contencios administrativ s-ar considera competente să judece acest gen de litigii, iar instanțele de drept comun și-ar declina competența în aceste cazuri, s-ar crea un principiu cât se poate de normal, potrivit căruia toate fenomenele juridice ce țin de dreptul administrativ³⁴ se judecă în fața instanțelor administrative. S-ar putea lua, în acest sens, ca model, sistemul de drept francez în care responsabilitatea administrației este – în pofida unor intervenții ale legiuitorului, care nu au avut însă ca obiect definirea regimului general al acestei răspunderi – o construcție preponderent jurisprudențială³⁵, fără ca acest lucru să afecteze coerența sau funcționarea acestui sistem de răspundere.

* Autoarea este masterand la Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai; ioanapasculet@gmail.com

¹ Pentru o diviziune asemănătoare, a se vedea Anibal Teodoresco: "Le fondement juridique de la responsabilité dans le droit administratif" în *Mélanges Paul Negulesco*, ed. Imprimeria Națională, București, 1935, pp. 755-756

² Această ramură a răspunderii va cuprinde nu numai actele administrative propriu-zise ci și contractele administrative și nerezolvarea cererilor particularilor de către administrație. Acest lucru apare cu atât mai justificat în ambianța reglementărilor noastre actuale, Legea 554/2004 a contenciosului administrativ (publicată în *Monitorul Oficial* nr. 1154/2004) asimilând atât contractele cât și nerezolvarea cererilor unor acte administrative.

³ Ar opera, așadar, o diviziune a răspunderii administrative similare celei ce funcționează în cazul răspunderii civile, împărțită și ea într-o răspundere ce are la bază un act juridic (răspunderea civilă contractuală) și una ce are la bază un fapt juridic (răspunderea civilă delictuală).

⁴ Cu toate că denumirea de răspundere a administrației pentru proasta funcționare a serviciilor publice are meritul de a delimita mai clar această răspundere față de cea izvorâtă din actele administrative nelegale, ea are și neajunsul de a depinde foarte mult de înțelesul care se poate da noțiunii de serviciu public. Și, mai mult, așa cum s-a observat, câteodată prejudiciul nu decurge din funcționarea defectuoasă a serviciului public, ci chiar dintr-o funcționare care, la un moment dat, poate fi considerată ca "normală" (Anibal Teodoresco, *loc. cit.*, pg. 759). Așadar, pentru a evita complicațiile inutile, preferăm să folosim noțiunea de răspundere a administrației pentru faptele sale ilicite, chiar dacă nici această noțiune nu este la adăpost de orice critică.

⁵ Aceasta prevede, în art. 52, că *persoana vătămată într-un drept al sau ori într-un interes legitim, de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, este îndreptată să obțină recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, anularea actului și repararea pagubei.* (s.n. – I. P.)

⁶ Publicată în *Monitorul Oficial* nr. 1154/2004

- ⁷ Legea reia practic prevederile constituționale, stabilind în art. 1, alin 1 că: *orice persoana care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de către o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, se poate adresa instanței de contencios administrativ competente, pentru anularea actului, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim și repararea pagubei ce i-a fost cauzată.* (s. n. – I. P.)
- ⁸ Astfel, legile ce reglementează unele dintre cele mai importante servicii publice din România, păstrează o tăcere completă asupra acestui subiect. Este cazul, spre exemplu, al Legii nr. 218/2002 privind organizarea și funcționarea Poliției române (publicată în *Monitorul Oficial* nr. 305/2002), ale Legii nr. 129/1996 privind transportul pe căile ferate române (publicată în *Monitorul Oficial* nr. 268/1996) sau al O.G nr. 43/1997 privind regimul juridic al drumurilor publice (republicată în *Monitorul Oficial* nr. 237/1998). Cu toate că ambele acte amintite reglementează în mod expres obligațiile entităților ce prestează aceste servicii publice, niciunul nu se referă la instanța competentă să judece litigiile ivite din nerespectarea acestor obligații. Cu toate acestea, există o lege specială ce cuprinde prevederi apropiate de subiectul nostru, lege de care ne vom ocupa mai jos.
- ⁹ Pentru o descriere detaliată a evoluției responsabilității civile, a se vedea François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette: *Droit civil. Les obligations*, ed. Dalloz, Paris, 1996, pp.537-541
- ¹⁰ Anibal Teodoresco, *loc. cit.*, pg. 758
- ¹¹ Constantin Rarincescu: *Contenciosul administrativ român*, ed. Universala Alcalay, București, 1936, pp. 83-85.; Anibal Teodoresco, *loc. cit.*, pg. 758
- ¹² În acest sens, a se vedea Ilie Iovănaș: *Drept administrativ*, ed. Servo-Sat, Arad, 1997, pg. 173; Ion Deleanu: *Tratat de procedură civilă*, ed. C.H. Beck, București, 2007, vol. II, pg. 396; V. Gh. Tarhon: "Răspunderea patrimonială și regresul organelor administrației de stat pentru pagubele cauzate prin acte administrative ilegale" în *Revista română de drept*, nr. 5/1968, pg. 55. În orice caz, problema dacă această răspundere este sau nu una civilă delictuală nu poate avea nicio influență asupra competenței instanței care va judeca cererea de despăgubiri, întrucât *de lege lata* această problemă este reglementată expres prin art. 19, alin. 2 din legea 554/2004 prin care se stabilește că în cazul în care un act administrativ a fost anulat fără a se cere și despăgubiri, acestea vor putea fi cerute mai târziu, dar tot instanței de contencios administrativ.
- ¹³ Georges Dupuis, Marie-Jose Guédon, Patrice Chrétien: *Droit administratif*, ed. Dalloz-Sirey, Paris, 2007, pg. 566
- ¹⁴ Dat fiind specificul sistemului francez, care constă în existența a două sisteme jurisdicționale paralele, instanțele judiciare, de drept comun, și instanțele de drept administrativ, atunci când apare un conflict de competență între cele două acesta este tranșat de o instanță specializată, denumită Tribunalul de Conflicte.
- ¹⁵ TC 8 fevr. 1873, BLANCO, Rec. 1er supplit 61, concl. David *apud* M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Dévolvé, B. Genevois: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, ed. Dalloz, Paris, 2001, pg. 1
- ¹⁶ Anibal Teodoresco, *loc. cit.*, pg. 759
- ¹⁷ Georges Dupuis, Marie-Jose Guédon, Patrice Chrétien, *op. cit.*, pg. 567
- ¹⁸ Pe larg, despre această problemă, a se vedea René Chapus: *Droit administratif general*, ed. Montchrestien, Paris, 1999, vol. I, pp. 1308-1326
- ¹⁹ Ilie Iovănaș, *op. cit.*, pp. 178-180; Mircea Lepădătescu: "Natura juridică a răspunderii patrimoniale a organelor administrației de stat pentru pagubele pricinuite prin actele lor ilegale" în *Analele Universității din București*, 1968, pp. 9-14
- ²⁰ Constantin Rarincescu, *op. cit.*, pp. 85-86
- ²¹ Sentința civilă nr. 707/2005 a Curții de Apel Cluj, nepublicată. Această sentință a fost menținută prin Decizia nr. 3268/2005 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, nepublicată, recursul fiind respins cu aceeași motivare cu care fusese respinsă și acțiunea.
- ²² Paul Negulescu, *Tratat de drept administrativ român*, ed. Tipografia Gutenberg, București, 1906, vol. I, pg. 183
- ²³ *ibidem*, pg. 185

- ²⁴ Jacqueline Morand-Deville: *Cours de droit administratif*, ed. Montchrestien, Paris, 2001, pg. 459
- ²⁵ Chiar și în cadrul aceluiași serviciu public industrial și comercial, prestat de mai multe persoane juridice, pot apărea diferențe de implicare a dreptului public. În acest sens, se poate lua ca exemplu transportul pe căile ferate române. Art. 3 din Legea nr. 129/1996 privind transportul pe căile ferate române (precitată) stabilește că acest transport se organizează și se efectuează în principal de către Societatea Națională a Căilor Ferate Române, care are statutul de regie autonomă de interes național. Dar art. 28 al aceleiași legi oferă posibilitatea ca acest transport să fie executat și de alte persoane juridice. Or, credem că dacă asupra transportului asigurat de SNCFR dreptul public apasă suficient de tare încât răspunderea pentru pagubele ce s-ar produce cu ocazia lui să fie antrenată după regulile dreptului administrativ, nu același lucru s-ar putea spune și despre răspunderea ocazională de transportul efectuat de alte persoane juridice: chiar dacă și acestea trebuie să "asculte" de o multitudine de reguli de drept public, implicare statului în activitatea lor este mult mai redusă.
- ²⁶ Constantin Rarincescu, *op. cit.*, pp. 32-33
- ²⁷ A se vedea M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Dévolvé, B. Genevois, *op. cit.*, pg. 3. În același sens, René Chapus, *op. cit.*, vol. I, pg. 730
- ²⁸ Constantin Rarincescu, *op. cit.*, pg. 55
- ²⁹ Este exact ceea ce s-a întâmplat în Franța, în cadrul deja amintitei afaceri *Blanco*; a se vedea M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Dévolvé, B. Genevois, *op. cit.*, pg. 2
- ³⁰ În acest sens, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Dévolvé, B. Genevois, *op. cit.*, pg. 2; M. Văraru: *Dreptul administrativ român*, ed. Librăriei Socec, București, 1928, pg. 91
- ³¹ A se vedea Constantin Rarincescu, *op. cit.*, pg. 53; René Chapus, *op. cit.*, pp. 713-723
- ³² René Chapus, *op. cit.*, pp. 735-736
- ³³ Publicată în *Monitorul Oficial* nr. 156/1996.
- ³⁴ Căci, așa cum arăta tot profesorul Rarincescu (*op. cit.*, pg. 143): "acesta [faptul că nu sunt acte administrative – *n.n., I.P.*] nu înseamnă însă că operațiunile materiale sau faptele administrative nu pot avea eventual caracter de fenomen juridic; căci pe departe, atunci când ele sunt săvârșite în exercitarea regulelor juridice, ele constituiesc ultima fază de realizare a dreptului și cu acest titlu intră în noțiunea de fenomen juridic, iar pe de altă parte ele pot produce efecte juridice, ca fenomene însă întâmplătoare, nu ca rezultat voit al unei manifestațiuni de voință din partea administrațiunii".
- ³⁵ René Chapus, *op.cit.*, pg. 1179

CAPACITATEA ȘI COMPETENȚA ADMINISTRATIVĂ ÎN CONCEPȚIA PROFESORULUI ILIE IOVĂNAȘ

Rodica Narcisa PETRESCU*

Résumé : *La capacité et la compétence administrative selon le professeur Ilie Iovănaș. Dans son livre intitulé "Droit administratif et éléments de la science de l'administration" publié en 1977, le professeur Ilie Iovănaș énonce la première définition scientifique de la capacité administrative, établissant la distinction entre celle-ci et la compétence administrative. Il est important de signaler que la plupart des auteurs de spécialité ont adopté ces définitions.*

A partir du fait que, dans certains actes normatifs, tels que la Loi cadre sur la décentralisation no. 195/2006, on attribue à la capacité administrative à tout un autre sens, sa définition utilisant des termes économiques, techniques, sociologiques et juridiques, il est proposé de maintenir le sens établi par le professeur Iovănaș.

Toutefois, en raison des inconvénients théoriques et pratiques de l'utilisation concomitante de la notion de "compétence" et "attributions" dans certains textes juridiques, en soulignant que par compétence on comprend la totalité des attributions d'une autorité administrative, il est proposé d'utiliser un seul terme soit "compétence" soit "attributions".

Rezumat : *În lucrarea „Drept administrativ și elemente ale științei administrației” publicată în anul 1977, profesorul Ilie Iovănaș formulează prima definiție științifică a capacității administrative, stabilind elementele de diferențiere între aceasta și competența administrativă. Este important de semnalat că majoritatea autorilor de specialitate din perioada actuală au îmbrățișat aceste definiții.*

Plecând de la faptul că în unele acte normative, spre exemplu, Legea cadru a descentralizării nr. 195/2006, capacității administrative i se atribuie un înțeles complet diferit, în care se întâlnesc termeni de natură economică, tehnică, sociologică și juridică, se sugerează menținerea înțelesului stabilit de profesorul Iovănaș.

Totodată, învederându-se inconvenientele teoretice și practice ale utilizării concomitente a noțiunilor de „competență” și „atribuții” în anumite texte legale, și subliniindu-se că prin competență se înțelege totalitatea atribuțiilor unei autorități administrative, se propune utilizarea unui singur termen, fie acela de competență, fie acela de atribuții.

Mots clés: capacité administrative, compétence, attributions, théories de Ilie Iovănaș

Cuvinte cheie: capacitate administrativă, competență, atribuții, concepția lui Ilie Iovănaș

„Dreptul administrativ și elemente ale științei administrației” al prof. Ilie Iovănaș, tipărit în anul 1977, a reprezentat unul dintre cele mai bune, clare și sintetice cursuri de drept administrativ, multe din conceptele, definițiile și părerile autorului fiind actuale și în prezent. Nu poți să scrii în domeniul dreptului administrativ fără să te referi, fără să-l citezi, pe profesorul Ilie Iovănaș, cartea Domniei sale fiind una din lucrările științifice de mare valoare ale dreptului administrativ.

În această lucrare, contribuțiile sale sunt numeroase, începând cu teoria generală a organului administrativ, apoi cu stabilirea trăsăturilor caracteristice ale actelor administrative, revocarea și anularea acestora, controlul exercitat asupra activității executive, un loc special ocupându-l controlul judecătoresc al legalității actelor administrative pe calea acțiunii directe, în condițiile Legii nr. 1/1967.

1. *Unul din meritele Profesorului a fost formularea primei definiții științifice a capacității organelor administrative, respectiv a competenței acestora*, de a stabili elementele de diferențiere între cele două categorii, de a preciza care sunt trăsăturile și formele sub care se prezintă competența administrativă. Aceste contribuții științifice se bucură de aprecierea autorilor români de specialitate, care au achiesat și care citează părerea Profesorului cu ocazia examinării capacității și competenței administrative, noțiuni de bază ale teoriei autorității administrative și ale dreptului administrativ.

Astfel, prin *capacitate administrativă*, autorul înțelege „...posibilitatea de a participa ca subiect independent în raporturi de drept administrativ”¹, arătând, în continuare, că pentru a ști dacă o anumită formațiune colectivă are sau nu capacitate administrativă, trebuie analizat în fiecare caz în parte dacă legea organică îi conferă sau nu posibilitatea de a intra în raporturi administrative în nume propriu.

Această concepție este împărtășită și de prof. Antonie Iorgovan, care susține că „Prin capacitate administrativă a organelor administrației publice înțelegem aptitudinea acestora de a fi subiecte în raporturile juridice administrative reclamate de realizarea competențelor lor”².

Spre deosebire de alte opinii³, în concepția prof. Iovănaș, capacitatea nu se identifică cu competența organelor administrative, deși, practic, după cum se recunoaște în continuare, „putem cunoaște dacă o anumită formațiune colectivă are sau nu calitatea de subiect de drept administrativ, numai cercetând competența ei legală, stabilită în legea organică”⁴.

Majoritatea autorilor de drept administrativ din perioada actuală au îmbrățișat nu numai definiția capacității organelor administrative⁵ ci și pe aceea a competenței acestora, așa cum a fost formulată de Ilie Iovănaș. Prin competența organelor administrative, autorul înțelege „... categoria care desemnează ansamblul atribuțiilor unor organe administrative, compartimente sau persoane, și limitele exercitării lor”⁶.

Mai trebuie subliniat că înțelesul clar și succint dat celor doi termeni de specialitate, au reprezentat doar punctul de plecare în stabilirea deosebirilor între capacitatea organelor administrative și competența acestora.

Astfel se susține, cu deplin temei, că în timp ce capacitatea de drept administrativ este proprie *numai* organelor administrative, competență au *atât* organele administrative, cât și structurile lor organizatorice și funcționale.

În al doilea rând, s-a mai relevat că dacă întotdeauna, capacitatea administrativă presupune posibilitatea de a acționa în nume propriu, competența nu presupune o astfel de independență, pentru că în general, atribuțiile organului administrativ sunt

repartizate, spre a fi exercitate, compartimentelor și persoanelor care le compun, dar acestea nu le exercită în nume propriu, ci în numele organului respectiv⁷.

Cât privește noțiunea de atribuție, explicată în curs ca „o investire legală cu anumite prerogative”, ea este detaliată într-o altă lucrare, scrisă în colaborare cu alți doi autori, și dedicată, fondatorului Școlii clujene de drept administrativ, prof. univ. dr. Tudor Drăganu. Aici se arată că atribuțiile sunt, prin natura lor, drepturi și obligații legale, ceea ce le deosebește de simplele drepturi și obligații subiective pentru că exercitarea lor nu este o simplă facultate, ci o obligație⁸.

Cele mai sus relevate își păstrează actualitatea, trecerea timpului și schimbările legislative, mult prea frecvente după anul 1990 în domeniul dreptului administrativ, nereușind să le altereze substanța.

2. *Actualitatea concepției prof. Ilie Iovănaș despre capacitatea și competența autorităților administrației publice.* Multe din legile adoptate în ultima vreme, definesc termeni și noțiuni cuprinse în cadrul lor, ceea ce prezintă atât avantaje, cât și dezavantaje. Astfel, se înțelege mai ușor sensul pe care legiuitorul a dorit să-l dea anumitor termeni, dar, pe de altă parte, există riscul ca una și aceeași noțiune să aibă înțelesuri diferite în două sau mai multe legi, ceea ce poate crea reale dificultăți pentru practicienii administrației publice centrale și locale sau chiar și pentru alte categorii avizate⁹.

Bunăoară Legea cadru a descentralizării nr. 195/2006¹⁰ stabilește principiile, regulile și cadrul instituțional care reglementează procesul de descentralizare administrativă și financiară în România.

Spre deosebire de primul act normativ în materie, Legea cadru a descentralizării nr. 195/2006 stabilește înțelesul unor termeni și expresii. Termenul *capacitate administrativă* este definit ca fiind „ansamblul resurselor materiale, instituționale și umane de care dispune o unitate administrativ-teritorială, precum și acțiunile pe care le desfășoară aceasta pentru exercitarea competențelor stabilite prin lege”¹¹. În final, se mai arată: capacitatea administrativă se evaluează și se stabilește în condițiile legii.

După cum se observă, în această definiție a capacității administrative se întâlnesc mai mulți termeni cu naturi diferite, economică, juridică și sociologică, iar resursele unității administrativ-teritoriale sunt puse pe o poziție de egalitate cu activitățile pe care aceasta le realizează, potrivit legii, ceea ce de la bun început apreciem ca fiind neștiințific.

Considerăm că înțelegerea în acest mod a capacității administrative este criticabilă, ea fiind în flagrantă contradicție cu sensul dat capacității administrative de prof. Iovănaș, la care s-au raliat majoritatea autorilor de drept administrativ. La semnificația capacității administrative pe care o dă art. 2 lit. b) din Legea nr. 195/2006, mai degrabă s-ar potrivi titlul de „capacitate socio-economică a unităților administrativ-teritoriale” ori aceea de „capacitate economico-instituțională a unităților administrativ-teritoriale”.

3. *Revenind la definiția capacității administrative din Legea cadru a descentralizării nr. 195/2006*, mai trebuie observată referirea la „exercitarea competențelor stabilite de lege”. Prof. Iovănaș a arătat, judicios, că prin competență trebuie să se înțeleagă totalitatea atribuțiilor unor organe administrative, compartimente sau persoane, ceea ce înseamnă, indubitabil, că fiecare din subiectele menționate are o *singură competență* formată dintr-un *ansamblu de atribuții*, iar doctrina română de specialitate a achiesat la acest punct de vedere.

În acest sens, în art. 34 al Proiectului Codului de procedură al României, competența este definită în mod corect, precizându-se că ansamblul atribuțiilor conferite prin lege autorităților publice reprezintă competența acestora. Este interesant de semnalat că această accepțiune a competenței, cea corectă, o găsim chiar în art. 2 lit. c) din Legea-cadru a descentralizării nr.195/2006, și anume „ansamblul atribuțiilor stabilite de Constituție și de legile care conferă autorităților administrative drepturi și obligații de a duce în nume propriu, în realizarea puterii publice și sub propria responsabilitate, o activitate de natură administrativă”. Dar, ni se pare criticabil că imediat la lit. d), e) și f) ale aceluiași articol se folosesc sintagmele *competențe delegate*, *competențe exclusive* și *competențe partajate*, deși în realitate, autoritățile administrației publice locale au o singură competență. În realitate, este vorba de *atribuții delegate*, *atribuții exclusive* și *atribuții partajate* ale autorităților administrației publice locale, totalitatea lor constituind competența acestora stabilită de lege. De altfel, și în art. 5 alin. 1 din Legea administrației publice locale nr. 215/2001, republicată, se prevede că autoritățile administrației publice locale exercită, în condițiile legii, competențe exclusive, competențe partajate și competențe delegate, deși corect și riguros științific era să stipuleze *atribuții exclusive*, *atribuții partajate* și *atribuții delegate*. Mai mult chiar, renunțarea la termenul „competență” din acest articol și înlocuirea lui cu acela de atribuții ar fi utilă și pentru a-l pune de acord cu alte dispoziții din Legea nr. 215/2001, republicată, care stabilesc categoriile de *atribuții* (nu de competențe) pe care le exercită, consiliul local, primarul, consiliul județean și președintele consiliului județean.

Pe de altă parte, că chiar dacă preluarea unor concepte din legislația unor țări europene și transpunerea lor, pur și simplu, în cea română, sunt, adeseori, seducătoare, trebuie avute în vedere și inconvenientele unor asemenea proceduri, care privesc, în primul rând, înțelesul consacrat al unor termeni din dreptul românesc, cum este cel de competență, pe care l-am discutat¹². De aceea, se recomandă o analiză atentă, de la caz la caz, chiar o anumită în prudență în aplicarea unei asemenea practici.

În acest context, considerăm că o *problemă de fond* și nu numai de terminologie, așa cum s-ar putea crede, la o primă vedere, este folosirea concomitentă în unele reglementări a doi termeni și anume „competență” și „atribuții”. Referitor la unele dispoziții ale Legii administrației publice locale nr. 215/2001, s-a arătat că folosirea concomitentă a celor doi termeni în același text nu este corectă, putând da naștere la interpretări diferite. Din păcate, Legea nr. 286/2006, care a modificat și completat

substanțial, Legea administrației publice locale nr. 215/2001, nu a schimbat nimic în această privință. De pildă, în art. 4 alin. 2 din Legea nr. 215/2001, republicată, se stipulează: ”Autonomia locală privește organizarea, funcționarea, *competențele și atribuțiile* (s. n. - R.N. P.), precum și gestionarea resurselor care, potrivit legii, aparțin comunei, orașului, municipiului sau județului, după caz”, ca și cum ne-am afla în prezența a două *concepte diferite*, primul „competențe” și al doilea „atribuții”, ceea ce este incorect, pentru că, în realitate, prima noțiune o subsumează pe cea de a doua.

În această ordine de idei, după cum se constată într-o opinie, una din carențele legislației românești este aceea cu privire la confuzia între noțiunile de *competență* și *atribuții*, ceea ce are ca efect nu numai existența controverselor în literatura de specialitate, ci mai îngrijorător este că instanțele de judecată au dificultăți în a judeca în aceste condiții”.¹³

Față de cele prezentate, se impune următoarea concluzie: ar trebui să medităm mai mult și să nu ne grăbim atunci când dorim să înlocuim sau chiar să renunțăm la denumirea sau înțelesul unor noțiuni consacrate ale dreptului administrativ român. În schimb, să avem puterea să facem aceste lucruri, când termeni, definiții sau semnificații din dreptul administrativ român nu mai corespund realității, preluând ceea ce este valoros și s-a impus ca atare în țările europene.

* Autoarea este profesor universitar la Catedra de Drept public a Facultății de Drept din Cluj, Drept administrativ; rodica.petrescu@yahoo.com

¹ I. Iovănaș, *Dreptul administrativ și elemente ale științei administrației*, Editura didactică și pedagogică, București, 1977, p. 121.

² A.Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, ediția IV, Editura All Beck, 2005, p. 278.

³ A se vedea Al Negoită, *Drept administrativ*, Lit. București, 1973, p. 66-67, citată de I. Iovănaș, în *op. cit.*, p. 121.

⁴ I. Iovănaș, *op. cit.*, p. 121.

⁵ O opinie, cu elemente critice, a teoriei lui Ilie Iovănaș este susținută de O. Podaru, *În căutarea autorului actului administrativ, I, - eseu asupra competenței organelor administrative*, în *Revista de drept public* nr. 2/2008, p. 13-14.

⁶ *Ibidem*, p.121.

⁷ *Ibidem*, p.121.

⁸ A de vedea I. Iovănaș, A. Balogh, Rodica Narcisa Petrescu, *Organizarea și funcționarea organelor locale ale puterii și administrației de stat, texte comentate*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1979, p. 44.

⁹ Cu privire la acest aspect a se vedea Rodica Narcisa Petrescu, *Reflecții asupra unor dispoziții înscrise în Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale*, în „Dreptul” nr. 4/2007, p. 131-132.

¹⁰ Publicată în “Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 453 din 25 mai 2006. Prin această lege a fost abrogată prima Lege-cadru privind descentralizarea nr. 339/2004 publicată în “Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 668 din 26 iulie 2004.

¹¹ Art. 2 lit. b) din nr. 195/2006.

¹² A se vedea Rodica Narcisa Petrescu, *Reflecții ...*, *cit.supra*, p. 138.

¹³ În acest sens, a se vedea, Rozalia Ana Lazăr, *Legalitatea actului administrativ. Drept românesc și drept contemporan*, Editura All Beck, București, 2004, p. 112-113.

„SCOALA DE LA BUCUREȘTI” VERSUS „SCOALA DE LA CLUJ”: RĂZBOI TROIAN SAU PSEUDO-CONFLICT?

Eseu despre variile viziuni asupra oportunității actului administrativ
(mitologie pentru juriști)

Ovidiu PODARU*

Résumé: L'École de Bucarest vs. l'École de Cluj: guerre de Troie ou pseudo-conflit? Essai sur les visions variées de l'opportunité des actes administratifs (mythologie pour les juristes). L'École de Bucarest et l'École de Cluj: deux courants d'opinion – opposés, dit-on – en ce qui concerne les rapports entre la légalité et l'opportunité des actes administratifs. L'opportunité n'est qu'une dimension de la légalité, proclame, solennellement, la première des deux conceptions. Par contre, l'opportunité est une condition de valabilité, mais pas de légalité, selon la deuxième.

Les deux orientations, exprimées par les phrases ci-dessus, sont, certainement, contraires. Au moins du point de vue logique. C'est-à-dire qu'il s'agit d'une guerre, des idées. Les conséquences pratiques sont visibles sur le plan du contrôle des actes administratifs: selon l'avis des premiers, ceux qui sont inopportuns peuvent – et doivent être – **annulés par le juge**; selon l'avis des autres, si de la condition d'opportunité n'est pas remplie; cela a, pour conséquence, la révocation ou l'abrogation de l'acte (mais **pas** son *annulation*). Y-a-t-il une possibilité de désamorcer cette dispute?

En ce qui nous concerne, nous avons commencé par l'analyse minutieuse des opinions de chacun des membres éminents des deux „écoles”; et, en aucun cas on ne peut dire que nous soyons en présence de seulement deux opinions irréconciliables, l'une, appartenant aux théoriciens de Bucarest, l'autre, à ceux de Cluj. Par contre, une „école” n'est qu'une multitude d'opinions qui se distinguent les unes des autres par leurs multiples nuances; en plus, il y a beaucoup d'éléments de liaison entre les deux „écoles” distinctes (on doit lire *les deux systèmes d'idées* concernant le problème ci-dessus).

Si la première partie de l'étude est purement théorique, la deuxième propose l'analyse des limites du contrôle juridictionnel de l'opportunité des actes administratifs. Après que la loi no. 554/2004 du contentieux administratif est entrée en vigueur, le problème devait être tranché: *l'opportunité d'un acte administratif peut être censurée par l'instance de contentieux administratif si ledit acte a été émis par excès de pouvoir*. Mais ce n'est pas si simple que ça. D'une part, parce que la notion même d'„excès de pouvoir” n'est pas suffisamment claire, malgré l'existence d'une définition légale; de l'autre, parce que c'est sûr qu'on n'a pas répondu à la question suivante: le contrôle juridictionnel des actes administratifs est aussi étendu que le contrôle administratif ou bien il est plus restreint? Autrement dit, dans tous les cas où (ou quel que soit le motif pour lequel) l'administration révoque ses propres actes le juge (régulièrement investi) peut les annuler aussi? Ou, par contre, il y a un domaine du pouvoir discrétionnaire de l'administration réservé exclusivement à elle et intangible pour l'instance de contentieux administratif?

La conclusion à laquelle nous sommes arrivés finalement est que le pouvoir discrétionnaire de l'administration peut être censuré par l'instance pour le plupart (si son exercice est abusif ou évidemment disproportionné par rapport à sa fin), mais pas en totalité. L'idée de l'École de Bucarest est, en principe, correcte. Mais ce n'est pas moins vrai qu'il y a des situations

où l'administration peut révoquer ses actes pour cause d'inopportunité (à une seconde appréciation) mais l'instance ne peut pas les annuler parce q'aucun excès de pouvoir ne peut être décélé; si ça n'était pas vrai, le principe même de la séparation des pouvoirs serait remis en question, d'une part; de l'autre, même la notion de „pouvoir discrétionnaire” serait vidée de son contenu, devenant un non-sens: c'est-à-dire, si parmi plusieurs moyens d'agir seulement l'un serait conforme à la loi et l'instance de contentieux administratif pouvait toujours vérifier si l'administration a agi **exactement en ce sens**, existe-t-il quelque marge de liberté laissée par le l'gislateur à l'administration? Sa compétence serait ainsi totalement liée, ce qui représente une chose inconcevable. L'École de Cluj n'est donc pas non plus loin de la vérité. **Ces remarques devaient trancher la dispute théorique ci-dessus. L'opportunité est, en partie, une dimension de la légalité.**

Rezumat: „Școala de la București” și „Școala de la Cluj”: două curente de opinie – opuse, se susține – cu privire la raporturile dintre legalitatea și oportunitatea actelor administrative. Oportunitatea este o dimensiune a legalității, proclamă, ritos, prima dintre cele două concepții. Dimpotrivă, oportunitatea este o condiție de valabilitate, dar nu de legalitate, se arată în ce-a de-a doua.

Cele două orientări, exprimate prin frazele de mai sus, sunt, cu siguranță, contrare. Cel puțin din punct de vedere logic. Deci este **război**, unul al ideilor. Consecințele practice sunt vizibile pe tărâmul controlului actelor administrative: actele inoportune pot – și trebuie să fie – **anulate de către judecător**; neîndeplinirea condiției de oportunitate are drept consecință revocarea sau abrogarea actului (deci **nu** și **anularea** acestuia). Există, oare, o posibilitate de dezamorsare a disputei?

În ce ne privește, am început prin a analiza minuțios opiniile fiecăruia dintre membrii marcanți ai celor două „școli”; și; în niciun caz nu se poate spune că suntem în prezența a doar două opinii ireconciliabile, una a teoreticienilor de la București iar cealaltă a celor de la Cluj. Dimpotrivă, o „școală” nu reprezintă altceva decât o multitudine de păreri distincte prin variile nunațe pe care le presupun; în plus, sunt foarte multe puncte de legătură între cele două „școli”. Ceea ce ne-a determinat să punem sub semnul întrebării însăși existența a două „școli” (a se citi sistem de idei cu privire la problema de față) distincte.

Dacă prima parte a studiului este pur teoretică, cea de-a doua își propune să analizeze limitele controlului jurisdicțional asupra oportunității actelor administrative. După intrarea în vigoare a Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, problema ar trebui să fie tranșată: *oportunitatea unui act administrativ poate fi cenzurată de instanța de contencios administrativ dacă actul în cauză a fost emis cu exces de putere*. Nu este chiar atât de simplu. Pe de o parte, pentru că însăși noțiunea de „*exces de putere*” nu este suficient de clară, în ciuda unei definiții legale; pe de alta, pentru că în niciun caz nu s-a răspuns la întrebarea: controlul jurisdicțional al actelor administrative este la fel de extins ca cel administrativ sau este mai restrâns? Cu alte cuvinte, în toate cazurile când (sau pentru orice motiv pentru care) administrația își revocă propriile acte poate și instanța să le anuleze (dacă ar fi regulat sesizată)? Sau, dimpotrivă, există un domeniu al puterii discreționare a administrației rezervat exclusiv acesteia și în care instanța nu poate interveni?

Concluzia la care am ajuns în final este aceea că puterea discreționară a administrației poate fi cenzurată de către instanță în marea ei parte (dacă este exercitată abuziv sau vădit disproportionat raportat la scopul ei) dar nu în totalitate. Ideea „Școlii de la București” este, principal, corectă. Dar nu e mai puțin adevărat că există situații în care administrația își poate

revoca propriile acte pe motiv de inoportunitate (la o a doua apreciere) dar instanța nu le poate anula căci niciun exces de putere nu poate fi detectat; dacă n-ar fi așa, însuși principiul constituțional al separației puterilor în stat ar fi pus la îndoială, pe de o parte; pe de alta, chiar noțiunea de „putere discreționară” ar fi vidată complet de conținut, devenind un nonsens: căci, căci dacă din mai multe conduite posibile una și numai una ar fi conformă cu legea iar instanța de contencios administrativ ar putea în toate cazurile să verifice dacă administrația a acționat **exact în acest sens**, oare mai există vreo marjă de libertate de mișcare lăsată de legiuitor administrației? Competența acesteia ar fi astfel în totalitate legată, lucru de neconceput. Deci nici „Școala de la Cluj” nu este departe de adevăr. Cu aceste observații, ar trebui ca disputa teoretică amintită să fie considerată tranșată: oportunitatea este, în parte, o dimensiune a legalității.

Mots clés: contentieux administratif, acte administratif, opportunité, contrôle judiciaire, excès de pouvoir

Cuvinte cheie: contencios administrativ, act administrativ, oportunitate, control judiciar, exces de putere

Războiul Troian a durat zece ani, după Homer. Puțin, dacă îl comparăm cu lungimea disputei teoretice care a marcat ultimul sfert al secolului XX, iscată pe marginea raporturilor posibile dintre legalitatea și oportunitatea actului administrativ. O dispută atât de lungă, încât a căpătat, pe alocuri, valențe teatrale.

Oamenii au fost dintotdeauna fascinați de modele, de structuri, de arhetipuri, de mituri¹. Dar, oare, nu este adevărat că, pentru cei cu „o a doua vedere”², esențele se modelează și se remodelează, iar și iar, în aceleași tipare, se calchiază în aceleași matrici? Nu-i așa că *istoria se repetă*³?

Toate războaiele se aseamănă între ele, în primul rând prin lipsa lor de sens și apoi prin aceea că, odată și-odată, toate se sfârșesc. Nu există războaie juste ori constructive, orice afirmație contrară neputând fi decât praf în ochi pentru profanii de manipulat. Și, într-un anume fel, și „războaiele” din doctrina juridică, duse dincolo de limitele unor dispute științifice trebuie, într-un fel sau altul, să-și atingă finalul.

„Școala de la București” și „Școala de la Cluj”: două curente de opinie – **opuse**, se susține – cu privire la raporturile dintre legalitatea și oportunitatea actelor administrative. Oportunitatea este o dimensiune a legalității, proclamă, ritos, prima dintre cele două concepții⁴. Oportunitatea este o condiție de valabilitate, dar nu de legalitate, se arată în ce-a de-a doua⁵.

Cele două orientări, exprimate prin frazele de mai sus, sunt, cu siguranță, contrare. Cel puțin din punct de vedere logic. Deci este **război**, unul al ideilor. Consecințele practice – „*morții și răniții*” – sunt vizibile pe tărâmul controlului: actele inoportune pot – și trebuie să fie - anulate⁶; neîndeplinirea condiției de oportunitate are drept consecință revocarea sau abrogarea actului⁷ (deci nu și *anularea* acestuia).

Există, oare, o posibilitate de dezamorsare? Utilizând – probabil prea bizar pentru unii – tiparele unui conflict celebru, este ceea ce ne propunem noi prin prezentul studiu, analizându-i cauzele (I), tezele unor protagoniști principali (II și III), coliziunea frontală de idei (IV), deznodământul disputei (V). În căutarea unui „final fericit” însă, s-ar putea ca o descoperire care să stârnească deopotrivă uimirea și dezamăgirea să ne surprindă: **dar dacă nu a existat nici un conflict? Dar dacă totul este doar imaginar, o simplă neînțelegere cauzată de termenii folosiți?**

I. Mărul discordiei și fuga Elenei la Troia

„De fapt, Iliada începe cu un act de piraterie. Piratul este Paris, fiul lui Priam, regele Troiei, care cu îndrăzneală sosește în palatul lui Menelau, regele Spartei și, călcând legile sfinte ale ospetiei, fuge cu soția acestuia și ia cu el toate averile-i și-o parte din flotă. Toți regii Heladei, din Tesalia până în Pelopones, de la Rodos până în Insulele Ionice, din Cephallonia și din Itaca, răspund la chemarea Atridului Agamemnon, fratele lui Menelau. Pretextul este răzbunarea înjosirii lui Menelau, dar, de fapt, se dă ultima bătălie pentru hegemonia Mării Egee...”⁸

„Cele două opinii ... nu s-au formulat pe un teren gol, ele reprezintă o continuare a preocupărilor Școlii de drept public din perioada interbelică, însă într-o altă terminologie (subl.ns.) și într-un alt sistem politico-constituțional”⁹. Una și aceeași Școală de drept public, am sublinia noi.

Și atunci, care să fi fost motivul discordiei, ce anume și când s-a „rupt” pregătind dreptul nostru administrativ de „război”? Tot Antonie Iorgovan sugerează că instaurarea regimului comunist în România a avut un rol important în această chestiune¹⁰. Astfel, dacă în dreptul nostru administrativ interbelic distincția legalitate – oportunitate se impunea ca o consecință a distincției devenite tradiționale între *acte de guvernământ* și *acte administrative de autoritate discreționare*¹¹, ulterior (după 1948), nemaiputându-se vorbi despre actele de guvernământ, autorii s-au văzut nevoiți să se concentreze, atunci când trebuia analizată relația legalitate-oportunitate, în sfera unei singure categorii de acte, cele administrative discreționare: **„așa se explică și soluțiile diferite care s-au dat”¹²** (subl.ns.)”.

În ce ne privește, credem că premisele opoziției de idei dintre cele două școli trebuie analizate și mai atent de-atât. Astfel, vom începe prin a constata că în perioada interbelică nu erau două curente de opinie diferite, separate geografic. Căci altfel am fi auzit, de bună seamă, despre disputa de idei între P. Negulescu și C. Rarincescu, pe de o parte, E. D. Tarangul, pe de alta, dacă-i amintim doar pe liderii celor două școli în perioada respectivă. Dimpotrivă, exista un singur curent, în sensul că distincția legalitate – oportunitate se justifică pentru a crea o explicație plauzibilă pe tărâmul controlului contencios în ce privește actele de guvernământ,

respectiv cele de autoritate. Astfel, dacă în situația primelor administrația putea aprecia nu numai oportunitatea, ci chiar legalitatea lor (și, prin urmare, controlul contencios asupra acestora era exclus, căci instanța nu mai avea ce verifica, atâta timp cât până și legalitatea era „discreționară”, deci la aprecierea administrației), în cazul actelor de autoritate, administrația avea libertate doar cu privire la oportunitate, chestiunile de legalitate fiind „legate” (cu consecința că, asupra acestora, instanța de judecată își putea exercita controlul).

O dată cu dispariția „subită” a actelor de guvernământ, se mai impunea, oare, distincția dintre legalitate și oportunitate (aplicabilă doar actelor de autoritate)? Aici a intervenit ruptura: într-o opinie exclusiv teoretică, distincția trebuie să rămână, controlul instanței rămânând să se exercite doar asupra legalității stricte; într-o alta, cu mai multe valențe practice, distincția nu se mai impune, controlul instanței trebuind să fie „total”¹³. Și, privite din unghiuri diferite, ambele teorii păreau să fie solid fundamentate: pe de o parte, de vreme ce suntem în prezența unei puteri discreționare, controlul ar trebui să fie exclus, căci unde e control, nu e libertate; pe de alta, într-un stat de drept este inadmisibil ca excesul de putere – abuzul – să nu poată fi cenzurat de instanța de judecată.

Disputa de idei cu privire la relația dintre legalitate și oportunitate a început, deci, cu un act de barbarie juridică: dispariția, o dată cu instaurarea regimului comunist, a tot ce înseamnă contencios administrativ, libertăți, drepturi și interese legitime, acte de guvernământ ș.a. Este de mirare cum, după acest moment, a mai putut exista vreo dispută de idei în dreptul nostru administrativ. Dar, poate că tocmai din aceasta i s-a tras, ulterior, salvarea...

II. Priam și Înțelepciunea lui

Deși Rege al Troiei pe întreaga durată a conflictului, Priam nu a participat la bătălii în mod activ, fiind prea înaintat în vârstă. Cu toate acestea, un război troian fără Priam este de neimaginat; de acolo din fundal, regele Troiei impresionează, impregnând atmosfera cu umanism și înțelepciune.

„Aceste condiții de valabilitate a actelor administrative¹⁴ nu sunt, în realitate, decât aspecte ale unei singure condiții, care se exprimă în obligația ca aceste acte să fie emise cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare¹⁵. Și Magistrul continuă: „Într-adevăr, depășirea competenței sale de către un organ sau **elaborarea unui act contrar scopului legii** (subl.ns.), nu reprezintă vicii distincte **de ilegalitate** (subl.ns.), căci la urma urmelor organul administrației de stat care emite un act pe care legea îl dă în atribuția altui organ sau **care urmărește un scop reprob de lege** (subl.ns.), nu face altceva decât să violeze legea, să comită o ilegalitate. Dacă totuși dreptul nostru administrativ disecă acest viciu de ilegalitate în mai multe vicii distincte, acest mod de

a proceda se explică prin faptul că viciul de ilegalitate care afectează un anumit act nu are întotdeauna aceeași gravitate, astfel încât problemele pe care le pune și consecințele juridice pe care le produce vor fi și ele uneori diferite¹⁶”. Aceste susțineri ale lui Tudor Drăganu sunt, de altfel, cunoscute și recunoscute și de către Antonie Iorgovan¹⁷.

Și dacă, așa cum am arătat, perioada în care s-au format cele două „Școli” este cea postbelică, și dacă, în esență, Tudor Drăganu afirmă că oportunitatea (ori esența acesteia – scopul legii, iar nu litera sa) este un element al legalității unui act administrativ, o întrebare se ridică: **oare ar putea fi concepută o „Școală de la Cluj” fără Tudor Drăganu?**¹⁸

Iar dacă este așa, dacă admitem că Tudor Drăganu susținea și el, în anii '50 – '60 că oportunitatea nu este altceva decât una dintre laturile legalității, cum am mai putea susține existența a două curente de opinie opuse, delimitate printr-un criteriu geografic: Capitala vs. Provincia? Oare nu suntem mai degrabă în fața unei dispute de idei „private”, ca oricare alta, între A. Iorgovan și I. Iovănaș, în care primul, criticând relativ dur ideile celui de-al doilea, vede în spatele acestora o întreagă armată de teoreticieni, toți de la facultatea din interiorul arcului carpatic?

Totuși, chiar exagerată fiind, prin decretarea unui „duel” personal de idei ca fiind un conflict colectiv, această susținere merită a fi analizată căci, s-ar putea ca nici măcar principalii protagoniști să nu aibă teorii chiar atât de diferite în fond, disputa fiind creată din cauza unor neînțelegeri terminologice.

III. Ahile versus Hector

„Cântă, zeiță, mânia ce-aprinse pe-Ahile Peleidul...”¹⁹”

„Subiectul Iliadei e mânia lui Ahile și totul converge spre fiul lui Peleu. În centru conflictului, strălucește eroul absolut, învingătorul necruțător, violent și curajos dar, în același timp, viteazul sacrificat de vreme ce este sortit morții timpurii...”²⁰”

„Dacă Ahile este pasionat și crud, ... sensibilitatea lui Hector și puterea rațiunii îi frâng orice pasiune. Vitejia lui este un act de reflecțiune... Hector știe că Ahile caută să-l înfrunte și să-l doboare. O știe de la bun început... Priamidul acceptă lupta cu Ahile pentru că știe că este inevitabilă...”²¹”

Punctul culminant al „conflictului” s-a înregistrat prin disputa de idei dintre Antonie Iorgovan și Ilie Iovănaș. De fapt, aceasta este însăși nucleul dur al războiului de idei: primul, susținând că oportunitatea reprezintă doar un element al legalității, în vreme ce cel de-al doilea opinează în sensul că legalitatea și oportunitatea sunt două lucruri distincte.

Dar, oare cei doi vorbesc despre același lucru?

Ilie Iovănaș și-a prezentat teza în 1977, cu ocazia apariției lucrării sale *Dreptul administrativ și elemente ale științei administrației*. Susținută la puțin timp după renașterea ideii de „contencios administrativ”, prin adoptarea, în 1970, a Legii contenciosului administrativ, fără îndoială că această concepție oglindea, într-o oarecare măsură, realitățile politice ale vremii, raportat la care ar fi fost de dorit un control jurisdicțional cât mai restrâns asupra activității administrative.

Și totuși, nu asta este „sursa inspirației” lui Ilie Iovănaș, credem noi. Civilist la origine²², înzestrat cu o inteligență sclipitoare și cu o logică impecabilă, acesta obișnuia să aranjeze toate noțiunile juridice în tipare matematice. În mod riguros, fiecare noțiune are un sens și numai unul, fără lacune ori ambiguități. Termenii se pot opune, dar nu și suprapune în mod incert.

Acestea sunt premisele de la care pleacă Ilie Iovănaș.

Antonie Iorgovan a susținut încă de la început (1985) o teză „centristă”, a legalității-corolar: legalitatea este centrul, este esența actului administrativ, văzut ca formă a activității administrative (a se vedea lucrarea pe care a coordonat-o *Legalitatea actelor administrative*²³). Și, chiar dacă nu a fost primul care a arătat-o, contribuția sa la dezvoltarea teoriei principiului legalității este semnificativă. Încă de la început a criticat – relativ dur – teoria lui Ilie Iovănaș, pe motiv că „ea ar lăsa să se înțeleagă că ar exista o limită a valabilității actelor administrative «dincolo» de limitele legalității²⁴”.

Ilie Iovănaș nu a mai replicat niciodată. În ultima sa lucrare²⁵, editată cu puțin timp înainte de dispariția sa prematură, s-a mulțumit să-și reitereze susținerile anterioare. La final însă, a adus o precizare expresă, în vechea lucrare doar deductibilă: „*asupra oportunității actelor administrative, instanțele de contencios administrativ nu au competență să se pronunțe*²⁶”. Și, fapt important, această precizare venea într-un context post revoluționar.

Logică, încăpățănare sau inconștiență?

Mergând pe linia sa de gândire, Antonie Iorgovan a încercat, la un moment dat, printr-o singură frază, să creeze o punte de legătură între cele două teorii, (aparent) distincte, lăsând la o parte disputa teoretică și evidențind importanța practică a argumentelor proprii: „*indiferent cum privim oportunitatea în raport cu legalitatea, judecătorul de contencios administrativ are dreptul să verifice dacă administrația publică nu a acționat abuziv, contrar interesului public, așa cum rezultă acesta din legea pe care se întemeiază actul administrativ atacat*²⁷”.

Dar oare a susținut vreodată Ilie Iovănaș că abuzul administrației nu poate fi cenzurat de către instanța de contencios administrativ? Căci numai așa s-ar putea susține opoziția totală dintre cele două teze.

Noi ne îndoim profund că asemenea cuvinte i-ar fi putut fi, vreodată, atribuite lui Ilie Iovănaș. Dispariția lui prematură însă ne împiedică însă să și probăm această susținere, care va rămâne, astfel, la nivel de convingere interioară. Iată însă că, chiar în ediția din 1977 a cursului său de drept administrativ, I. Iovănaș

arată că știe foarte bine care este esența contenciosului administrativ „burghez”: aceea de a ocroti interesele particularilor față de abuzurile administrației²⁸. Doar că, în noile condiții „istorice”, problema abuzurilor administrației nu se mai pune (ceea ce, constrânși de forța regimului, nu contesta nimeni, cu toate că eram într-o epocă în care, raportat la principiile unui stat democratic, abuzul era regula).

Apoi, în ediția post-revoluționară a lucrării sale (1997), autorul nu mai amintește nimic despre raporturile dintre abuzurile administrației și contenciosul administrativ, deși cadrul democratic era un mediu mult mai propice pentru atare discuții decât regimul comunist. Dar această tăcere în niciun caz nu ar putea fi echivalată cu o susținere a ideii că abuzul administrației n-ar putea fi cenzurată de instanța de contencios administrativ.

IV. Un cal troian sau un sol cu steag alb?

Toate războaiele se aseamănă între ele în primul rând prin lipsa lor de sens și apoi prin aceea că, odată și-odată, toate se sfârșesc, am spus-o deja: fie prin anihilarea adversarului, fie prin abilități diplomatice. Cât despre Troia, finalul ei este notoriu: viclenia lui Odiseu și mânia lui Ahile i-au pecetluit soarta...

Este momentul să ne gândim la un posibil final (sau măcar „tip de final”) și pentru disputa noastră de idei. Fără îndoială că, în condițiile actuale, raportat și la prevederile noii legi a contenciosului administrativ, Legea nr. 544/2004, abuzul administrației poate fi cenzurat de către instanța de contencios administrativ, și deci și puterea ei discreționară, când este exercitată cu exces. Nici nu se putea altfel, într-un stat care se pretinde democratic. Există însă învățăminte pe care trebuie să le păstrăm din această teză a „Școlii de la Cluj”, ori această orientare ar trebui abandonată fără rezerve? Să vedem ce spun și reprezentanții „Școlii de la București”:

„...această optică de abordare a legalității nu poate fi acceptată²⁹...”

Tranșant ca întotdeauna, prof. Iorgovan este adeptul abandonului total al teoriei opuse. Este adevărat, cu o mică rezervă: n-ar trebui, totuși, să cădem în extremă (în cea opusă curentului de la Cluj) și să identificăm condițiile de legalitate cu cele de oportunitate. Cu alte cuvinte, ni se sugerează - chiar dacă nicăieri nu este afirmat franc - că niciodată puterea de apreciere a instanțelor nu va fi la fel de largă ca și cea a administrației: deci aceasta din urmă va avea, undeva, o marjă de libertate care scapă cenzurii instanței: *„nicăieri în lume instanțele de contencios administrativ nu au dispus încadrarea reclamantului în postul care i s-a refuzat pe ideea că reclamantul «examinat de instanță» s-a dovedit mai valoros...”*

Dar ideea finală a acestuia este în sensul renunțării totale la teoria oportunității - condiție care se adaugă la cele de legalitate, care astfel nu mai poate fi în niciun fel susținută în noile condiții ale statului de drept.

Și chiar dacă și alți autori care s-ar putea prezenta ca fiind reprezentanți ai Școlii de la București împărtășesc aceeași opinie teoretică, nu par a fi de acord și cu această modalitate de stingere a conflictului de idei: „... ar fi de așteptat o reconciliere a tezelor teoreticienilor și o unificare a jurisprudenței cu privire la posibilitatea controlului judecătoresc asupra oportunității ca o condiție a legalității...”³⁰ Cu alte cuvinte, cum ar fi destul de greu de admis că o construcție teoretică nu are nicio idee bună, susținerile „Școlii de la Cluj” ar trebui să fie analizate minuțios și păstrate acele teze care pot fi corelate cu sistemul de idei al „Școlii de la București”, astfel încât noul edificiu teoretic, compact, să stea la baza unei jurisprudențe unitare.

Este ceea ce ne propunem noi în ultima parte a acestui studiu.

V. De la ruina Troiei la înălțarea Romei

Tot legenda spune că locuitorii Troiei n-au fost nimiciți în totalitate. Un mic grup, condus de Enea, cumnatul lui Hector și cel mai viteaz troian după acesta, a reușit să fugă cu o corabie. Și, după o călătorie cu multe încercări, s-a stabilit în Italia de astăzi, în zona Latium, fiind bunicul lui Romulus, întemeietorul cetății care a dominat antichitatea timp de o mie de ani...

Vom începe prin a constata că nu putem determina locul oportunității și raporturile sale cu legalitatea unui act administrativ până când nu vom stabili exact sensul termenilor utilizați (1). Abia apoi vom putea răspunde la întrebarea dacă și în ce măsură oportunitatea poate fi cenzurată de către instanța de contencios administrativ (2).

1. Definiții.

Potrivit Dicționarului explicativ ilustrat al limbii române, prin *oportun* se înțelege ceva care *este prielnic, favorabil*. Ori, particularizat, *care se petrece, se produce la momentul potrivit*. Apoi, potrivit Dicționarului Larousse, prin *putere discreționară* se înțelege *libertatea lăsată administrației de a lua inițiativa anumitor măsuri*. De altfel, raportarea la termenul de „libertate” o fac și autorii români, din proprie inițiativă, sau citându-i pe alții³¹. Or, prin *libertate* se înțelege, potrivit aceluiași dicționar, „*absența oricărei constrângeri*”, *posibilitatea de a acționa, de a gândi, de a se exprima după propriile sale alegeri*”, *putere, fără nici un fel de supraveghere ori control* (subl.ns.), *de a face un anumit lucru sau de a acționa într-o anumită manieră*”.

Așadar, dacă puterea discreționară este raportată la noțiunea de libertate iar aceasta, prin esența ei, exclude controlul, supravegherea ori constrângerea, atunci, chiar dacă juridic este de înțeles necesitatea controlului justiției asupra acesteia, logic și terminologic există un impediment.

Și în această diferență de optică rezidă, probabil, „conflictul” de idei despre care am vorbit atât. Acesta s-a agravat pe parcurs, mai ales că toți protagoniștii au utilizat termeni ca „oportunitate”, „putere discreționară”, „putere de apreciere” fără a încerca un sistem coerent de definiții, făcându-se întotdeauna trimitere la definițiile date de alți autori, de multe ori în alte sisteme de drept. Or, o neînțelegere se poate ivi oricând dacă termenii utilizați în susținerea unei idei pot avea sensuri sensibil diferite. Tocmai de aceea, mai înainte de a aborda cele două curente de opinie dintr-un punct de vedere original, vom încerca să oferim definițiile noastre termenilor-cheie care ar putea lămurii problema.

Vom începe prin a defini **puterea de apreciere** ca fiind *competența dată de legiuitor administrației de a alege între două sau mai multe conduite posibile*. Această putere este una **discreționară** dacă libertatea administrației în alegerea conduitei sale este totală. Dimpotrivă, dacă administrația nu are niciun fel de libertate de mișcare, trebuind, după împrejurări, fie să emită, fie să nu emită actul, a cărui conținut este de asemenea predeterminat, puterea (competența) acesteia este **legată**. Nu este lipsit însă de importanță să observăm și faptul că cele două ipoteze, duse la extrem (libertate absolută ori limitare totală) sunt doar teoretice, fiind de neconceput în practică. A spune că avem o competență discreționară absolută înseamnă a nega existența legii și a limitelor impuse de aceasta. Dimpotrivă, a nega complet libertatea de decizie a administrației înseamnă, în cele din urmă, a admite că, uneori, administrația nu este decât un gigant robot, incapabil de a emite o voință proprie, limitându-se la a pune în aplicare, în mod mecanic, o dispoziție legală³². În consecință, administrația va avea întotdeauna o anumită marjă de libertate. Iar exercițiul acesteia pune problema caracterului oportun al actelor emise de ea.

Astfel, prin **oportunitate** înțelegem *acea calitate a unui act administrativ de a fi emis în exercitarea normală a puterii de apreciere*³³. Este foarte importantă, în optica noastră, utilizarea sintagmei „*exercițiu normal*”, aceasta fiind, la o analiză atentă, punctul de sciziune a celor două teorii: **în limite normale**, oportunitatea este altceva decât legalitatea unui act administrativ; așa cum vom vedea, ea ar putea afecta eficacitatea acestuia; **dincolo de limita normalului (unde vom regăsi abuzul și disproporția vădită)**, oportunitatea este un aspect al legalității. Consecințele acestei disocieri le vom analiza mai jos.

2. Poate fi apreciată oportunitatea unui act administrativ de către instanța de contencios?

După intrarea în vigoare a Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, problema ar trebui să fie tranșată: *oportunitatea unui act administrativ poate fi apreciată (și, deci, censurată) de instanța de contencios administrativ dacă actul în cauză a fost emis cu exces de putere*. Nu este chiar atât de simplu. Pe de o parte, pentru că însăși noțiunea de „*exces de putere*” nu este suficient de clară, în ciuda unei definiții legale; pe de alta, pentru că în niciun caz nu s-a răspuns la întrebarea: **controlul jurisdicțional al actelor administrative este la fel de extins ca cel**

administrativ sau este mai restrâns? Cu alte cuvinte, poate instanța să anuleze un act administrativ pentru toate motivele pentru care administrația îl poate revoca? Sau, dimpotrivă, există un domeniu al puterii discreționare a administrației rezervat exclusiv acesteia și în care instanța nu poate interveni?

Concluzia, pe care am anticipat-o deja și la care trebuie să ajungem în final este cea că puterea discreționară a administrației poate fi cenzurată de către instanță în marea ei parte (dacă este exercitată abuziv sau vădit disproporționat raportat la scopul ei) dar nu în totalitate. Ideea „Școlii de la București” este, principial, corectă. Dar nu e mai puțin adevărat că există situații în care administrația își poate revoca propriile acte pe motiv de inoportunitate (la o a doua apreciere) dar instanța nu le poate anula, căci niciun exces de putere nu poate fi detectat; dacă n-ar fi așa, însuși principiul constituțional al separației puterilor în stat ar fi pus la îndoială, pe de o parte; pe de alta, chiar noțiunea de „putere discreționară” ar fi vidată complet de conținut, devenind un nonsens: căci, dacă din mai multe conduite posibile una și numai una ar fi conformă cu legea iar instanța de contencios administrativ ar putea în toate cazurile să verifice dacă administrația a acționat **exact în acest sens**, oare mai există vreo marjă de libertate de mișcare lăsată de legiuitor administrației? Competența acesteia ar fi astfel în totalitate legată, lucru de neconceput. Deci nici „Școala de la Cluj” nu este departe de adevăr.

Să luăm un exemplu de școală: să supunem analizei – din punctul de vedere al oportunității - relația (generică) *examinator-examinat* (fie că este vorba despre domeniul învățământului – raportul profesor-student, fie că vorbim despre ocuparea unor funcții publice (concursurile pe un post) ori despre licitațiile organizate în vederea încheierii unor contracte administrative. În toate cazurile administrația **examinează (sau apreciază) conduita sau persoana particularului**. În toate cazurile, ea va avea o oarecare libertate de apreciere. O poate oare cenzura instanța sesizată mai apoi?

Înainte de a formula un răspuns, o precizare este necesară: a susține că puterea discreționară a administrației este mai largă sau mai restrânsă, după caz, e doar o iluzie optică. În realitate, aceasta ori există ori nu există (și în acest ultim caz putem vorbi despre competență legată). Astfel, puterea de a emite un anumit act se descompune în câteva elemente (sau componente) din care unele sunt legate, altele sunt discreționare. Bunăoară, din art. 103 din Constituție („Președintele desemnează un candidat pentru funcția de prim ministru...”) ar putea rezulta că suntem în prezența unei puteri discreționare absolute: președintele numește în funcția de prim ministru **pe cine vrea**. În realitate, cel puțin trei elemente sunt legate: *cetățenia* (română obligatoriu), *vârsta* (minim 30 de ani) și *procedura* (după consultarea partidului care are majoritatea absolută în Parlament). Prin urmare, privită per ansamblu, puterea discreționară de a emite un act pare cu atât mai largă cu cât există mai multe elemente discreționare și cu atât mai restrânsă cu cât există mai multe elemente legate.

Ceea ce dorim noi să afirmăm este faptul că există anumite componente ale puterii de a emite un act administrativ care scapă total controlului instanței. Să revenim astfel la relația examinator-examinat. Fără îndoială că a da o notă la un examen sau concurs nu poate presupune o putere discreționară absolută. Puterea discreționară ar fi astfel echivalentă cu arbitrarul și abuzul. Tocmai de aceea, prin diferite Regulamente interne, puterea discreționară este „infestată” cu diferite (și tot mai multe) elemente legate: caracterul scris sau oral al examenului, baremul de corectare, timpul minim de examinare etc. Însă niciodată, oricât de multe ar fi, elementele legate nu pot obtura total puterea discreționară, care, într-o măsură mai mică sau mai mare, va rămâne exclusiv apanajul administrației, scăpând controlului instanței. Bunăoară, un examinat s-ar putea adresa instanței de contencios administrativ plângându-se că examinatorul nu a respectat un anumit barem de corectare, sau că nu s-a respectat procedura de concurs, sau că nu s-a calculat corect punctajul și că administrația refuză să îndrepte o eroare materială. Dar, în măsura în care notarea finală presupune anumite calități de **specialist** pe care numai organul administrativ le are, nu și instanța, aceasta din urmă nu poate interveni. De pildă, dacă o parte din calificativul final îl constituie notarea pentru o anumită activitate pe care examinatul a efectuat-o sub supravegherea examinatorului (ex: o parte – mai mică - din notă constă în activitatea de la seminarii, în cazul studenților), instanța de contencios administrativ nu ar putea să reaprecieze ea însăși oportunitatea notării în primul rând pentru că nu are cum să retrăiască experiența alături de examinat și în al doilea rând pentru că se presupune că nu judecătorul este un specialist în apreciere, ci numai administrația. Desigur, situația unui examen de drept administrativ ar fi cazul cel mai fericit pentru un judecător de contencios administrativ, dar cum ar putea oare să cenzureze acesta din urmă aprecierea unui examinator în fizică nucleară bunăoară? În schimb, cel din urmă s-ar putea răzgândi, la o a doua examinare, deci la o reapreciere și să-și revoce (sau să modifice) prima manifestare de voință.

Transpusă în limbajul dreptului administrativ, aceste idei pot fi rezumate în următoarea constatare: că **există o marjă de oportunitate care excedează legalității unui act administrativ**. Tocmai de aceea cenzura instanței de contencios administrativ (gardianul principiului legalității) este exclusă; dimpotrivă, administrația însăși poate reaprecia anumite circumstanțe și să revoce un act legal (dar considerat inoportun). Iată ce voia, probabil, Ilie Iovănaș să susțină atunci când arăta că oportunitatea se alătură legalității, dar nu este o componentă a acesteia. Acesta a mers însă prea departe, credem noi, atunci când a apreciat că un act inoportun nu este valabil³⁴. Dimpotrivă. Ca întotdeauna, adevărul este undeva la mijloc.

Cu aceste observații, constatând și faptul că principalii protagoniști au plecat mult prea repede dintre noi, disputa teoretică dintre cele două „școli” (ale cărei dimensiuni epopeice sunt, de altfel, imaginare) ar trebui să fie considerată tranșată definitiv: oportunitatea este, **în parte**, o dimensiune a legalității.

- * Lector la Catedra de Drept public a Facultății de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca; opodaru@yahoo.com; opodaru@law.ubbcluj.ro
- ¹ Pentru o splendidă analiză a acestei idei, a se vedea L. Boia, *Pentru o istorie a imaginarului*, Humanitas, București, 2006, p.27-40.
- ² Bunăoară, contemporanii credeau despre Homer (din gr. *Homeros* – “poet,” dar și “orb”) că acesta era înzestrat cu un ochi așezat în dosul frunții, datorită căruia descoperă universul său interior (a se vedea S. Diamantescu, *Prefață la Homer, Iliada*, Biblioteca pentru toți, Ed. Minerva, București, 1981, p. XI).
- ³ Aceeași frază o utilizează și D. Apostol-Tofan (*Puterea discreționară și excesul de putere a al autorităților publice*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 172), în contextul aceluiași subiect.
- ⁴ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Vol. II, Ediția a IV-a, Ed. All Beck, 2005, p.42
- ⁵ I. Iovănaș, *Dreptul administrativ și elemente ale științei administrației*, Editura didactică și pedagogică, București, 1977, p. 240
- ⁶ A. Iorgovan, *op.cit.*, p. 48-49
- ⁷ I. Iovănaș, *op.cit.*, p. 231
- ⁸ S. Diamantescu, *op.cit.*, p.IX
- ⁹ A. Iorgovan, *op.cit.*, p. 43
- ¹⁰ *Ibidem*, p. 44
- ¹¹ Astfel, în cazul actelor de autoritate discreționare, emitentul avea căderea să aprecieze numai oportunitatea acestora, fiind ținut de respectarea legalității stricte, în vreme ce, în cazul actelor de guvernământ, administrația poate aprecia inclusiv legalitatea actului, fiind vorba despre o situație specială, de criză (P. Negulescu, *Tratat de drept administrativ*, ediția a IV-a, vol. I, Ed. Marvan, București, 1934, p. 475-476).
- ¹² A. Iorgovan, *op.cit.*, p. 44
- ¹³ Poate că nu este o întâmplare nici faptul că I. Iovănaș și-a petrecut toată viața la catedră și în cercetare, în vreme ce A. Iorgovan a fost, totodată, și avocat.
- ¹⁴ Este vorba de cele 4 condiții considerate „clasice” în sistemul nostru de drept: respectarea competenței și a limitelor acesteia (1), respectarea formei și a procedurii prescise de lege (2), conformitatea conținutului cu dispozițiile legii (3), conformitatea actului cu scopul legii (4).
- ¹⁵ T. Drăganu, *Actele de drept administrativ*, Editura Științifică, București, 1959, p. 107
- ¹⁶ *Ibidem*
- ¹⁷ A. Iorgovan, *op.cit.*, p. 292-293
- ¹⁸ Tudor Drăganu s-a remarcat întotdeauna prin forța cuvântului său scris, iar nu prin persoana sa, căci modestia lui fără margini contrasează în mod frapant cu personalitatea strălucitoare – chiar dacă doar pentru o clipă – a unei stele de cinema.
- ¹⁹ *Iliada*, cântul I
- ²⁰ S. Diamantescu, *op.cit.*, p. XIII
- ²¹ *Ibidem*, p. XVII
- ²² Mai înainte de a fi fost titular al Catedrei de Drept administrativ din cadrul Facultății de Drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca, Ilie Iovănaș a fost asistent universitar la disciplina Drept civil, din cadrul aceleiași facultăți.
- ²³ A. Iorgovan, I. Moraru, D. Mustăța, *Legalitatea actelor administrative*, Editura Politică, București, 1985
- ²⁴ A. Iorgovan, *op.cit.*, p. 292
- ²⁵ I. Iovănaș, *Drept administrativ*, Editura Servo Sat, Arad, 1997, p. 49-51
- ²⁶ *Ibidem*, p.51
- ²⁷ A. Iorgovan, *op.cit.*, p. 48
- ²⁸ I. Iovănaș, *Dreptul administrativ... (1977)*, *op.cit.*, p. 288-289, autorul citând atât autori francezi (J.M. Auby și R. Drago) cât și români interbelici (V. Onișor).
- ²⁹ A. Iorgovan, *op.cit.*, p. 42
- ³⁰ R.-A. Lazăr, *Legalitatea actului administrativ. Drept românesc și drept comparat*, Editura All Beck, București, 2004, p. 181

- ³¹ A se vedea, de pildă, D. Apostol Tofan, *op.cit.*, p. 44; A. Iorgovan, *op.cit.*, p. 296; R.-A. Lazăr, *op.cit.*, p.169
- ³² De altfel, o asemenea situație este și imposibil de imaginat în practică. Să luăm exemplul președintelui României, a cărui atribuție de a numi în funcție judecătorii și procurorii (în aplicarea art. 94 lit. c din Constituție) este reputată a fi legată, căci nu are vreo putere de apreciere cu privire la persoana candidatului, el fiind obligat să emită decretul de numire în funcție dacă beneficiarul actului îndeplinește toate condițiile cerute de lege pentru aceasta. Dar, chiar într-o atare ipoteză, elementul *timp* stă la latitudinea președintelui. Astfel, în interiorul termenului legal de 30 de zile, președintele este cel care apreciază, în funcție și de exercițiul celorlalte atribuții cu care a fost învestit, care este momentul cel mai potrivit pentru semnarea acestui decret. Deci are o putere minimă de apreciere.
- ³³ Definiția nu este altceva decât o abstractizare a celei pe care a dat-o I. Iovănaș acestui termen (a se vedea *Dreptul administrativ... (1977)*, *op.cit.*, p. 240, precum și A. Balogh, citat la nota 2 de la subsol): *realizarea sarcinilor și atribuțiilor legale, în termenul optim, cu cheltuielile minime de resurse de muncă, materiale și spirituale, precum și alegerea celor mai potrivite mijloace pentru realizarea scopului legii*. Definiția este, totuși, criticabilă, căci lasă să se înțeleagă că există doar trei criterii de oportunitate: termenul, cheltuielile și mijloacele alese, toate determinate pentru atingerea scopului legii. În realitate sunt semnificativ mai multe asemenea criterii, același autor indicând în continuarea definiției câteva criterii în plus.
- ³⁴ Desigur, de vreme ce administrația însăși, reapreciind această oportunitate, ar putea revoca actul pe motiv că nu e oportun, putem susține că oportunitatea necenzurabilă juridicțional **poate afecta** (dar nu afectează în mod necesar) **eficacitatea unui asemenea act**.

CONTRIBUȚII ALE PROFESORULUI ILIE IOVĂNAȘ LA CONFIGURAREA DOCTRINARĂ A CONTENCIOSULUI ADMINISTRATIV ROMÂN CONTEMPORAN

Ioan SONTAI*

Résumé: Contributions du professeur Ilie Iovănaș à la configuration doctrinaire du contentieux administratif roumain contemporain. *Le présent article est un résumé des contributions apportées par le professeur Ilie Iovănaș à l'une des institutions fondamentales du droit administratif, le contentieux administratif. On compare les réglementations successives en droit roumain du contentieux administratif, en essayant de prouver que ces contributions sont encore actuelles, malgré le changement de la loi cadre et même du régime politique. Ainsi, parmi les problèmes les plus importants dont le professeur Iovănaș s'est occupé, est celui concernant la possibilité de l'instance de vérifier l'opportunité d'un acte administratif ou celui concernant l'exclusion du contrôle de l'instance de contentieux des actes préparatoires, „rattachables”, mais aussi quelques problèmes de procédure.*

Rezumat: Articolul de față se vrea a fi un rezumat al contribuțiilor pe care regretatul profesor Ilie Iovănaș le-a adus uneia dintre instituțiile de bază ale dreptului administrativ, contenciosul administrativ. Sunt privite astfel comparativ reglementările succesive din dreptul român în această materie, urmărindu-se a se demonstra faptul că aceste contribuții își păstrează în continuare actualitatea, în ciuda schimbării cadrului legal și chiar a regimului politic. Astfel, printre cele mai importante probleme de care s-a ocupat profesorul Iovănaș se numără posibilitatea instanței de judecată de a controla un act administrativ sub aspectul oportunității sale sau excluderea de la controlul instanței a operațiunilor material-tehnice ce stau la baza emiterii unui act administrativ, dar și unele aspecte procedurale.

Mots clés : contentieux administratif, opportunité, actes préparatoires

Cuvinte cheie : contencios administrativ, oportunitate, operațiuni material-tehnice

Prezentul studiu se dorește a fi o prezentare sumară a contribuției științifice a distinsului dascăl Ilie Iovănaș – ilustru reprezentant al școlii clujene de drept public, discipol fidel al eminentului profesor Tudor Drăgan, fondator și magistrul al unui original curent de gândire juridică națională – la una din instituțiile de bază ale dreptului administrativ.

Limitându-ne doar la unele aspecte de contencios administrativ abordate de autorul cunoscutelor manuale universitare de specialitate¹, am încercat să surprindem evoluția doctrinei juridice sub incidența a două momente normative determinate de legile² nr. 1/1967 și nr. 29/1990, apărute și aplicate în contexte social-istorice total

diferite, motiv pentru care apreciem că o prezentare comparativă a acestora este cât se poate de binevenită.

Un prim aspect ce se cere a fi relevat vizează una din caracteristicile esențiale ale controlului judecătoresc asupra actelor administrative (de putere sau unilaterale) respectiv aceea de verificare a legalității acestor acte cu excluderea verificării oportunității lor.

Pornind de la constatarea cât se poate de exactă, că oportunitatea nefiind o problemă de legalitate, ea excede verificării judiciare³ care nu poate cenzura condițiile de fapt și motivația emiterii/adoptării actelor administrative decât dacă ele sunt de natură să excludă răspunderea administrației (cum ar fi de exemplu eroarea de fapt, forța majoră, etc.).

Ori, problema oportunității unui act administrativ sau a caracterului justificat sau nu a refuzului de a satisface o cerere privitoare la un drept, este indisolubil legată de dreptul de apreciere de care dispune organul administrativ într-o situație dată⁴.

Cât de actuale sunt aceste aprecieri, mai ales astăzi, când în contextul ultimei legi a contenciosului administrativ nr. 554/2004⁵ cel vătămat prin acte și fapte de natură executivă se poate plânge și pentru încălcarea unui interes legitim, împrejurare ce pune justiția într-o delicată postură procesuală datorită împrejurării de a nu avea la îndemână elemente concrete de apreciere a vătămării invocate și, mai mult, îi permite acesteia chiar substituirea în dreptul de apreciere a executivului pentru situații de opțiune în cazuri, de exemplu, de parități legale a punctajelor când trebuie operate departajări la concursuri de ocupare a unor locuri, posturi sau funcții, ori de acordare a unor autorizații, locuințe sociale, etc., sau de echivalare a unor examene de studii, diplome, licențe, titluri științifice, etc.

Desigur, cum arăta și autorul, dreptul de apreciere a administrației nu este arbitrar sau discreționar, operând numai în limitele legii, iar dacă aceasta nu prevede cazuri de determinare sau de delimitare, atunci intervine, ca bază de apreciere, scopul legii⁶.

Pe de altă parte, legea poate fixa prin reglementări speciale, posibilitatea intervențiilor prin soluții judiciare, asupra unor aspecte de oportunitate administrativă, cum este, de pildă, materia sancțiunilor contravenționale aplicate de instanțele judecătorești sub aspectul naturii lor (avertisment sau amendă), a limitelor minime și maxime a acestora, ori a schimbării numelui și prenumelui refuzată pe cale administrativă.

Un al doilea aspect relevat cu pregnanță în materie de contencios de către regretatul profesor se referă la obiectul controlului judiciar, respectiv actul sau faptul administrativ de putere cu excluderea operațiunilor tehnico-materiale pe care acesta se bazează, indiferent că ele sunt anterioare, concomitente sau ulterioare manifestării de voință juridică în jurul căreia gravitează, întrucât cenzurarea acestora se va face odată cu acțiunea principală și în strânsă legătură cu ea⁷, constatare care și-a păstrat, și astăzi, pe deplin valabilitatea.

În acest sens autorul a criticat, pe bună dreptate, oscilațiile practicii judiciare, inclusiv a instanței supreme, de-a lungul timpului⁸, care confunda avizul tehnic de

construcție cu autorizația de construcție, câtă vreme, în realitate, primul reprezintă o operațiune pregătitoare, iar cea de-a doua este un act administrativ⁹.

Mai mult autorul arată că obligarea autorității publice, pe cale judiciară, în caz de refuz nejustificat a acesteia, la emiterea de certificate, adeverințe sau alte înscrisuri, conform fostei Legi nr. 29/1990, art.11, păstrate și de Legea nr. 544/2004, nu este rezultatul unei confuzii a legiuitorului între actele juridice și operațiunile tehnico-materiale, și că refuzul emiterii unor asemenea „acte” sau operațiuni este nejustificat, conform legii, dar nu și atunci când sunt cerute organului care are competența de a emite actul administrativ la care se referă¹⁰ respectiva operațiune.

Un al treilea aspect, vizând contenciosul administrativ se referă la aspectele procedurale.

În primul rând realizarea procedurii administrative prelabile acțiunii în justiție este obligatorie în fața organului executiv autor al actului și facultativă în fața autorității ierarhic superioare¹¹, în acest din urmă caz exercițiul recursului ierarhic antrenând o prorogare a termenului de sesizare a instanței de judecată.

În al doilea rând, deși termenul de introducere a reclamației administrative prelabile este indisolubil legat de momentul comunicării actului individual (și cel al publicării actului normativ), autorul subliniază faptul că în cazul publicării unor acte individuale specifice (de exemplu, de numire sau revocare din funcții publice importante), trebuie operată și comunicarea lor de către cel vizat¹², acest moment marcând modul de calcul al termenului procedural și al celui procesual.

În al treilea rând, subliniind natura juridică a termenelor procedurale în materia recursului administrativ vizând actele atacabile în contencios, autorul pune în discuție caracterul de prescripție sau de decădere a termenului de 30 de zile până la care se poate exercita calea de atac, subliniind că termenul maxim de 1 an pentru introducerea acțiunii judiciare se explică, sub aspectul duratei sale, prin posibilitatea administrației de a-și prelungi termenele de soluționare executivă a petițiilor care îi sunt adresate¹³.

În al patrulea rând, în litigiile de contencios este relevată posibilitatea coparticipării procesuale pasive necesare, speciale și obligatorii a autorităților executive emitente a actului atacat în justiție, alături de organul lor superior având personalitate juridică, intervenție justificată, în cazul primului, de faptul că este autorul actului contestat și cunoscător al circumstanțelor emiterii lui, iar în cazul celui de –al doilea pentru a suporta „latura civilă” a procesului, respectiv plata despăgubirii, a cheltuielilor de judecată, etc¹⁴.

Un ultim aspect se referă la situația excepțiilor de la legile contenciosului administrativ implicată în evoluția istorică a celor două reglementări în materie, cu o referire specială la actele administrative pentru desființarea sau modificarea cărora se prevede, prin lege specială, o altă procedură judiciară.

Autorul subliniază diferența de regim juridic care guverna, sub incidența Legii nr. 1/1967, actele administrative pentru care s-a prevăzut un control judecătoresc

în alte condiții decât cele din actul normativ precizat¹⁵, comparativ cu regimul Legii nr.29/1990 care excludea doar actele administrative supuse unui set de proceduri judiciare¹⁶, enumerând cazuri de contencios administrativ special cu regim derogator de la contenciosul general, cum ar fi de exemplu, în materie electorală, contravențională, notarială, de dreptul muncii, etc.

În sfârșit, nu putem încheia această sumară analiză fără a evidenția contribuția autorului în determinarea naturii juridice proprii administrative, a răspunderii patrimoniale a organelor executive pentru daunele cauzate prin actele și faptele lor de putere cu caracter ilegal.

După o analiză amănunțită a condițiilor acestei răspunderi¹⁷, din care rezultă specificitatea sa, comparativ cu răspunderea civilă delictuală, autorul insistă asupra caracterului subiectiv al răspunderii reparatorii din acest domeniu bazată pe prezumția de culpă a autorității ce decurge tocmai din ilegalitatea actului de putere făcând distincție între elementul de conținut – vina autorității – și cel de formă sau de probațiune, ca procedeu tehnic care-l scutește pe reclamant de efectuarea dovezii vinovăției organului administrativ, ceea ce exclude caracterul obiectiv al răspunderii în cazul dat¹⁸.

De asemenea, sunt prezentate particularitățile de fond și de formă, ale răspunderii reparatorii în materie de contencios care autonomizează această sancțiune față de răspunderea civilă delictuală¹⁹, ca instituție specifică avutului public.

Această concisă prezentare a doar câteva din contribuțiile esențiale ale dascălului Ilie Iovănaș în vasta materie a contenciosului administrativ – la care se adaugă multe alte contribuții din domeniul dreptului public, vizând teoria organizării și structurii executive, teoria actelor administrative, răspunderea contravențională, etc., evidențiază originalitatea, dar și perenitatea ideilor și argumentelor autorului, care continuă să rămână, în mare parte, de stringentă actualitate, chiar în condițiile unei accentuate dinamici legislative din domeniul supus analizei noastre.

Nu putem încheia decât cu sentimentul regretului pentru dispariția prematură a distinsului dascăl, ceea ce a privat știința dreptului de multe alte valoroase contribuții și care, suntem siguri, ar fi îmbogățit substanțial acest domeniu al cunoașterii atât de frământat în lunga perioadă a tranziției social-juridice pe care o parcurgem.

Bibliografie

1. Ilie Iovănaș, „Dreptul administrativ și elemente ale științei administrației,” Editura didactică și pedagogică, București, 1977, 354 pag.; „Drept administrativ”, Editura Servo-Sat, Arad, 1997, 184 pag.

2. Publicate în „Buletinul Oficial” nr. 67/26 iulie 1967, respectiv „Monitorul Oficial” nr. 122/8 noiembrie 1990.
3. „Dreptul administrativ și elemente ...”, p. 291
4. „Drept administrativ”, p. 126
5. Publicată în „Monitorul Oficial” nr. 1154/7 decembrie 2004 cu modificările ulterioare.
6. „Drept administrativ”, p. 128; „Dreptul administrativ și elemente ...”, p. 286
7. „Dreptul administrativ și elemente ...”, p. 281
8. Trib. Supr., Dec. civ. nr. 15/25 februarie 1980, în G. Mișuță, în „Repertoriu de practică judiciară ... pe anii 1975-1980”, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1982, p.258
9. „Drept administrativ”, p. 150 și urm.
10. op. cit., p. 132
11. idem, p.141
12. ibidem, p.140
13. op. cit., p.165
14. Dreptul administrativ și elemente ...”, p. 303; T. Drăganu, I. Iovănaș, „Capacitatea procesuală în cauzele privind atașarea actelor administrative ilegale”; „Revista română de drept”, nr. 8/1972, p.52-59
15. op.cit., p.300
16. „Drept administrativ”, p. 157
17. „Dreptul administrativ și elemente ...”, p. 335 și urm.
18. op. cit. p.340
19. „Drept administrativ”, p. 178-180

* Autorul este profesor la Facultatea de Drept a Universității « Lucian Blaga » din Sibiu ; ioan.santai@ulbsibiu.ro

CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA NATURA JURIDICĂ A PROCESULUI-VERBAL DE CONSTATARE A CONTRAVENȚIEI ȘI DE APLICARE A SANȚIUNII CONTRAVENȚIONALE

Mircea URSUȚA*

Résumé : Réflexions sur la nature juridique de l'avis d'infraction. *L'Ordonnance du Gouvernement no. 2/2001, réglementation cadre en matière contraventionnelle, ne prévoit pas expressément la nature juridique et la force probatoire du procès-verbal de constatation de la contravention et d'application de la sanction contraventionnelle, mais elle se contente de montrer brièvement dans l'art. 16 alinéa 1^{er} : c'est l'acte par lequel la contravention produite est constatée par les agents constatateurs. Le texte légal est identique avec la disposition contenue dans l'article 16 de l'ancienne loi no. 32 de 1968.*

En conséquence, la doctrine a reçu la charge d'établir la nature juridique et la force probatoire de cet acte juridique qui, dans notre système de droit, représente le principale acte émis dans la réalisation de la procédure contraventionnelle.

La nature juridique du procès-verbal de constatation de la contravention a suscité des amples discussions dans la littérature juridique, dans la période où la Loi no. 32/1968 a été en vigueur, mais aussi après que l'Ordonnance du Gouvernement no. 2/2001 est entrée en vigueur.

Puisque le texte légal, comme on a déjà montré, n'a pas été modifié par l'entrée en vigueur de la loi cadre, les opinions exprimées pendant la validité de l'ancienne loi gardent entièrement leur actualité.

Depuis l'année 1954, lorsque les contraventions ont été désincriminées par Le Décret no. 184/1954, trois grandes acceptions se sont cristallisées dans la doctrine concernant la nature juridique du procès-verbal de constatation de la contravention et d'application de la sanction contraventionnelle, que nous allons exposer de suite, et après cette présentation nous allons exprimer notre opinion en ce qui concerne la nature du procès-verbal contraventionnel.

Rezumat : *Ordonanța Guvernului nr. 2/2001, legea cadru în materie contravențională, nu precizează, în mod expres, natura juridică și forța probantă a procesului-verbal de constatare a contravenției și de aplicare a sancțiunii contravenționale, arătând doar, lapidar, în articolul 16 alineat 1, că acesta este actul prin care este constatată de către agenții constatatori săvârșirea unei contravenții. Textul legal este identic cu dispoziția conținută în articolul 16 a vechii legi, respectiv Legea nr. 32/1968¹.*

De aceea, a revenit doctrinei sarcina de a stabili natura juridică și forța probantă a acestui act juridic care, în sistemul nostru de drept, reprezintă principalul act emis în realizarea procedurii contravenționale.

Natura juridică a a procesului-verbal de constatare a contravenției a suscitat discuții ample în literatura juridică, atât în timpul în care s-a aflat în vigoare Legea nr. 32/1968, cât și după intrarea în vigoare a Ordonanței Guvernului nr. 2/2001.

Întrucât, așa cum am arătat mai sus, textul legal nu a suferit modificări prin intrarea în vigoare a noii legi cadru, opiniile exprimate sub imperiul vechii legi își păstrează pe deplin actualitatea.

Începând cu anul 1954, an în care contravențiile au fost dezincriminate prin Decretul nr. 184/1954, în doctrină s-au cristalizat trei mari accepțiuni cu privire la natura juridică a procesului-verbal de constatare a contravenției și de aplicare a sancțiunii contravenționale, pe care le vom expune în continuare, urmând ca, după prezentarea acestora, să ne susținem punctul de vedere cu privire la natura juridică a procesului-verbal contravențional.

Mots clés: avis d'infraction, nature juridique, acte administratif, contravention

Cuvinte cheie: proces verbal, natură juridică, act administrativ, contravenție

a) Procesul-verbal de constatare a contravenției-operațiune administrativă?

Într-o primă accepțiune cu privire la natura juridică a procesului-verbal de constatare a contravenției și de aplicare a sancțiunii contravenționale, se face distincție între situația în care prin procesul-verbal se constată doar săvârșirea contravenției și procesul-verbal care conține și dispoziția de aplicare a sancțiunii. Astfel, primul a fost calificat ca fiind o simplă operațiune administrativă, dacă prin procesul-verbal doar se constată săvârșirea contravenției, argumentându-se că persoana care se presupunea că a comis contravenția nu devenea contravenient în baza procesului-verbal de constatare a contravenției, ci doar după aplicarea sancțiunii de către organul competent². În același sens, se consideră că procesul-verbal prin care doar se constată săvârșirea contravenției are caracterul unui act administrativ pregătitor³.

În situația în care agentul constatator aplică prin procesul-verbal și sacțiunea contravențională, procesul-verbal dobândește caracterul unui act administrativ⁴ sau, într-o altă exprimare, pe aceea a unui act administrativ de autoritate sancționator⁵.

Într-o opinie asemănătoare, se consideră că, până în momentul aplicării sancțiunii, procesul-verbal reprezintă o simplă operațiune tehnico-materială, neproducând niciun efect juridic; din momentul consemnării sancțiunii aplicate, procesul-verbal devine un act administrativ de autoritate⁶.

Nu considerăm că distincția între procesul-verbal prin care doar se constată contravenția și procesul-verbal prin care se constată contravenția și se aplică și sacțiunea prezintă vreo relevanță practică.

Astfel, din momentul în care se încheie procesul-verbal de constatare, putem vorbi de existența unui act de sine stătător. Ordonanța Guvernului nr. 2/2001 nu conferă organului care aplică sacțiunea posibilitatea de a cenzura în vreun fel cele constatate de către agentul constatator, ci doar lasă la aprecierea acestuia sacțiunea ce urmează a fi aplicată și cuantumul acestei sacțiuni. Aceasta, deoarece procesul-verbal de constatare se bucură de o prezumție relativă de adevăr cu privire la starea de fapt, descrisă în cuprinsul său⁷, astfel încât nici organul care trebuie să aplice

sancțiunea nu poate face abstracție de această prezumție, fiind obligat să se conformeze stării de fapt reținute în procesul-verbal, în condițiile prevăzute de articolul 21 alineat 3 din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001. Ne referim, în acest context, doar la organul administrativ competent a aplica sancțiunea amenzii sau a avertismentului întrucât, în cazul aplicării sancțiunii prestării unei activități în folosul comunității, se aplică o procedură specială, instanța putând cenzura aprecierile organului constator.

Pe de altă parte, procesul-verbal de constatare, fără aplicarea unei sancțiuni, nu produce nici un efect față de contravenient până în momentul în care îi este comunicat⁸. Or, este evident că nu poate fi comunicat decât un proces-verbal care cuprinde și sancțiunea contravențională⁹, astfel încât, în ipoteza formulării plângerii contravenționale, instanța va analiza atât legalitatea constatării contravenției cât și cea a aplicării sancțiunii¹⁰.

Singura ipoteză în care procesul-verbal de constatare putea produce efecte de sine stătătoare se referea la situația în care contravenția era săvârșită de un militar în termen, situație reglementată de articolul 44 alineat 1 al O.G. nr. 2/2001, text devenit caduc în urma renunțării la stagiul militar obligatoriu. Și în această ipoteză însă, comandantul unității avea competența de a refuza aplicarea unor sancțiuni disciplinare, în situația în care considera că procesul-verbal de constatare a contravenției era neîntemeiat.

b) Procesul-verbal – act administrativ cu caracter jurisdicțional?

Într-o a doua accepțiune, diferită de opiniile arătate mai sus, se consideră că procesul-verbal contravențional este întotdeauna un act administrativ cu caracter jurisdicțional, întrucât procedura contravențională prezintă trăsăturile unei proceduri contencioase¹¹. Această opinie a fost împărtășită și de către alți autori¹², precum și de anumite decizii de speță ale practicii judiciare¹³.

Considerăm că nici această opinie nu este corectă, întrucât, așa cum s-a arătat pe bună dreptate în doctrină, agentul constator nu poate fi în același timp și parte și judecător în aceeași cauză¹⁴. Pe de altă parte, procesul-verbal contravențional nu întrunește caracterele esențiale ale unui act administrativ-jurisdicțional iar procedura de emitere a acestui tip de act juridic nu reprezintă o veritabilă procedură administrativ-jurisdicțională¹⁵.

Un alt autor, criticând caracterul administrativ-jurisdicțional atribuit procesului-verbal, arată că nu putem vorbi de un asemenea caracter, întrucât ar trebui să ajungem la concluzia că una dintre părțile în litigiu (agentul constator) este în același timp și parte și judecător, astfel încât procesul verbal apare ca un veritabil act administrativ¹⁶.

c) Procesul-verbal – act administrativ?

Într-o a treia accepțiune, majoritatea autorilor consideră că, în realitate, procesul-verbal contravențional reprezintă un veritabil act administrativ.

Astfel, încă sub regimul Decretului nr. 184/1954 s-a susținut de către Profesorul Tudor Drăganu că aceste procese-verbale sunt: „adevărate acte de drept administrativ, căci, constatând o anumită stare de fapt, organul administrației de stat își manifestă prin ele și voința de a determina aplicarea unei sancțiuni”¹⁷, ajungându-se la concluzia că și procesele-verbale prin care nu se aplica sancțiunea contravențională prezintă acte administrative de constatare¹⁸.

Natura juridică de act administrativ a procesului-verbal contravențional este susținută de cea mai mare parte a doctrinei¹⁹, precum și majoritatea practicii judiciare, care argumentează prezumția de legalitate de care se bucură aceste acte juridice tocmai pe calitatea de act administrativ a procesului-verbal contravențional²⁰.

Unul dintre autorii care consideră atât procesul verbal de constatare cât și procesul-verbal de constatare și aplicare a sancțiunii acte administrative tipice, face totuși distincția între aceste două acte juridice, în primul caz fiind vorba de un act administrativ de constatare iar, în al doilea caz, de un act administrativ de sancționare²¹.

Într-o opinie asemănătoare, procesul-verbal contravențional este considerat ca un act administrativ prin care se individualizează fapta ilicită și contravenientul²².

Alt autor califică procesul-verbal contravențional ca un act administrativ cu caracter special, respectiv un act administrativ contravențional²³.

Curtea Constituțională califică procesul-verbal contravențional ca fiind un act administrativ de constatare, ale cărui efecte pot fi înlăturate prin exercitarea căilor de atac prevăzute de lege²⁴.

De asemenea, unul dintre autorii care au susținut caracterul jurisdicțional al procesului-verbal revine în ultima ediție a Tratatului său de drept administrativ asupra acestei opinii, arătând că, în urma revizuirii constituționale din anul 2003, procesul-verbal de constatare a contravenției apare ca o operațiune administrativă, în timp ce procesul-verbal de constatare a contravenției și de aplicare a sancțiunii contravenționale apare ca un act administrativ de sancționare²⁵.

Suntem de acord cu faptul că, în condițiile legislației actuale, procesul-verbal contravențional apare ca un act administrativ, însă trebuie să evidențiem anumite caracteristici ale procesului-verbal contravențional care îl diferențiază de un act administrativ tipic.

În esență, procesul-verbal contravențional prezintă multe dintre caracterele unui act administrativ, reprezentând o manifestare unilaterală de voință a agentului constator săvârșită cu intenția de a produce efecte juridice.

Așa cum am arătat, la o primă vedere, procesul-verbal contravențional reprezintă o manifestare de voință cu caracter unilateral a unui organ administrativ, emisă în temeiul puterii publice cu scopul de a produce efecte juridice²⁶.

În realitate însă, procesul-verbal prezintă o serie de particularități în raport cu un act administrativ tipic, particularități pe care vom încerca să le evidențiem în continuare.

Înainte de a analiza aceste particularități, arătăm că, în literatura de specialitate, s-a afirmat faptul că procesul-verbal contravențional ar reprezenta o excepție de la caracterul revocabil al actelor administrative²⁷.

În argumentarea acestui punct de vedere s-ar putea arăta că, potrivit legii cadru, anterior declarării ca neconstituțional a articolului 32 alineat 1 din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001, organul din care face parte agentul constatator trebuia să înainteze, de îndată, plângerea instanței de judecată, textul nearătând dacă acest organ poate revoca procesul-verbal.

În tăcerea legii însă, organul din care face parte agentul constatator va putea revoca procesul-verbal, întrucât nici un text de lege nu interzice revocarea acestuia pe de-o parte, iar, pe de altă parte, prin revocarea actului de sancționare nu ar fi lezat nici un drept al contravenientului. Ca atare, opinăm că, avându-se în vedere natura juridică de act administrativ a procesului-verbal contravențional, operează principiul revocabilității actelor administrative. Cu toate acestea, în practică nu se uzează de posibilitatea de revocare a proceselor-verbale contravenționale. Întrucât, spre deosebire de anularea actelor administrative, revocarea poate interveni și pentru cauze posterioare emiterii actului²⁸, ea ar putea fi utilizată mai ales în situațiile în care, după comunicarea procesului-verbal intervin anumite cauze care conduc la imposibilitatea executării sancțiunii contravenționale cum ar fi: decesul contravenientului, prescripția executării sancțiunii contravenționale sau „decontravenționalizarea” faptei.

1. Lipsa caracterului executoriu

În primul rând, prin emiteria sa, un act administrativ dobândește caracter executoriu²⁹, ceea ce nu este cazul în situația procesului-verbal. În acest sens, s-a arătat, pe bună dreptate, în doctrină, că aceste procese-verbale reprezintă o veritabilă excepție de la caracterul executoriu al actelor de drept administrativ³⁰.

Ordonanța Guvernului nr. 2/2001 stabilește în articolul 31 alineat 3 faptul că formularea și depunerea plângerii împotriva procesului-verbal contravențional suspendă executarea acestuia³¹. Din dispozițiile legii cadru, rezultă că această suspendare durează până la pronunțarea în cauză a unei hotărâri judecătorești irevocabile, întrucât, potrivit articolului 34 alineat 3 din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001, și recursul este suspensiv de executare.

Ca atare, procesul-verbal contravențional dobândește caracter executoriu fie prin achiesarea contravenientului, în ipoteza în care nu formulează plângere, fie în momentul în care instanța de judecată confirmă legalitatea acestui act, hotărârea judecătorească intrând în puterea lucrului judecat.

În situația unui act administrativ tipic, acesta are caracter executoriu, introducerea plângerii prealabile sau a acțiunii în contencios administrativ neavând ca efect suspendarea acestuia. Suspendarea actului administrativ poate fi dispusă de instanță doar în anumite situații, reglementate de articolele 13 și 14 din Legea nr. 554/2004³². Trebuie precizat, în acest loc, faptul că există însă și alte acte administrative a căror atacare în justiție conduce la suspendarea de drept a efectelor acestora³³.

u privire la caracterul executoriu al unui act administrativ, în doctrină se consideră că acesta decurge, teoretic, din prezumțiile de legalitate, autenticitate și veridicitate de care se bucură această categorie de acte juridice³⁴. În cazul procesului-verbal de sancționare contravențională, aceste caracteristici nu apar atât de evident, deoarece procesul-verbal nu se bucură de forța probantă a actului administrativ, care, fiind asimilat unui act autentic, face dovada până la înscrierea în fals, ci beneficiază doar în privința stării de fapt de o prezumție relativă de autenticitate și veridicitate până la proba contrară³⁵ (s.n. M.U.).

2. Prescripția executării sancțiunii amenzii contravenționale, decesul contravenientului și „decontravenționalizarea” faptei – cauze specifice de ineficacitate ale procesului-verbal contravențional

Ca un efect specific al procesului-verbal, distinct de cel al actelor administrative, se impune a se aminti faptul că procesul-verbal necomunicat contravenientului în termen de o lună de la data aplicării sancțiunii nu mai poate fi executat, operând prescripția executării sancțiunii contravenționale³⁶.

De asemenea, dacă după momentul aplicării sancțiunii contravenționale intervine decesul contravenientului sau „decontravenționalizarea” faptei, sancțiunea dispusă nu va mai putea fi executată, fiind în prezența unor cauze specifice de ineficacitate a procesului verbal ce intervin ulterior încheierii sale valabile.

3. Posibilitatea instanței care judecă plângerea contravențională de a modifica procesul-verbal contravențional

Probabil, diferența cea mai vizibilă între cele două categorii de acte juridice se referă la atributele instanței de judecată de a cenzura aceste acte juridice, respectiv la prerogativele de care dispune judecătorul.

În ceea ce privește actele administrative, în sistemul nostru de drept, potrivit Legii contenciosului administrativ în vigoare, instanța de judecată are doar posibilitatea de a anula actul administrativ atacat sau de a obliga autoritatea publică să emită un act administrativ³⁷, fără a avea competența de a modifica³⁸ actul atacat sau de a emite un act administrativ.

În materie contravențională însă, instanța sesizată cu judecarea unei plângeri contravenționale are posibilitatea de a modifica actul atacat; potrivit articolului nr. 34 din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001, instanțele hotărăsc asupra sancțiunii, despăgubirilor stabilite și a măsurii confiscării.

Ca atare, instanța sesizată cu o plângere contravențională dispune de o largă putere de apreciere asupra actului atacat. Aceasta, deoarece, în esență, *obiectul judecării unei plângeri contravenționale nu se referă în primul rând, în opinia noastră, la verificarea legalității procesului-verbal contravențional, ci la cercetarea faptului existenței sau inexistenței unei contravenții, procesul-verbal fiind doar actul procedural prin care se constată de către persoanele abilitate presupusa săvârșire a unei contravenții* (s.n. M.U.). În măsura în care, instanța consideră că au fost respectate condițiile de legalitate ale întocmirii procesului-verbal, va trece, pe baza administrării probațiunii, la analizarea fondului cauzei, pentru a decide dacă există într-adevăr contravenție, iar petentul se face vinovat de comiterea acesteia.

Ajungând la concluzia existenței faptei și a vinovăției, instanța va putea reaprecia sancțiunea aplicată, cuantumul acesteia, despăgubirile acordate prin procesul-verbal și cuantumul acestora, precum și legalitatea măsurii confiscării.

Astfel, instanța va putea dispune modificarea procesului-verbal în trei moduri:

- reducerea cuantumului amenzii aplicate, în măsura în care se constată că aceasta este disproporționată relativ la fapta comisă³⁹;
- înlocuirea sancțiunii amenzii cu sancțiunea averismentului, practică destul de extinsă în materie contravențională⁴⁰;
- majorarea sau reducerea despăgubirilor acordate părții vătămate.

În aceste cazuri, *instanța nu dispune prin dispozitivul hotărârii anularea procesului-verbal, ci doar reindividualizează sancțiunea și cuantumul acesteia* (s.n. M.U.).

Sigur, instanța poate să și anuleze în parte procesul-verbal, de exemplu cu privire la o contravenție, în ipoteza în care petentul a fost sancționat prin același proces-verbal cu privire la comiterea mai multor contravenții sau poate anula procesul-verbal cu privire la greșita dispunere a măsurii complementare. În aceste cazuri însă, suntem într-o situație asemănătoare anulării parțiale a actului administrativ în condițiile legii contenciosului administrativ, astfel încât relevante pentru reliefaarea diferențelor față de actul administrativ sunt cele trei situații expuse mai sus.

4. Alte particularități ale procesului-verbal contravențional

Desigur, mai există și alte diferențe între cele două categorii de acte, pe care spațiul destinat prezentei lucrări nu ne permite să le dezvoltăm⁴¹. Ca atare, doar vom enumera, în acest loc, particularitățile procesului-verbal în ceea ce privește procedura de contestare a acestuia⁴²:

- din punct de vedere al competenței materiale, dacă în materia contenciosului administrativ, în primă instanță este competent tribunalul sau curtea de apel, în materie contravențională prima instanță este judecătoria. Pe cale de consecință, dacă în contencios administrativ, instanță de recurs este fie curtea de apel, fie Înalta Curte de Casație și Justiție, în litigiile contravenționale recursurile se judecă de tribunal;

- din punct de vedere al competenței teritoriale, în materia contenciosului administrativ operează o competență teritorială alternativă, reclamantul având posibilitatea să introducă acțiunea fie la instanța în raza teritorială a căreia se găsește domiciliul său, fie la instanța în raza teritorială a căreia se găsește sediul autorității pârâte, în timp ce, în procedura contravențională, operează o competență teritorială exclusivă, fiind competentă numai instanța de la locul săvârșirii contravenției;
- în contencios administrativ este necesară formularea plângerii prealabile, cerință care nu se regăsește în Ordonanța Guvernului nr. 2/2001;
- acțiunea în contencios administrativ este supusă timbrării, în timp ce plângere contravențională și celelalte cereri vizând procedura contravențională sunt scutite de taxă de timbru;
- ca o influență a naturii penale a contravenției, procedura contravențională derogă de la normele procedurii civile permițând motivarea orală a recursului, în timp ce legea contenciosului administrativ nu cunoaște nici o derogare în această materie, aplicându-se, în tăcerea legii speciale, dispozițiile imperative ale Codului de procedură civilă cu privire la motivarea în termen a recursului.

Din cele arătate mai sus, rezultă că procesul-verbal contravențional prezintă anumite particularități față de un act administrativ tipic.

d) Procesul-verbal contravențional, act cu natură juridică mixtă - act administrativ și act de procedură contravențională

Așa cum am arătat, procesul-verbal de constatare a contravenției reprezintă, în esență, un act administrativ care prezintă anumite caracteristici specifice. Cu toate acestea, în caracterizarea naturii juridice a procesului-verbal nu putem face abstracție de faptul că acesta reprezintă, în esență, actul constatator al unei contravenții, formă de ilicit distinctă. Prin intermediul acestuia se declanșează procedura contravențională, procedură specifică, care în multe state este o parte componentă a procedurii penale⁴³, în alte state face obiectul unei ramuri distincte de drept - dreptul contravențional⁴⁴ iar, în alte state, procedura contravențională este reglementată, în cazul unor contravenții mai grave, de normele procesual penale iar, în cazul majorității contravențiilor, de legea specială⁴⁵.

Pe de altă parte, nulitățile procesului-verbal contravențional în țara noastră, sunt analizate și prin intermediul instituțiilor procedurii civile, făcându-se spre exemplu distincție între nulități relative și nulități absolute⁴⁶ sau între nulități exprese și nulități virtuale⁴⁷, atâta timp cât în materia dreptului administrativ, distincția între nulitatea absolută și nulitatea relativă nu prezintă o mare relevanță, actul administrativ bucurându-se de prezumția de legalitate, cu excepția actelor administrative inexistente, până în momentul revocării de către organul emitent sau organul ierarhic superior sau până în momentul anulării de către instanța de judecată, timp în care, în baza caracterului executoriu, produce efecte juridice iar, pe de altă parte, legislația în vigoare reglementează foarte puține cazuri de nulități exprese ale actelor administrative⁴⁸.

Nu în ultimul rând, trebuie precizat faptul că, în opinia noastră, *obiectul plângerii contravenționale, caracterizată ca acțiune în instanță, nu îl reprezintă verificarea legalității procesului-verbal ca act juridic, ci verificarea îndeplinirii condițiilor legale pentru angajarea răspunderii contravenționale a petentului* (s.n. M.U.). Pentru a asigura anumite garanții procesuale petentului, legea contravențională reglementează anumite condiții de validitate ale procesului-verbal, a căror lipsă atrage nulitatea procesului-verbal (nulitățile absolute) sau pot atrage anularea acestuia (nulitățile relative). Mai mult, legea contravențională instituie, în mai multe cazuri, o prezumție de vătămare a petentului, situații în care vorbim de nulități exprese⁴⁹, sarcina probei în sensul răsturnării prezumției de vătămare revenind organului din care face parte agentul constator, probă care nu poate fi făcută în cazul nulităților exprese absolute și care, în cazul anumitor nulități exprese relative, este practic imposibilă. În ipoteza în care aceste condiții de validitate sunt respectate, instanța, analizând fondul cauzei, va putea considera că nu se impune angajarea răspunderii contravenționale a petentului pentru motive de fond- fapta nu există, fapta nu a fost săvârșită de către petent, fapta nu este prevăzută de legea contravențională, faptei îi lipsește unul dintre elementele constitutive ale contravenției sau există vreo cauză care împiedică angajarea răspunderii contravenționale - de exemplu prescripția răspunderii contravenționale. În aceste situații, instanța va anula procesul-verbal, deși acesta îndeplinește toate condițiile de formă prevăzute de lege, întrucât va constata că nu poate fi angajată răspunderea contravențională a petentului.

Trebuie arătat însă, *că nu în toate situațiile în care se înlătură sancțiunea dispusă prin procesul-verbal instanța va anula acest act juridic* (s.n. M.U.). Nulitățile procesului-verbal pot opera doar pentru cauze anterioare și concomitente încheierii acestuia⁵⁰. În practică, se poate întâmpla ca, de la data încheierii procesului-verbal și până la pronunțarea unei hotărâri irevocabile, să intervină anumite cauze care fac ca sancțiunea dispusă să nu mai poată fi executată cum ar fi: decontravenționalizarea faptei, decesul contravenientului sau prescripția executării sancțiunii contravenționale. În aceste situații, instanța va admite plângerea contravențională, va înlătura sancțiunea aplicată, dar nu va putea anula procesul-verbal de constatare și sancționare contravențională.

Un alt argument în favoarea considerării procesului-verbal de constatare al contravenției ca act cu natură mixtă este cel, potrivit căruia, prin noua lege a contenciosului administrativ, Legea nr. 554/2004, se prevede în articolul 5 alineat 2 faptul că: „Nu pot fi atacate pe calea contenciosului administrativ actele administrative pentru modificarea sau desființarea cărora se prevede, *prin lege organică* (s.n. M.U.), o altă procedură judiciară”.

Ca urmare a apariției acestei legi, s-a afirmat faptul că, dată fiind natura juridică de act administrativ a procesului-verbal de sancționare contravențională, Legea contenciosului administrativ a abrogat indirect dispozițiile cu privire la competență conținute în Ordonanța Guvernului nr. 2/2001, întrucât aceasta nu are

puterea unei legi organice, iar competența soluționării plângerilor împotriva proceselor-verbale contravenționale revine instanțelor de contencios administrativ în condițiile Legii nr. 554/2004⁵¹.

Această opinie a fost criticată într-o lucrare, datorită mai multor considerente pe care le vom enumera în continuare: legiuitorul nu a avut niciodată intenția să abroge procedura din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001 și dacă a făcut-o aceasta își are cauza în acea doză nepermisă de indiferență și inconștiență referitoare la corelarea legislativă; această abrogare ar avea repercusiuni grave asupra organizării judiciare prin supraaglomerarea Înaltei Curți de Casație și Justiție, a curților de apel și tribunalelor, ajungându-se la concluzia că textul articolului 5 alineat 2 din Legea nr. 554/2004 s-a născut mort, reprezentând: „un avorton captivant, numai bun ca material de studiu pentru teoreticienii dreptului public care, fascinați, îl supun unei autopsii minuțioase”⁵².

Considerăm că articolul 5 alineat 2 din Legea nr. 554/2004, nu a abrogat procedura contravențională prevăzută de Ordonanța Guvernului nr. 2/2001, dar *acest aspect poate fi explicat datorită faptului că procesul-verbal nu este un act administrativ tipic și datorită faptului că plângerea contravențională nu este o formă particulară a acțiunii în contencios administrativ* (s.n. M.U.). De aceea, apreciem că opțiunea legiuitorului din 2004, nu a fost nici pe departe inconștientă, ci a urmărit doar să reglementeze în bune condiții instituția contenciosului administrativ, prevăzând ca în această materie să se reglementeze numai prin lege organică.

Faptul că practica judiciară nu s-a conformat opiniei potrivit căreia, prin noua lege s-ar fi stabilit o altă competență de soluționare a plângerii contravenționale, este încă o dovadă a faptului că procesul-verbal contravențional nu este un act administrativ tipic și, în nici un caz, nu poate fi vorba de un caz de „cutumă abrogatorie” așa cum s-a susținut⁵³. De altfel, deși Curtea Constituțională consideră, așa cum am mai arătat, că natura juridică a procesului-verbal contravențional este aceea de „act administrativ de constatare”⁵⁴, într-o decizie recentă arată că: „domeniul contravențional, spre deosebire de contenciosul administrativ, nu se regăsește printre cele strict și limitativ prevăzute de art.73 alin.(3) din Constituție, în privința cărora legiferarea are loc numai prin lege organică”⁵⁵, deoarece *procedura contravențională este o procedură specială, derogatorie de la dreptul comun, în speță contenciosul administrativ* (s.n. M.U.).

Datorită acestei interpretări simple și în deplin acord cu specificul pe care îl prezintă procesul-verbal contravențional ca act juridic, putem afirma că, chiar avându-se în vedere varietatea sub care se poate înfățișa un act administrativ, datorită numeroaselor particularități ale procesului-verbal contravențional, precum și datorită faptului că acesta reprezintă, în realitate, principalul act emis în realizarea procedurii contravenționale, *acesta are, de lege lata, o natură juridică mixtă - act administrativ și act de procedură contravențională*⁵⁶ (s.n. M.U.).

De lege ferenda, în ipoteza elaborării unui Cod Contravențional care să conțină, pe lângă partea generală și partea specială și o parte procedurală, *se va impune calificarea procesului-verbal contravențional sub aspectul naturii juridice ca un act procedural contravențional*⁵⁷ (s.n. M.U.).

-
- * Asistent universitar la Facultatea de Drept a Universității din Oradea; m_ursuta@yahoo.com
- ¹ Publicată în Buletinul Oficial nr. 148 din 14 noiembrie 1968.
- ² *Romulus Ionescu*, Drept administrativ, Editura Didactică și pedagogică, București, 1970, pg. 223-224, 317.
- ³ *Valentin Prisăcaru*, Drept Administrativ, Editura Lumina Lex, București, 2002, pg. 740.
- ⁴ *Romulus Ionescu*, op. cit., pg. 317. Se susține, în mod greșit, în mai multe lucrări doctrinare că acest autor ar fi considerat că procesul verbal prin care se aplică sancțiunea ar avea caracterul unui act administrativ- juridicțional. Din contră, autorul citat arată la pagina 317 a Tratatului său de drept administrativ că, sub regimul Legii nr. 32/1968, spre deosebire de regimul consacrat de Decretul nr. 184/1954, procesul-verbal contravențional prin care se aplică și sancțiunea are caracterul unui act administrativ.
- ⁵ *Valentin Prisăcaru*, op.cit., pg. 740.
- ⁶ *Anton Trăilescu*, Drept Administrativ- Tratat Elementar, Editura All Beck, București, 2002, pg. 355.
- ⁷ Pentru detalii a se vedea *Mircea Ursuța*, Procedura Contravențională, Editura Universul Juridic, București, 2008, pg. 222-229..
- ⁸ Potrivit articolului 31 alineat 1 din O.G. nr. 2/2001: “Împotriva *procesului-verbal de constatare a contravenției și de aplicare a sancțiunii* (s.n. M.U.) se poate face plângere în termen de 15 zile de la data înmânării sau comunicării acestuia”.
- ⁹ S-a considerat că un proces-verbal comunicat contravenientului prin care nu se dispune nici o sancțiune este nul – Decizia nr. 2717/2005 a Tribunalului București, în *Daniel Severin*, Răspunderea contravențională, Practică judiciară, Editura Hamangiu, București, 2007, pg. 67-69.
- ¹⁰ A se vedea, în același sens, *Ovidiu Podaru, Radu Chiriță*, Ordonanța Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, Comentată și adnotată, Editura Sfera, Cluj Napoca, 2006, pg. 107.
- ¹¹ *Antonie Iorgovan*, Tratat de drept administrativ, Ediția a III-a, Volumul II, Editura All Beck, București, 2002, pg. 428, nota 1 subsol.
- ¹² *Mona Maria Pivniceru, Petru Susanu, Dan Tudurache*, Contravenția, îndrumar teoretic și practic, Institutul European Iași, 1997, pg. 66; *Constantin Drăghici, Constantin V. Drăghici, Adrian Iacob, Rădița Corcheș*, Drept Contravențional, Editura Tritonic, București, 2003, pg. 75; *Dana Apostol Tofan*, Regimul juridic actual aplicabil contravențiilor. Aspecte de drept procesual, în „Curierul Judiciar”, nr. 7/2002, pg. 4.
- ¹³ Spre exemplu, Sentința civilă nr. 6544/2005 a Judecătoriei Oradea (*nepublicată*), prin care instanța, considerând că procesul-verbal este un act administrativ-jurisdicțional, a respins acordarea de cheltuieli de judecată, deși a admis plângerea contravențională.
- ¹⁴ *Ilie Iovănaș*, Considerații teoretice cu privire la răspunderea administrativă, Teză de doctorat, Cluj Napoca, 1968, pg. 222.
- ¹⁵ Pentru o descriere amănunțită a caracterelor actelor administrative jurisdicționale, a se vedea *Tudor Drăganu*, Liberul acces la justiție, Editura Lumina Lex, București, 2003, pg. 25-52; *Cristian Clipa*, Jurisdicțiile speciale administrative, Teză de doctorat, Cluj Napoca, 2004, pg. 148-180.
- ¹⁶ *Ilie Iovănaș*, op.cit., pg. 222.
- ¹⁷ *Tudor Drăganu*, Actele de drept administrativ, Editura Științifică, București, 1959, pg. 92.
- ¹⁸ *idem*, pg. 91.

- ¹⁹ Tudor Drăganu, *Liberul acces la justiție*, Editura Lumina Lex, București, 2003, pg. 251; Ovidiu Podaru, Radu Chiriță, *Ordonanța Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor Comentată și adnotată*, Editura Sfera, Cluj Napoca, 2006, pg. 107; Laurențiu Groza, Gheorghe Părăușanu, *Reglementarea sancționării contravențiilor*, Editura Științifică, București, 1973, pg. 69; Corneliu Liviu Popescu, *Drept contravențional. Procedura contravențională judiciară. Natura „penală” în sens european autonom. Presumția de nevinovăție. Dreptul la un proces echitabil. Neconvenționalitate*, în „Curierul Judiciar”, nr. 10/2007, pg. 11.
- ²⁰ Spre exemplu, în Decizia nr. 120/CA/2006 a Tribunalului Bihor se arată că: “Procesul-verbal de constatare a contravențiilor este un act administrativ emis de un organ al administrației publice investit cu această autoritate de constatare a contravențiilor și, ca urmare, potrivit prevederilor O.G. nr. 2/2001, se bucură de prezumția de legalitate.....”.
- ²¹ Florin Koman Kund, *Instanța competentă în materie contravențională în lumina prevederilor noii legi a contenciosului administrativ*, în „Curierul Judiciar”, nr. 5/2005, pg. 85-86.
- ²² În acest sens, a se vedea Rodica Narcisa Petrescu, *Drept Administrativ*, Editura Accent, Cluj Napoca, 2004, pg. 527; Alexandru Țiclea, Constantin Rujoiu, Ion Niță Stan, Ioan Doru Tărăcilă, Marin Corbu, *Răspunderea Contravențională*, Editura Atlas Lex, București, 1995, pg. 52; Alexandru Țiclea, *Reglementarea contravențiilor*, Ediția a IV-a, Editura Lumina Lex, București, 2006, pg. 34.
- ²³ Verginia Vedinaș, *Drept administrativ și instituții politico-administrative*, Editura Lumina Lex, București, 2002, pg. 613-614.
- ²⁴ În acest sens, a se vedea Decizia nr. 183/2003 a Curții Constituționale, publicată în Monitorul Oficial nr.780 din 06.11.2003.
- ²⁵ Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Ediția 4, Volumul II, Editura All Beck, București, 2005, pg. 427, nota 2 subsol.
- ²⁶ Pentru definiții ale actului administrativ, a se vedea, spre exemplu, Antonie Iorgovan, op.cit., 2005, pg. 25; Verginia Vedinaș, op.cit., pg. 84.; Rodica Narcisa Petrescu, *Drept Administrativ*, Editura Cordial LEX, Cluj Napoca, 200, pg. 249.
- ²⁷ Anton Trăilescu, op.cit., pg. 210.
- ²⁸ Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Ediția 4, Volumul II, Editura All Beck, București, 2005, pg. 85.
- ²⁹ Pierre Delvolvé, *L'acte administratif*, Dalloz, Paris, 1983, pg. 23 și urm.
- ³⁰ Tudor Drăganu, *Actele de drept administrativ*, Editura Științifică, București, 1959, pg. 71.
- ³¹ Cu toate acestea, suspendarea nu se produce cu privire la toate măsurile dispuse prin procesul-verbal. De exemplu, introducerea plângerii contravenționale nu are ca efect restituirea bunurilor confiscate, ci doar suspendă procedura de valorificare a acestor bunuri, până la soluționarea cauzei - a se vedea, în acest sens, Ovidiu Podaru, Radu Chiriță, op.cit., pg. 168. De asemenea, atacarea unui proces-verbal prin care s-a dispus suspendarea dreptului de a conduce autovehicule pe drumurile publice, nu implică, până la ultima modificare a Codului rutier, restituirea permisului de conducere până la soluționarea cauzei ci, numai în anumite cazuri, emiterea unei dovezi cu drept de circulație. În alte situații însă, atacarea procesului-verbal nu are nici măcar acest efect suspensiv parțial, întrucât petentului i se va elibera o dovadă înlocuitoare a permisului de conducere fără drept de circulație conform articolului 111 coroborat cu articolul 102, alineat 3 din Codul Rutier.
- ³² Publicată în Monitorul Oficial nr. 1.154 din 7 decembrie 2004.
- ³³ Spre exemplu, atacarea în instanță a dispoziției de părăsire a teritoriului României conduce la suspendarea efectelor acestui act administrativ conform prevederilor articolului 82 alineat 2 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România, republicată.
- ³⁴ Antonie Iorgovan, op.cit., 2005, pg. 65-67.
- ³⁵ Decizia nr. 9/CA/2006 a Tribunalului Bihor (*nepublicată*); în același sens - Decizia nr. 103/CA/2006 a Tribunalului Bihor (*nepublicată*); în sensul în care procesul-verbal contravențional se bucură de o prezumție relativă de legalitate în privința stării de fapt până la proba contrară, a se vedea Decizia nr. 12/CA/2006 a Tribunalului Bihor (*nepublicată*). Pentru detalii a se vedea Mircea Ursuța, *Procedura Contravențională*, Editura Universul Juridic, București, 2008, pg. 222-229.

- ³⁶ În doctrină, s-a afirmat că este vorba despre un caz de caducitate a procesului-verbal contravențional - *Ovidiu Podaru, Radu Chiriță*, op.cit., pg. 99.
- ³⁷ *Antonie Iorgovan*, op.cit., 2005, pg. 668.
- ³⁸ *Dacian Cosmin Dragoș*, *Legea contenciosului administrativ, Comentarii și explicații*, Editura All Beck, București, 2005, pg. 288.
- ³⁹ Spre exemplu, Decizia nr 13/CA/2005 a Tribunalului Bihor (*nepublicată*); Sentința nr. 3616/2005 a Judecătorei Oradea (*nepublicată*); Sentința nr 2582/2005 a Judecătorei Oradea (*nepublicată*).
- ⁴⁰ Decizia nr 439/CA/2005 a Tribunalului Bihor (*nepublicată*); Decizia nr 484/CA/2006 a Tribunalului Bihor (*nepublicată*).
- ⁴¹ Pentru detalii cu privire la aceste aspecte, a se vedea *Mircea Ursuța*, *Procedura Contravențională*, Editura Universul Juridic, București, 2008, pg. 252-298.
- ⁴² A se vedea, în acest sens, și *Ovidiu Podaru, Radu Chiriță*, op.cit., pg.174, nota 365 subsol.
- ⁴³ Spre exemplu, în Franța, procedura contravențională este reglementată de articolele 521-549 din Codul de procedură penală francez.
- ⁴⁴ În Ungaria, procedura contravențională este reglementată de Codul Contravențional, respectiv Legea nr. LXIX/1999.
- ⁴⁵ În Italia, stat în care contravenția reprezintă încă o a doua formă a ilicitului penal alături de delict, prin Legea nr. 689/1981 s-a realizat o amplă dezincriminare contravențională, consacrandu-se un regim procesual distinct pentru sancționarea contravențiilor dezincriminate.
- ⁴⁶ Nulitățile absolute sunt nulitățile care intervin în situația încălcării unei norme imperative. Ele nu trebuie confundate cu nulitățile exprese, care pot fi și relative. Pentru detalii, a se vedea *Dumitru Florescu*, *Sancțiunile procedurale civile*, Editura Paideia, București, 2005, pg. 82.
- ⁴⁷ Această clasificare este foarte importantă în materie contravențională, întrucât legea cadru conține mai multe nulități exprese. Totuși, nu toate nulitățile exprese sunt nulități absolute iar, pe de altă parte, există și nulități virtuale absolute. În doctrină și practica judiciară se confundă, adeseori, nulitățile exprese cu nulitățile absolute.
- ⁴⁸ Spre exemplu, articolul 46 din Codul de procedură fiscală stabilește anumite nulități exprese ale actului administrativ fiscal.
- ⁴⁹ Pentru o analiză a diferenței între nulitățile exprese și nulitățile virtuale, a se vedea *Ioan Bălan*, Noțiunea de vătămare și nulitățile actelor de procedură în materie civilă, în „Dreptul”, nr. 11/2006, pg 120-121; *Dumitru Florescu*, *Sancțiunile procedurale civile*, Editura Paideia, București, 2005, pg. 99-103; *Ioan Leș*, *Codul de procedură civilă, Comentariu pe articole*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2007, pg. 303-304.
- ⁵⁰ Decizia nr. 519/R/CA/2005 a Tribunalului Bihor (*nepublicată*).
- ⁵¹ *Florin Koman Kund*, Instanța competentă în materie contravențională în lumina prevederilor noii legi a contenciosului administrativ, în „Curierul Judiciar”, nr. 5/2005, pg. 93; în același sens, a se vedea *Oliviu Puie*, Discuții privind constituționalitatea recursului paralel în materia contenciosului administrativ reglementat prin legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ și prin alte acte normative speciale, în „Dreptul”, nr. 11/2006, pg. 157-158.
- ⁵² *Ovidiu Podaru, Radu Chiriță*, op.cit., pg. 177.
- ⁵³ *idem*, pg. 178.
- ⁵⁴ Decizia nr. 349/2003 a Curții Constituționale, publicată în Monitorul Oficial nr.780 din 06.11.2003.
- ⁵⁵ Decizia nr. 81/2007 a Curții Constituționale, publicată în Monitorul Oficial nr.160 din 07.03.2007.
- ⁵⁶ Procesul verbal contravențional este calificat și de anumite acte normative ca având valoarea unui act de procedură. Spre exemplu, potrivit art. 16 din Hotărârea Guvernului nr. 1224/2007 pentru organizarea și funcționarea Gărzii Naționale de Mediu, publicată în Monitorul Oficial nr. 743 din 01.11.2007: „Actele de constatare a contravențiilor, întocmite de comisarii Gărzii Naționale de Mediu, sunt acte procedurale, potrivit reglementărilor legale, cu toate efectele prevăzute de legislația în vigoare”.
- ⁵⁷ În același sens se pronunță și *Antonie Iorgovan*, op.cit., 2005, pg. 427, nota 2 subsol. Acest autor a apreciat însă, în teza sa de doctorat, într-o opinie asemănătoare cu cea pe care o susținem în prezenta teză, că, și *de lege lata* procesul-verbal contravențional: „apare ca fiind un act procesual contravențional” - *Antonie Iorgovan*, *Răspunderea contravențională*, Teză de doctorat, București, 1979, pg. 210.