



GUVERNUL ROMÂNIEI
PRIMUL – MINISTRU

1270
19.05.2009

Biroul permanent al Senatului
Bp 124 19.05.2009

PARLAMENTUL ROMÂNIEI
SENAT
1223, 26.05.2009

Domnule președinte,

În conformitate cu prevederile art. 111 alin. (1) din Constituție, Guvernul României formulează următorul

PUNCT DE VEDERE

referitor la propunerea legislativă intitulată *Lege pentru modificarea și completarea Legii nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator*, inițiată de 10 deputați – PNL, UDMR, PD-L, PSD, Grupul parlamentar al minorităților naționale (Bp. 124/2009).

I. Principalele reglementări

Această propunere legislativă are ca obiect de reglementare, potrivit *Expunerii de motive*, modificarea și completarea *Legii privind medierea și organizarea profesiei de mediator nr. 192/2006* în sensul implementării unor

prevederi ale *Directivei nr. 2008/52/CE* cu privire la caracterul executoriu între părți al acordului de mediere.

Astfel, se propun:

- introducerea obligativității medierii în toate procesele și cererile în materie civilă și comercială, ca o procedură prealabilă obligatorie în cadrul procesului civil;

- modificarea modului de organizare a activității Consiliului de mediere și a profesiei de mediator;

- includerea medierii ca procedură de soluționare a litigiilor între pacienți și personalul medical în cazurile de malpraxis, precum și consultarea expresă a autorităților competente în domeniul sănătății.

II. Observații

1. Susținem propunerea formulată la **art. 6** din *Legea nr. 192/2006* cu privire la înlocuirea *facultății* lăsate de lege organelor judiciare și arbitrale, precum și a altor autorități cu atribuții jurisdicționale, cu *obligația* acestora de a îndruma părțile să recurgă la mediere.

2. Față de dezideratul privind creșterea calității sistemului de mediere în România, considerăm că propunerea de eliminare din cuprinsul *Legii nr. 192/2006* a criteriilor referitoare la pregătirea profesională necesară pentru a deveni eligibil pentru Consiliul de Mediere (modificarea propusă la **art. 17 alin. (6)**) nu este în acord cu principiile conținute de *Directiva 2008/52/CE*, în care obiectivul privitor la calitatea serviciilor de mediere este în mod constant menționat. Apreciem că nu se poate garanta calitatea acestor servicii de mediere dacă înșiși cei ce constituie organismul chemat să asigure organizarea și controlul profesiei de mediator nu au o înaltă calificare și experiență în domeniu.

Considerăm, totodată, că aceste criterii, impuse *de lege lata*, sunt *criterii minimale*, sub standardul cărora nu se poate coborî, motiv pentru care ele trebuie să beneficieze de stabilitatea dată de reglementarea la nivel de lege, iar nu lăsate pe seama dispozițiilor unui regulament.

3. Introducerea obligativității medierii în toate procesele și cererile în materie civilă și comercială, ca o procedură prealabilă obligatorie în cadrul procesului civil (propunere reflectată în principal prin modificările de la **art. 43 alin. (2)** din *Legea nr. 192/2006*) este criticabilă.

În opinia noastră, introducerea unei proceduri prealabile obligatorii în orice proces civil în sensul art. 109 alin. (2) din *Codul de procedură civilă*, cu consecința că neîndeplinirea ei ar constitui un *fine de neprimire* a cererii de chemare în judecată, ridică semne de întrebare cu privire la constituționalitatea textului din perspectiva art. 21 alin. (1) din *Constituția României, republicată*. De asemenea, din perspectiva art. 21 alin. (3) din legea fundamentală, subliniem că, potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, durata procedurilor prealabile obligatorii se include în durata procesului și se ia în considerare în aprecierea *caracterului rezonabil* al acestuia, ceea ce nu ar fi de natură să constituie un progres al legislației din perspectiva mecanismelor pentru scurtarea procedurilor.

Totodată, propunerea de introducere a obligativității medierii nu-și găsește suportul în cadrul vreunei dispoziții imperative a *Directivei nr. 2008/52/CE* a Parlamentului European și a Consiliului privind anumite aspecte referitoare la medierea în cauzele civile și comerciale, care lasă libertate statelor să-și organizeze propriul sistem de mediere. De altfel, această directivă nu mai necesită transpunere, întrucât dispozițiile sale se regăsesc în legislația națională, respectiv în *Legea nr. 192/2006*, în *Codul de procedură civilă*, precum și în *Legea privind reglementarea raporturilor de drept internațional privat nr. 105/1992, cu modificările și completările ulterioare*.

Trebuie subliniat și faptul că propunerea legislativă conține și unele necorelări cu restul legislației cu care se află în legătură, interferând în concepția unitară promovată cu privire la procesul civil. De asemenea, aduce modificări în ceea ce privește încurajarea *principiului autodeterminării* în soluționarea unui conflict referitor la drepturi asupra cărora părțile implicate într-un conflict pot dispune. De aceea, dată fiind și actuala etapă de dezbateră a *proiectului noului Cod de procedură civilă*, propunerile de acte normative trebuie să țină seama de viziunea și liniile directoare care au stat la baza elaborării tuturor proiectelor Codurilor-piloni ai sistemului legislativ – și să se coreleze cu principiile acestora, urmându-se conturarea unui cadru legislativ unitar, coerent și funcțional.

În acest context, precizăm că *proiectul noului Cod de procedură civilă*, aprobat de Guvern și aflat actualmente în procedură parlamentară de dezbateră, a reevaluat concepția cu privire la desfășurarea procesului civil, resistematisând etapele judecătii de primă instanță în scopul eficientizării și accelerării procedurii. Renunțându-se, în acest context, și la regulile speciale privind soluționarea litigiilor în materie comercială, extinzându-se însă pentru întreg procesul civil modelul procedurii speciale accelerate prevăzute

de lege lata pentru soluționarea litigiilor în materie comercială, nici *procedura concilierii obligatorii* – ca procedură prealabilă obligatorie, fine de neprimire a cererii de chemare în judecată – *nu a mai fost menținută*. Propunerea de eliminare a concilierii obligatorii s-a întemeiat și pe propunerile venite din practică, atât din mediul economic, cât și din jurisprudență, potrivit cărora, dată fiind obligativitatea ei, sunt situații în care poate fi contraproductivă sau de natură să întârzie luarea unor măsuri urgente în cazurile supuse judecării, cu efecte uneori ireversibile pentru părți în această materie în care dezvoltarea relațiilor economice specifice economiei de piață impune soluționarea cu promptitudine a disputelor.

De asemenea, propunerea de eliminare din *Codul de procedură civilă* a acestei încercări obligatorii de soluționare pe cale amiabilă a conflictului s-a întemeiat și pe considerentul că exercițiul modalităților alternative de soluționare a conflictelor trebuie să rămână o opțiune, neputând fi stabilite reguli absolute privitoare la natura litigiilor sau a categoriilor de părți în litigiu care trebuie sau nu să apeleze la mediere ori conciliere. Practic, mai potrivit pare a fi în orice materie, nu doar în materia comercială, de a se aprecia, de la caz la caz, dacă respectivul conflict este „compatibil” cu o procedură alternativă de soluționare sau soluția optimă este recurgerea neîntârziată la procedura în instanță.

Aceasta este, de altfel, și concepția *Legii nr. 192/2006*, care din primul articol consacră *caracterul facultativ al medierii*. Opțiunea legiuitorului a avut în vedere principiile fundamentale ale medierii, recunoscute de instrumentele internaționale existente în materie, preluate și de reglementările privind medierea din diferite state europene, principii în cadrul cărora *caracterul voluntar* al medierii ocupă un loc central, ținând de însăși esența acestei alternative la justiție. Se admite pe scară largă că medierea este un mod alternativ de soluționare a conflictelor, pe care fiecare parte trebuie să-l aleagă în mod liber, fără să fie constrânsă în vreun fel (inclusiv prin norma de drept). Studii efectuate arată că, dacă medierea este impusă, ea poate da naștere unor acorduri care nu sunt, în mod necesar, rodul unei decizii consensuale. Asemenea acorduri sunt susceptibile de a fi mai puțin durabile și, deci, de a nu realiza scopul medierii. Mai mult, se apreciază că țin de însăși esența medierii caracterul ei voluntar și faptul că părțile însele tind către obținerea unui acord. Dacă acestea refuză ori se simt incapabile de a recurge la mediere, este contraproductiv să se recurgă la obligarea lor.

Urmărind aceeași filozofie, a încurajării părților implicate într-un conflict să recurgă la mediere, *proiectul Codului de procedură civilă* conține, chiar în cadrul capitolului conținând *Principiile fundamentale ale procesului*

civil, o prevedere destinată să încurajeze utilizarea procedurii medierii în procesul civil, în orice moment în care este posibilă stingerea litigiului prin învoiala părților.

Renunțându-se la procedura concilierii obligatorii și fidel concepției promovate prin *Legea nr. 192/2006*, privind caracterul facultativ al medierii, nu a fost considerată, însă, o opțiune viabilă introducerea în cod a unei proceduri obligatorii de mediere. În lumina aceleiași concepții unitare promovate și prin *proiectul noului Cod de procedură civilă*, legiuitorul a urmărit să stimuleze părțile aflate în conflict să apeleze ele însele la procedura medierii, în mod liber, fără să fie constrânse, asumându-și conștient acest exercițiu sau chiar sancționând indirect refuzul de a încerca medierea unui conflict.

4. Propunerea cu privire la efectele acordului ce finalizează procedura medierii, acord care, odată încheiat, urmează „*să producă între părți consecințele unui act autentic*”, potrivit propunerii de modificare a **art. 58 alin. (1)**, este de natură să ridice o serie de obiecțiuni și semne de întrebare.

În primul rând, nu rezultă ce au avut în vedere inițiatorii prin reformularea propusă la art. 58 alin. (1), în sensul că acordul „*produce între părți consecințele unui act autentic*”. Nu reiese care sunt, în concepția autorilor, consecințele „*între părți*”, specifice unui act autentic sau, altfel spus, care este diferența între consecințele pe care le produce între părți un act autentic și unul sub semnătură privată, în lumina prevederilor art. 969 din *Codul civil*, potrivit cărora „*contractul este legea părților*”.

Forma autentică în sine a unui înscris nu are între părți efecte juridice proprii, specifice. În textul menționat, efectele sau „*consecințele*” sunt ale contractului (ale clauzelor consimțite) ca acord de voință – *negotium* – indiferent de forma cerută de lege pentru încheierea valabilă a contractului și constau, potrivit art. 969 și art. 970 din *Codul civil*, în caracterul obligatoriu al obligațiilor asumate de părți. Prin urmare, între părți, un contract valabil încheiat, are aceeași forță obligatorie, fie că la încheierea lui a fost necesară forma autentică (*ad validitatem*), fie că vorbim de un act juridic consensual.

Este de presupus că prin formularea „*acordul ... produce între părți consecințele unui act autentic*” s-a dorit să se dea valoare de înscris autentic unui simplu înscris emanând de la părți, în care sunt consemnate „*toate clauzele consimțite de acestea*”, fără intervenția vreunuia dintre funcționarii investiți cu prerogativa exercitării autorității publice – notarul public sau instanța de judecată. Potrivit propunerii legislative, părțile însăși, asistate de

mediator, ar urma să-și creeze acte autentice, propunere cu care nu putem fi de acord.

Or, tocmai pentru a se evita intrarea în circuitul civil a unor acte juridice necorespunzătoare pe fond și din punct de vedere al condițiilor de formă ori încheiate în fraudă legii, care pot periclita siguranța și stabilitatea raporturilor juridice, legiuitorul însuși a prevăzut, în situații determinate și în considerarea importanței sporite a unor categorii de acte juridice, anumite condiții pentru încheierea lor. Între acestea, autentificarea înscrisurilor de către notarul public are în vedere asigurarea conformității acordului de voință a părților cu legea, sub aspectul respectării tuturor condițiilor de fond și de formă, prin controlul exercitat de o persoană calificată din punct de vedere juridic și investită cu îndeplinirea unui act de autoritate publică așa cum este actul notarial.

Subliniem că, potrivit art. 4 din *Legea notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, cu modificările și completările ulterioare*, actul îndeplinit de notarul public, purtând sigiliul și semnătura acestuia, este de autoritate publică și are forța probantă prevăzută de lege.

Înțelegerea obținută în urma medierii, oricum ar fi denumită, nu poate fi, în fapt, decât un contract al părților în sensul art. 942 din *Codul Civil*, și anume un contract de tranzacție în sensul art. 1704 din *Codul Civil*, contract la care acestea ar putea ajunge, de altfel, și în lipsa intervenției mediatorului și care este consemnat, *ad probationem*, într-un înscris a cărui valoare nu poate fi decât aceea a unui înscris sub semnătură privată. Cu acest înscris, pentru a-i da valoare de înscris autentic pe cale extrajudiciară, părțile nu pot decât să se înfățișeze la notar, deoarece numai controlul de legalitate al acestuia poate da înscrisului încărcătura și forța probantă a înscrisului autentic. Notarul, potrivit art. 45 din *Legea nr. 36/1995*, „are obligația să deslușească raporturile reale dintre părți cu privire la actul pe care vor să-l încheie, să verifice dacă scopul pe care îl urmăresc este în conformitate cu legea și să le dea îndrumările necesare asupra efectelor lui juridice.

De asemenea, el trebuie să ceară părților, ori de câte ori este cazul, documentele justificative și autorizațiile necesare pentru încheierea actului sau, la cererea acestora, va putea obține el însuși documentația necesară”.

Mediatorul, la rândul său, nu are instrumentele necesare pentru a face verificarea de legalitate pe care o face notarul public când autentifică un act: pregătire juridică atestată prin absolvirea unui examen susținut în condițiile legii și delegarea exercițiului autorității publice.

Pe de altă parte, dacă se ia în calcul soluția restrângerii activității de mediere numai la categoria notarilor, credem că s-ar deturna exercitarea

acestei profesii de la scopul ei, contravenind oricărei definiții a mediatorului din sistemele de drept comparat sau din documentele europene, nu doar definiției mediatorului conținute de *Directiva nr. 2008/52/CE*. Peste tot în lume, activitatea de mediere nu poate fi considerată monopolul unei singure profesii, de exemplu a juriștilor ori a psihologilor sau sociologilor și nici nu poate fi limitată activității notarilor publici de pildă.

5. Soluția propusă la **art. 58 alin. (4)** – text nou introdus – cu privire la dobândirea caracterului executoriu al acordului de mediere prin simpla înțelegere a părților („*la cererea oricăreia dintre părți, cu consimțământul expres al celorlalte*”) nu ia în considerare ceea ce este definitoriu pentru un titlu executoriu și nici funcționalitatea și rolul investiției cu formulă executorie a unui înscris.

Caracterul executoriu, semnificând investirea cu autoritate publică a unui înscris pentru a cărui punere în executare este nevoie de autoritate statală și care constituie premisă a unor viitoare măsuri de constrângere la adresa debitorului, nu poate fi obținut prin simplul acord de voință al părților, deoarece autoritatea statală, exercițiul forței publice nu „*intră în funcțiune*” prin simpla voință a două persoane private. Reamintim că atribuirea puterii executorii, care se face, de regulă, prin investirea cu formulă executorie, reprezintă, în fapt, o formă de exercitare a puterii publice care presupune împuternicirea și în același timp ordinul dat, în numele Președintelui României, agenților forței publice de a-și da concursul la punerea în executare a titlului. De aceea, titlul trebuie, în primul rând, să fi fost întocmit în conformitate cu prevederile legale și, în al doilea rând, să confirme existența creanței și faptul că aceasta îndeplinește condițiile necesare punerii în mișcare a procedurii de executare silită. Aceste elemente presupun, deci, un control de legalitate din partea unui funcționar investit, la rândul său, cu competența de a efectua un astfel de control.

Or, se revine la problema investiției cu atribute de autoritate publică a unor profesioniști pentru care obținerea titlului profesional nu presupune, în nici un fel, vreun act de control din partea statului. În nici un sistem, statul nu își poate delega autoritatea unor persoane în a căror selecție, licențiere, numire, activitate nu are nici o pârghie, dar cărora ar trebui să le „*gireze*” actele și să pună în funcțiune forța de constrângere pentru executarea acestora.

Din acest punct de vedere, deosebirile între mediator și notar nu mai necesită nici o dezvoltare în afara argumentelor deja expuse, astfel încât investiția cu atribuții similare acestora nu numai că ar semnifica o

suprapunere de competență peste activitatea acestora, dar nu poate fi justificată prin statutul celor două profesii.

De asemenea, atribuirea puterii executorii unui înscris are ca premisă întocmirea acestuia de către un *organ competent*. Stabilirea organului competent nu înseamnă, însă, doar o atribuire prin lege a unei sarcini pentru o anumită persoană (funcționarul), ci este subsecventă existenței unei anumite calificări profesionale a acelei persoane, care o îndreptățește să fie astfel investită.

6. Referitor la competența Consiliului de mediere de „*a recunoaște și declara ca executoriu*” în România acordul de mediere încheiat într-un stat membru al Uniunii Europene și declarat executoriu în statul respectiv, potrivit propunerii de la **art. 58 alin. (5)** – nou introdus – menționăm, sub un prim aspect, că din conținutul acestei propuneri nu rezultă care sunt conținutul și efectele celor două operațiuni și care este elementul care le diferențiază: „*recunoașterea*” și „*declararea ca executorie*”.

Pe de altă parte, dacă în ceea ce privește atribuirea valorii executorii acordului de mediere, apreciem că propunerea de la art. 58 alin. (4) nu poate fi primită, cu atât mai mult nu poate fi acceptată atribuirea competenței Consiliului de a recunoaște ca executoriu un acord de mediere încheiat într-un alt stat; o astfel de competență în ceea ce privește nu numai hotărârile judecătorești, dar și, spre exemplu, actele notariale, aparține, invariabil, instanței judecătorești, dacă prin acorduri sau convenții statale nu prevăd între ele altfel, de regulă în condiții de reciprocitate.

7. Modificările propuse la **art. 58** nu sunt impuse nici de prevederile *Directivei 2008/52/CE*. Privitor la dobândirea caracterului executoriu al acordului de mediere și alin. (1) și alin. (2) ale art. 6 din Directivă – aplicabil exclusiv în cazurile transfrontaliere – fac trimitere în mod neechivoc la dreptul intern.

Or, dreptul intern stabilește competențe și proceduri clare pentru dobândirea caracterului executoriu al unui înscris. Art. 59 și art. 63 din *Legea nr. 192/2006* disting, în ceea ce privește dobândirea caracterului executoriu, între verificarea efectuată de notarul public în vederea autentificării (actul autentificat de notarul public care constată o creanță certă și lichidă are putere de titlu executoriu la data exigibilității acesteia, potrivit art. 66 alin. (1) din *Legea nr. 36/1995*) și posibilitatea pronunțării unei hotărâri de expedient potrivit art. 271 din *Codul de procedură civilă*, hotărâre care devine executorie în condițiile prevăzute de *Codul de procedură civilă*.

În ceea ce privește posibilitatea de recunoaștere ca executoriu, într-un stat membru, a acordului de mediere declarat executoriu în alt stat membru, ne menținem opinia potrivit căreia competența trebuie să aparțină instanței judecătorești sau notarului.

8. Soluția de la **art. 59**, care pare a da posibilitatea părților de a solicita instanței de judecată, iar nu notarului, să încuviințeze înțelegerea părților chiar în situația în care litigiul nu s-a aflat pe rolul instanței, nu poate fi acceptată, deoarece ar opera, în fapt, o preluare a atribuțiilor generale ale notarilor – de întocmire a actelor juridice la cererea părților – și speciale – de autentificare a înscrisurilor – de către instanțele judecătorești, în contextul în care unul dintre scopurile medierii este tocmai degrevarea acestora de toate atribuțiile nejurisdicționale.

Într-o variantă de interpretare a intenției inițiatorului, acest text ar avea menirea de a completa mecanismul propus la art. 58 alin. (1), potrivit căruia părțile însele sau mediatorul au vocația să producă acte autentice, astfel încât un act cu o asemenea forță probantă, dar lipsit de controlul de legalitate la momentul încheierii lui, se impune a fi verificat de instanța de judecată, ceea ce ar însemna o preluare a unor atribuții suplimentare în sarcina instanțelor judecătorești.

Într-o altă interpretare posibilă a intenției de reglementare, în care art. 59 (în forma propusă) are în vedere doar litigii aflate pe rolul instanței, iar nu și pe cele care nu au ajuns în fața judecătorului, acest text, față de prevederea existentă la art. 63, nu-și mai are sensul și în nici un caz nu poate fi menținut în afara Secțiunii a 5-a din *Legea nr. 192/2006* (secțiune special dedicată medierii în cazul unui litigiu civil pe rolul instanțelor de judecată) deoarece poate crea confuzii.

9. Soluția propusă la **art. 64 alin. (3)** – nou introdus – privitoare la *obligativitatea medierii în cazul divorțului prin acordul părților* nu poate fi acceptată, pentru considerentele expuse pe larg anterior. În plus, trebuie citat textul art. 323 din Capitolul „*Drepturile și îndatoririle personale ale soților*” - din Titlul II – „*Familia*” – al Cărții a II-a – „*Căsătoria*” – din *proiectul noului Cod Civil*. Potrivit alin. (2) al acestui text, în caz de neînțelegere între soți, ei pot sesiza instanța tutelară, iar aceasta reamintește soților îndatoririle lor reciproce, încearcă să-i concilieze și îi îndrumă către un mediator, potrivit legii speciale. Potrivit alin. (3) al aceluiași text, doar dacă încercările de conciliere și mediere eșuează, instanța tutelară hotărăște în interesul familiei, în condițiile legii.

10. Considerăm că abrogarea **art. 66 alin. (2)** care reglementează obligația mediatorului de a sesiza autoritățile competente în cazul în care „*ia la cunoștință de existența unor fapte ce pun în pericol creșterea sau dezvoltarea normală a copilului ori prejudiciază grav interesul superior al acestuia*” contravine spiritului *Directivei nr. 2008/52/CE* care prevede, la art. 7 alin. (1) lit. a) exceptarea de la regula privind confidențialitatea pentru „*considerente imperioase de ordine publică ale statului membru respectiv, în special pentru a asigura protecția interesului superior al copilului sau pentru a împiedica vătămarea integrității fizice sau psihice a unei persoane*”. Astfel, prin prevederea de la art. 66 alin. (2) al legii actuale a medierii, legiuitorul a avut în vedere asigurarea protejării interesului copilului, motiv pentru care considerăm nejustificată abrogarea acestei prevederi.

11. Soluția propusă prin introducerea unei secțiuni noi, **Secțiunea a 3-a** – „*Dispoziții speciale privind introducerea medierii în cazurile de malpraxis medical*” nu poate fi acceptată. Considerăm că această reglementare nu își are locul în *Legea nr. 192/2006*, fiind mai potrivită plasarea acesteia în cadrul actelor normative specifice profesiei vizate.

De asemenea, nu este definit termenul de „*malpraxis*”, textul **art. 70¹** care stabilește sfera de aplicare a propunerii vorbind despre orice „*conflicte dintre pacienți și personalul medical sau furnizorul de produse și servicii medicale, sanitare sau farmaceutice*”. Mediarea declanșată după începerea cercetării disciplinare (se deduce din text că pentru o faptă considerată caz de malpraxis), are ca efect suspendarea cercetării disciplinare, fapt discutabil, în opinia noastră.

12. Soluția propusă la **art. 73 alin. (2)**, potrivit căreia dispozițiile *Legii nr. 192/2006* se aplică „*și în medierea conflictelor de drepturi de care părțile pot dispune în cadrul conflictelor de muncă*” trebuie să țină cont de faptul că pentru medierea conflictelor de muncă există o procedură specială, specifică dreptului muncii, cu reguli proprii, competența aparținând unor mediatorii numiți anual de ministrul muncii, familiei și protecției sociale, cu acordul Consiliului Economic și Social, în condițiile stabilite de *Legea privind soluționarea conflictelor de muncă nr. 168/1999, cu modificările și completările ulterioare*.

III. Punctul de vedere al Guvernului

Având în vedere considerentele menționate, **Guvernul nu susține adoptarea acestei propuneri legislative.**

Cu stimă,



Emil BOC

Domnului senator **Mircea Dan GEOANĂ**
Președintele Senatului