

Av. dr. Dumitru A.P. Florescu
Baroul București

Dr. Adrian Bordea
Judecător la Înalta Curte de Casație și Justiție

MEDIEREA

Universul Juridic
București
-2010-

Editat de **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Copyright © 2010, **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin

S.C. Universul Juridic S.R.L.

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al
S.C. Universul Juridic S.R.L.

**NICIUN EXEMPLAR DIN PREZENTUL TIRAJ NU VA FI
COMERCIALIZAT DECÂT ÎNSOTIT DE SEMNĂTURA ȘI
STAMPILA EDITORULUI, APLICATE PE INTERIORUL
ULTIMEI COPERTE.**

**Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României
FLORESCU, DUMITRU ANDREI PETRE**

Medierea / av. dr. Dumitru A. P. Florescu, dr.

Adrian Bordea. - București : Universul Juridic, 2010

ISBN 978-973-127-422-5

I. Bordea, Adrian

316.4

REDACȚIE:

tel./fax: **021.314.93.13**

tel.: **0732.320.665**

e-mail: **redactie@universuljuridic.ro**

DEPARTAMENTUL

telefon: **021.314.93.15; 0726.990.184**

DISTRIBUȚIE:

tel./fax: **021.314.93.16**

e-mail: **distributie@universuljuridic.ro**

www.universuljuridic.ro

COMENZI ON-LINE,

CU REDUCERI DE PÂNĂ LA 15%

CUVÂNT ÎNAINTE

Prezenta lucrare constituie un prim pas important în abordarea aspectelor teoretice legate de instituția medierii în România. Lucrarea *Medierea*, apărută în Editura „Universul Juridic”, a fost realizată de un colectiv aflat sub coordonarea prof. dr. Dumitru Andreiu Petre Florescu. Autorii consideră medierea ca fiind o eficientă alternativă pentru soluționarea conflictelor și care antamează aspecte de principii teoretice și practice în actuala legislație.

Potrivit istoricilor, medierea a fost practică încă din cele mai vechi timpuri. Practicile din Grecia Antică și Roma Antică au adus un înțeles adecvat termenului de „mediere”. Instituția a fost utilizată cu succes în diferite tipuri de conflicte ca o alternativă la rezolvarea pe calea instanței de judecată.

În România, primul pas de ordin legislativ s-a făcut prin Hotărârea nr. 1052 din 4 septembrie 2003 privind aprobarea Strategiei de reformă a sistemului judiciar.

Mai mult ca oricând, medierea este un fenomen din ce în ce mai răspândit și este folosită cu un real succes fiind vorba despre mediere facultativă în care părțile consideră că este mai avantajos să apeleze la această formă de detensionare a unor raporturi sociale.

În lucrarea pe care o supunem atenției dumneavoastră, colectivul de autori încearcă să răspundă la întrebarea: „Este medierea o alternativă mai facilă de soluționare a conflictelor?”

Rezultatele studiului prezentat mă îndreptățesc să răspund afirmativ și să vă supun atenției metoda propusă de cunoaștere a tuturor factorilor interesați în aplicarea unei astfel de proceduri.

Prezenta lucrare acoperă un gol existent în peisajul juridic românesc, constituind un instrument util atât pentru profesioniștii dreptului, cât și pentru persoanele care doresc o alternativă viabilă la calea judiciară de rezolvare a conflictelor. De asemenea, lucrarea va constitui un instrument de lucru necesar și eficient și pentru studenții facultăților de drept.

Adresăm sincere felicitări atât autorilor, cunoscuți specialiști ai dreptului, cât și Editurii „Universul Juridic” pentru acest demers.

Dr. Gavril Iosif Chiuzbaian
Președintele Uniunii Juriștilor din România

I. INTRODUCERE

1. Determinismul medierii

Într-o lume a controverselor, generate de puncte de vedere de multe ori antagonice despre devenirea istorică, determinate de constatarea mecanismelor unor anumite ordini și de tendința explicării acestora, identificarea modalităților de dezvoltare permanentă a relațiilor sociale apare ca o necesitate.

Praxisul social-istoric a dezvoltat suplețea gândirii, depășind simpla contemplație senzorială, angajându-se la un raport cognitiv și axiologic mai strâns cu realitatea, conștientizând că trecerea de la un sistem la altul se realizează, numai într-un proces dialectic, prin destructurare urmată necesar de restructurare.

Istoria apare în multiplele legături în care nimic nu rămâne cum a fost și ceea ce a fost, ci totul interacționează devine și dispare în mod determinat. Pentru G. Bachelard practica socială nu poate fi concepută fără finalitate. „Realitatea se continuă și se prelungește în realizare”.

În acest context, preocupările majore instituite de necesitatea dezvoltării procesului social-istoric se exprimă prin noi tendințe de formalizare și matematizare cu scopul încercării unui limbaj și a unor metode structurale general acceptate, cât mai obiective, caracteristice reconsiderării practicii și capacităților umane de intervenție, axate pe recunoașterea și compararea diferențelor, prefațând transformările posibile în așa fel încât raportul element-sistem să rămână stabil și atunci când elementele sunt supuse variației.

Progresele științei, cu deosebire a secolelor XVII-XVIII, au avut ca efect imediat în reflecția gnoseologică, preocupări în elaborarea normativ-metodologică, teza comunității internaționale căpătând valențe ontologice și axiologice neașteptate, ca rezultat al recunoașterii fenomenului social. Analiza critică a procesului cognitiv este expresia experienței oricărui domeniu de activitate și, ca reflecție asupra cunoașterii, are în vedere întreaga experiență și practica social-istorică.

Considerațiile, chiar sumare asupra raportului faptă-normă, autentic-valoare abordează soluții iluzorii a încercărilor de edificare a modelului global și absolut al cunoașterii fenomenului social, în afara realităților social-istorice.

Dacă au apărut construcții logice explicative ale fenomenului gnoseologic, de la „Organonul”¹ lui Aristotel, la „Instauratio magna”² al lui Fr. Bacon sau „*mathesis univer-*

¹ Scrierile despre logică concepute, se pare, la începutul celor patru categorii de opere, au fost numite în perioada bizantină „organon” și se referă la analiza legilor gândirii pe care Aristotel a numit-o „analitică”. În concepția sa, formele de exprimare numite „categorii” (substanța, cantitatea, calitatea, relația reciprocă, locul, timpul, poziția, influențele și acțiunea) nu sunt suficiente, ci trebuie descoperit procedeul logic de combinare a categoriilor în judecăți concrete, adică silogismul ca forma tipică a raționalismului, în care dintre cei trei termeni ai judecății unul, „termenul mijlociu” face legătura între ceilalți doi. Acesta este raționalismul deductiv sau silogismul, la care Aristotel adaugă raționalismul inductiv – inducția (epagoge) pornește de la enumerarea cazurilor particulare sensibile, pentru a ajunge la esența, concepută ca formă nesensibilă.

² Rămasă neterminată, opera filozofului renescentist despre logică este opusă concepției aristotelice. Pentru Fr. Bacon metoda cunoașterii este experiența, cercetarea voită și metodică a naturii prin simțuri, opusă discuțiilor despre noțiuni, care nu au niciun rezultat practic. Cunoașterea este o imagine a realității cu condiția să pornească de la înregistrarea exactă a faptelor prin observare și experiență pentru a se ridica treptat și cu prudență la adevăruri generale printr-un procedeu logic numit inducție. Este ceea ce, puțin mai târziu, John Locke, dezvoltând concepția epicureeană despre gnoseologie,

salis”¹ pentru Descartes, deosebiri între formele logice, metodologice, psihologice sau epistemologice, s-au dezvoltat odată cu teoriile raționaliste ale lui Leibnitz² și Kant³, continuând cu conceptul de acțiune pentru Hegel și până în prezent cu libertatea ca dat ontologic pentru J.P. Sartre sau stadiile dezvoltării pentru J. Piaget, toate conducând către o posibilă concluzie: mecanismul exterior și interior al determinațiilor sociale sunt realizate într-un proces complex de către individ și grupul social din care face parte.

În analiza sistemică a mediului social, a raportului între membrii societății sau individ-societate, cu conotațiile cognitiv-axiologice amintite, chestiunea conflictului perceput la nivel individual, aduce în discuție determinismul medierii.

întemeia idealul senzorialist al cunoașterii: „nihil est in intellectu quod non fuerit in sensu”.

¹ Raționalismul cartesian caută adevărul în „rațiunile sigure și evidente” ale geometriei analitice unde formele de expresie sunt (precum, în parte, la Aristotel) mărimi, cantități și raporturi. Matematica este modelul oricărei științe; orice cunoștință se exprimă în forma, ca o singură inteligență creatoare, a matematicii universale care reprezintă triumful rațiunii, al inteligenței constructive. Deducția sau demonstrația ca metode matematice coboară de la axiome sau principii evidente prin ele însele, la adevăruri particulare și sensibile. Cu toate acestea, demonstrația sau deducția matematică nu se confundă cu silogismul aristotelic chiar dacă ambele pornesc de la principii către consecințe particulare. Raționalismului deductiv i se adaugă metoda inductivă cel puțin pentru a controla rezultatul matematic.

² Pentru G.W. Leibnitz concepția aristotelică (de combinare a categoriilor) este adevărată în metafizică, iar raționalismul cartezian este adevărat în fizică, ele completându-se în explicarea celor două laturi ale aceleiași lumi.

³ În Critica rațiunii pure, Kant distinge între „lucrul în sine” care este necunoscut și aparența lui „fenomenul”, adică forma pe care omul o simte. Realitatea pentru a fi cunoscută trebuie să treacă prin structura spiritului și în această trecere se deformează devenind din realitate un fenomen, o imagine în om și pentru om, adăugându-se la activitatea rațiunii pure care face posibilă „experiența în genere”, dincolo de „experiența sensibilă”.

Un posibil răspuns are în vedere raporturile dintre membrii societății și dezvoltarea lor într-un cadru structurat al unei societăți în continuă devenire, cu legile proprii de dezvoltare conexe indisolubil cu realitățile universale ordonate de legi naturale și norme sociale; iar medierea, mai mult ca alte abordări, are componenta ontologică și axiologică primordială, în raport cu care legitimează și conferă validitate oricărei forme de cunoaștere a unora dintre conflictele societății¹, a individului și a raportului societate-individ, la un moment dat.

Ierarhizarea valorilor umane nu poate fi decisă arbitrar, după bunul plac al individului; ea este determinată de reflectarea cognitivă a relațiilor la care se referă. „Orice valoare este inseparabilă de o activitate de selecție, care chiar dacă nu are sens decât pentru mine, operează distincții între diferitele forme ale realului, după gradul lor de finalitate și înrudire cu noi. Nu există valoare decât acolo unde începe a se introduce în real parțialitatea”².

Dar pentru evaluarea unei stări date, simpla informare este necesară, dar insuficientă prin ea însăși pentru a contura unitar un profil uman; momentul gnoseologic precede și condiționează momentul axiologic, valoarea consacrand postulatul cunoașterii. „Întotdeauna atitudinea față de lumea socială este explicativă, raportată la legile și însușirile acesteia, dar și transformatoare, raportată la propriile nevoi. În aceasta rezidă izvorul unității dintre gnoseologie și axiologie prin care se caracterizează orice fapt social”³.

Conceptul unui nou sistem care să guverneze raporturile individuale caracterizate de evaluări arbitrare fără analiza în detaliu a conținutului lor, poate conduce la obscurantism și

¹ Este vorba despre conflictele privind statutul persoanei și a oricăror alte drepturi de care titularii lor pot dispune prin tranzacții.

² L. Lavelle, *Traite de la valeur*, 1951 p. 186.

³ Al. Tănase, *Cultură și civilizație*, 1977. p. 52.

impreviziuni de natură a-l contesta. În acest raport voința apare ca o cauză primară, capabilă să arbitreze și să efectueze orice alegere între alternative neechivalente, devenind propriul ghid ce are pretenția de a se sustrage de la orice determinații necesare, pentru a decide să facă sau să nu facă ceva. „Se poate concepe libertatea sub aspectul liberului arbitru, ca fiind puterea absolută de a alege între ceea ce apriori este considerat bine sau rău”¹.

Determinarea naturii sociologice a unei instituții cum este aceea a medierii, presupune, primordial sesizarea procesului de apariție, urmată de dezvoltarea ei generică. „Căci lucrul nu este epuizat în scopul său, ci în dezvoltarea sa; fără ca rezultatul să constituie întregul real, ci numai împreună cu devenirea lui”².

Exceptând perioada antică, unde domeniul medierii era nesemnificativ conturat de limitele libertății de voință într-o manifestare exclusivă a dreptului privat, evoluția socială a absorbit domeniului de aplicare și instituții ale dreptului public, cu o impetuoasă dezvoltare contemporană în sfera dreptului internațional, care însă nu vor face obiectul analizei prezentei lucrări. În dreptul internațional, medierea a fost utilizată, cu valențele de comunicare și negociere începând cu secolul XVII, ca fiind una din funcțiile ambasadorului.

În Convenția de la Haga din 18 octombrie 1907, la Titlul 2, art. 2, se precizează că nu se va recurge la arme înainte de

¹ M. Glansdorff, *Les determinants de la theorie generale de la valeur*, 1966, p. 67.

² G. W. F. Hegel, *Fenomenologia spiritului*, București, 1965, p. 19. Meritul esențial al autorului este că a introdus în filozofie, ca principiu universal de explicație noțiunea de evoluție – evoluția eternă a ideii suprasensibile. Gândirea pură, apriori, lipsită de intuiția sensibilă, prin propria mișcare produce evolutiv și necesar Natura care se regăsește pe sine sub forma spiritului. Spiritul se mișcă dialectic de la spiritual subiectiv izolat în individ în care începe a se afirma (teza) trece în spiritual obiectiv, social, colectiv (antiteza) pentru a se regăsi împăcat cu sine în spiritul absolut (sinteza).

medierea conflictului. Când izbucnesc conflicte, Națiunile Unite trimit un mediator pentru a aduce părțile beligerante la masa negocierii. Forța medierii vine din însăși absența puterii. Referindu-se la medierea ministrului norvegian John Holst în conflictul dintre Israelieni și Palestinieni în 1993, s-a concluzionat că medierea „a reușit acolo unde marile puteri eșuaseră prin forța paradoxală a absenței puterilor”.

Libertatea de expresie, dincolo de aderarea pasivă și de indiferența la nivelul opțiunii, între alternative ale posibilelor valori, este de esența instituției pe care încercăm să o deslușim, integrată inalienabil într-un sistem social dinamic evolutiv, al căror elemente sunt legate prin forțe diferite de coeziune și care oferă răspunsuri întrebărilor fundamentale.

Fie că este definită ca un dat ontologic, o structură constitutivă și inalienabilă a omului bazată pe experiența trăită (în teoria existențialismului), fie ca un proces realizat de mecanismul interior și exterior la determinațiile sociale de către individ (într-o teorie materialistă), libertatea de expresie constituie câmpul în care se poate manifesta omul eliberat de constrângeri, în demersul de a domina legile naturii, dar și pe cele care guvernează propria natură, condiția *sine qua non* a cunoașterii necesității, a alegerii, a deliberării și a deciziei. Cu toate acestea, orgoliul voinței umane de a se erija în cauza primară, în desconsiderarea determinismului universal, este modelul negativ al unei libertăți imaginare, dependentă numai de necesitate, redusă la momentul cognitiv ce ignoră capacitatea axiologică de adeziune la promovarea idealurilor. Citându-l pe Schopenhauer, Hegel afirma că „omul este liber să vrea ceea ce vrea, dar nu e liber să facă ceea ce vrea”¹.

Omul este o ființă valorizatoare gata să asigure în acțiunea sa rezultatele și scopurile urmărite, nedisociind practica social-istorică, ca reductibilă la natura inertă, asigurându-se de un

¹ Hegel, *op. cit.*, p. 334.

sistem deschis în care ierarhizările pot fi posibile între valori de același tip, determinate de reflectarea cognitivă a relațiilor pe care le generează.

În domeniul particular al dreptului – fie privat, fie public –, determinanta gnoseologică o constituie armonia, preocuparea majoră pentru concordanța între practică și certitudinea juridică, dispozițiile susceptibile a fi aplicate având prioritate numai dacă rezultatele urmărite conduc la aceasta. Realizarea armoniei trebuie să fie urmată de respectarea tuturor valorilor corespunzătoare câmpului de aplicare normativ pentru realizarea protecției previziunii justificate, într-o ordine determinată, în care dualitatea conduitei individ-societate se armonizează, sau trebuie să se armonizeze în favoarea socialului, prin funcția axiologică în cadrul căreia valoarea morală este definitorie. Structurarea axiologicului moral în determinismul social, dovedește o dinamică și o autonomie care „implică în același timp forme elaborate de subiect și o ajustare continuă a acestor forme la datele experienței”¹.

În contradicție, lipsa de armonie constituie o regretabilă stare, un eșec al predictibilității și certitudinii suportate de individ, pe care autoritățile statale sunt nevoite a o rezolva surprinzând reformarea sistemelor.

Soluția cea mai sigură, însă, o reprezintă armonizarea prin voința participanților la raporturile sociale care să urmărească promovarea valorilor esențiale, înțeleasă a posteriori, numai luând în considerație componenta umană a devenirii, a permanentei interacțiuni și transformări a individului și societății pentru care ignorarea capacității fundamentale de acțiune a omului rămâne o teorie idealistă, concepută în afara dinamismului social. „Orice relații dintre oameni presupun, în mare, două tipuri de raporturi: de constrângere și de cooperare, prima

¹ J. Piaget, *Psychologie et pedagogie*, 1972, p. 140.

implicând un element de respect unilateral, de autoritate și de prestigiu, a doua un simplu schimb între egali”¹.

Acceptarea liber consimțită a regulilor apare derivând din caracterul necesar obiectiv al structurării axiologice a societății în care se conturează obligativitatea morală care marchează trecerea la libertatea reală a relațiilor. Acest modus în rebus definește expresia singularului valoric moral al personalității, obligativității integratoare acceptate care concepe omul ca fiind de esență socială, căruia îi sunt aplicate regulile prestabilite de ordinea socială.

În această abordare, conflictul apare în componenta morală ca o reflectare negativă a valorilor acceptate, încălcarea a regulii cu efect ilegitim, al acțiunii ce ignoră continuitatea într-o societate stabilă. Cu toate acestea, societatea își exprimă și determină structurile de bază economice și instituționale ale prezentului istoric, dar simultan își prezintă și momentul devenirii ulterioare, în cadrul unei ordini viitoare, în care însă elementele de continuitate sunt indisolubil legate de ceea ce este peren, universal, legitim pentru om. Expresia continuității valorilor definește stabilitatea devenirii istorice și condiționează evoluția socială prin coordonate existențial imuabile, confirmând dialectica continuu-discontinuu în istoria umanității.

Tratarea conflictului în perspectiva libertății de voință nu se reduce la momentul cognitiv al fenomenului, ci presupune o opțiune axiologică mereu deschisă la rezultatele și valorile urmărite, subiectivizând-o prin aderarea individului la propria sa substanță spirituală, la responsabilitatea acțiunii necesare realizării unui ideal moral specific atitudinii omului.

O altă dimensiune tratată în domeniul conflictual o constituie comunicarea, realizată ca valoare formativ-culturală, amplificată prin circulație și integrare în universul spiritual al gândirii colective.

¹ J. Piaget, *Le jugement morale chez l'enfant*, 1932, p. 18.

Finalitatea umanistă determinată în societate de procesul activității sociale se realizează prin comunicare; valorile spirituale există ca valori care se integrează în universul spiritual, cu statutul formativ, prin circulația informației percepută de societate, devenind astfel o componentă a cunoștințelor individului și a societății. În silogismul promovat, demonstrația este dată de gradul de asimilare și calitatea criteriilor de selecție apreciată de condiția socială a majorității membrilor. „Fiecare societate dispune de un anumit potențial de energie creatoare, de talent și geniu, dar pentru valorificarea lui sunt necesare un mediu social-cultural corespunzător, anumite condiții prielnice”¹.

Procesul cognitiv, definitiv pentru comunicare, este intrinsec, presupunând prezența colectivă a membrilor societății în procesul de asimilare și transformare a valorilor istorice, realizându-și funcția moral-formativă, cu efecte imediate în normele și imperativele conștiinței sociale.

Rolul comunicării este stimulat în acțiunea de selecție care se exercită la nivel individual și social; ierarhizează și conservă valori, actualizează informația prin transmiterea de la un sistem la altul, eficientizând procesul de sinteză al acestora în raportul vechi-nou, cu condiția esențială de a stimula libertatea de expresie, de a nega disocierea arbitrară a individului de societate care devalorizează și lipsește de importanță opțiunea acestuia. „Departa de a dori să denigrăm cultura mecanică Gutenberg, cred că trebuie să muncim din răspuțeri pentru a păstra valorile realizate de ea... conștientizând efectele negative ale unor forțe comunicaționale create de noi, atunci când se impun tiranic, unilateral, când nu se corelează cu alte forțe, sărăcind experiența psihică sau culturală separând și izolând ceea ce în realitate este unit”².

¹ Al. Tanase, *op. cit.*, p. 95.

² Marshall McLuhan, *Galaxia Gutenberg*, 1975 p. 225- 226.

2. Conciliere directă și mediere

Am asociat conținutului noțiunii de mediere, libertatea identificată cu liberul arbitru, reprezentată de opțiunea volitivă între alternative neechivalente de evaluare, capabilă să arbitreze în raport de propriile valori orice alegere pozitivă concordantă valorilor recunoscute.

Încercând a evita antepunerea asupra definițiilor, raportul mediere-conciliere antamează, într-o oarecare măsură, structura fiecărei instituții, caracterele acestora putând fi confundate în măsura în care abordăm o evaluare strict formală, în afara dreptului ca știință.

Concilierea, în accepțiune vulgară, general stabilită și acceptată apare ca un mijloc de rezolvare a diferendelor dintre două sau mai multe părți (persoane fizice sau juridice sau chiar state), modalitate de înlăturare a divergențelor, acord de împăcare, manifestare multilaterală de voință de a stinge un litigiu fără intervenția unei persoane neutre.

Într-o abordare din perspectiva instituției juridice de drept privat, concilierea reprezintă o măsură procesuală obligatorie înainte ca partea să apeleze la forța publică a statului, în litigiile a căror natură este administrativă, sau comercială ce au obiect evaluabil în bani.

Fără a intra în analiza aprofundată acestei instituții, sunt necesare câteva precizări de esență, în afara cărora dualismul mediere – conciliere nu poate fi explicat.

Prevederile generale, consfințite în art. 720¹ C. pr. civ. condiționează acțiunea comercială evaluabilă în bani de încercarea de soluționare prin conciliere directă, în care scop, reclamantul este obligat să convoace partea adversă prin orice mijloc de comunicare (scrisoare, telegramă, fax, telex, e-mail), arătându-i în scris pretențiile sale, temeiul legal, actele doveditoare pe care

se sprijină, iar rezultatul consemnându-se într-un înscris în care sunt arătate punctele de vedere ale părților.

Caracterul imperativ al dispozițiilor citate a fost controversat dezbătut în doctrină¹ și confirmat în jurisprudență, statuându-se soluția respingerii acțiunii pentru neîndeplinirea procedurii prealabile.

Coexistența caracterului imperativ și, totodată, supletiv al normei analizate este condiționată de efectele dorite de legiuitor atunci când reglementarea se referă la transmiterea temeiului legal ori a tuturor actelor doveditoare, sau la respectarea strictă a termenului de 15 și respectiv 30 de zile, situații în care partea ce invocă neregularitatea trebuie să dovedească faptul că i s-a produs o vătămare. Cu evidență transpare astfel caracterul absolut al nulității în condițiile neîndeplinirii procedurii, coexistând caracterului relativ al sancțiunii pentru nerespectarea celorlalte mențiuni ale textului, citate mai sus.

Domeniul de aplicare al concilierii este diferit de cel al medierii, prima adresându-se litigiilor de natură comercială², pre-

¹ A se vedea M. Tăbărcă, Gh. Buta: *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, 2007. p. 1523 și urm.; I. Leș: *Procedura de soluționare a litigiilor comerciale*; D. Ungur, *Considerații în legătură cu rezultatul concilierii în materie comercială*. În această ultimă lucrare s-a apreciat că „nu se poate susține îndeplinirea procedurii concilierii directe... în cazul în care în înscrisul despre rezultatul concilierii nu se regăsesc arătate toate pretențiile reclamantului, deoarece înscrisul cuprinzând rezultatul concilierii constituie finalitatea procedurii”.

² Prevederile art. 6 C. com. au stabilit natura comercială a actelor săvârșite într-un raport în care chiar și numai una dintre părți este comerciant, cu condiția ca actele să nu fie de natură civilă astfel cum sunt arătate în art. 4-6 C. com. Textul prevede că „dacă un act este comercial numai pentru una dintre părți, toți contractanții sunt supuși, cât privește acest act, legii comerciale, afară de dispozițiile privitoare la persoană, chiar a comercianților, și de cazurile în care legea ar dispune altfel”. Este vorba de așa-numitul act unilateral sau mixt de comerț.

cedând cererea de chemare în judecată¹ în fața instanțelor statale și în același timp exclusă jurisdicției private – arbitrajului. „În timp ce procedura încercării de rezolvare amiabilă poartă amprenta arbitrajului privat, dominat de libertatea contractuală a părților, de simplitate, flexibilitate și celeritate, procedura prevăzută de art. 720¹ C. pr. civ. poartă amprenta contenciosului judiciar, care este supus unor reglementări legale mai formaliste, mai amănunțite și, de regulă, imperative care inevitabil îngreunează și lungesc procesul. Așa fiind, chiar dacă au unele trăsături comune și urmăresc aceeași finalitate, ele se aplică strict contenciosului pentru care au fost edictate, fără ca în lipsa unei înțelegeri a părților sau a unei dispoziții legale să se aplice una în locul celeilalte. Împrejurarea că o dispoziție specială, cum este art. 720¹ C. pr. civ., are caracter imperativ, nu justifică *ipso facto* aplicabilitatea ei dincolo de contenciosul pentru care a fost edictată.”

O procedură prealabilă este prevăzută și în legi speciale care reglementează domeniul valorificării activelor bancare – Legea nr. 409/2001² –, al transporturilor pe căile ferate – O.G. nr. 7/2005³ –

¹ Jurisprudența a statuat asupra inadmisibilității încercării de conciliere în timpul judecării: împrejurarea că după ce instanța de fond a pus în vedere reclamantei să prezinte dovada concilierii directe, aceasta a depus dovada de convocare la o dată ulterioară introducerii acțiunii, este lipsită de relevanță, întrucât convocarea nu s-a efectuat prealabil introducerii acțiunii așa cum impugne dispozițiile art. 720¹ C. pr. civ. (dec. 585/2003 C.A. Galați).

² Potrivit art. 46 din lege, reclamantul este obligat să comunice cererea, actele pe care se bazează, eventual interogatoriul, prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire, înainte de depunerea acestora în instanță. Judecătorul nu va primi cererea fără dovada privind îndeplinirea obligației de comunicare.

³ Art. 64 din ordonanță prevede că în toate cazurile în care se aplică prezentul regulament, orice acțiune privind răspunderea cu orice titlu, poate fi exercitată împotriva operatorului de transport feroviar și a altor persoane pentru care operatorul răspunde după depunerea unei reclamații administrative, motivate, obligatorii adresate operatorului în termen de 3 luni de la încheierea contractului de transport, care să aibă anexate duplicatul scrisorii de trăsură și celelalte acte doveditoare necesare pentru justificarea reclamației.

sau contenciosul administrativ – Legea nr. 554/2004¹ –, având specificat câmpul de aplicare cât și condiții și modalități concrete de acțiune.

Astfel structurată, concilierea a fost definită de Curtea Constituțională² ca o procedură extrajudiciară „prin care legiuitorul a urmărit să transpună în practică principiul celerității soluționării litigiilor dintre părți și să degreveze activitatea instanțelor de judecată... rolul normei procedurale fiind acela de a oferi părților posibilitatea de a se înțelege asupra eventualelor pretenții ale reclamantului fără implicarea autorității judecătorești competente”. Ea își manifestă rolul de sine stătător în demersul procesual judiciar, instituit prin norme obligatorii, de la care acordul de voință al părților nu poate deroga.

Cu toate acestea, procedura concilierii directe, sau altfel spus a încercării părților de a soluționa litigiul fără intervenția autorității statale, are, în scopurile pentru care a fost edictată, aceeași finalitate ca și medierea: stabilirea unor punți de legătură în diferendul creat, care să mulțumească părțile și să conducă la soluționarea amiabilă a unui conflict!

Într-o prezentare generală, chiar înainte de a încerca să dezvăluim mai în detaliu instituția, medierea se caracterizează prin aceleași coordonate structurale analizate succint în cazul

¹ Prevederile art. 7 din lege stabilesc obligația persoanei care se consideră vătămată într-un drept la sau într-un interes legitim, ca înainte de a se adresa instanței de contencios administrativ să solicite autorității publice emitente, în termen de 30 de zile de la data comunicării actului, revocarea în tot sau în parte a acestuia... Plângerea prealabilă în cazul actelor administrative unilateral se introduce și peste termenul prevăzut la alin. 1, dar nu mai târziu de 6 luni de la data emiterii actului.

² Deciziile nr. 459/2006, nr. 527/2006, nr. 599/2006 pronunțate de Curtea Constituțională. S-a statuat că norma procedural nu reprezintă o încălcare a liberului acces la justiție, în accepțiunea prohibită de normele constituționale întrucât partea interesată poate sesiza instanța de judecată cu cererea de chemare în judecată.

concilierii directe și care au drept finalitate evitarea unui proces judiciar.

Specific medierii, în opoziție cu procedura concilierii, este însă caracterul supletiv al acesteia. Astfel, nu există obligația legală ca înainte de introducerea unei cereri în justiție să se realizeze încercarea de soluționare amiabilă a conflictului, iar instanțele judiciare nu vor putea refuza soluționarea pricinii pe motivul neîndeplinirii unei proceduri prealabile.

Apare, așadar, în reprezentarea părților, adică sub aspect volitiv, opțiunea de a evita o procedură costisitoare, cu un grad sporit de imprevizibilitate a rezultatului și deseori anevoioasă – cum este cea judiciară – în favoarea uneia mult mai suplă și mai dinamică antamând cu prioritate interesele particulare, care se adresează unui demers specific valorilor social-umane, înțelegerea și atașamentul față de grupul social din care face parte.

Caracterul supletiv al normelor de reglementare a medierii, relaxează procedura, acordând părților posibilitatea soluționării amiabile a conflictului chiar și după sesizarea instanțelor de judecată. Astfel, în cazul pricinilor pendinte, fie civile (*lato sensu*), fie penale (care privesc infracțiuni pentru care retragerea plângerii sau împăcarea părților este posibilă), instanța de judecată va recomanda soluționarea prin mediere a conflictului și va putea suspenda soluționarea la cererea părților.

Prezența unei terțe persoane, calificate, cu rolul esențial de a înlesni comunicarea între părțile aflate în conflict și de a oferi acestora oportunitatea unui acord reciproc convenabil reprezintă o nouă caracteristică, specifică medierii.

Mediatorul, persoană calificată, angajată contractual, flexibilă și aptă prin calitățile sale să faciliteze dialogul dintre părțile aflate în conflict, prin tehnici și metode specifice negocierii, este personajul central, motivațional, indispensabil procesului rezolvare amiabilă a conflictului.

Acesta este de altfel motivul pentru care am propus un capitol distinct de analiză a instituției medierii, în care atitudinea în abordarea conflictului pare de esența libertății mediatorului.

Calitățile personale ale mediatorului, complinite de educația acestuia, a devenit esențială în condițiile extinderii câmpului de aplicare a instituției medierii dincolo de rezolvarea unor diferite interpersonale, când în conflict apar grupuri sociale sau întreprinderi. „Acești practicieni abili sunt capabili să discearnă înțelegeri potențiale, știu exact când să vorbească, pe ce ton să vorbească, să recunoască când umorul ar fi de ajutor și să facă oamenii să ajungă la un acord. Ei sunt „virtuozii” profesiei. Asemenea abilități și capacități vor fi mereu necesare, mai ales în rezolvarea anumitor tipuri de conflict.”¹

3. Medierea conflictelor de interese – instituție de dreptul muncii

Reglementarea conflictelor de muncă în general, a atras atenția, într-o succesiune normativă relativ stabilă, asupra unor modalități speciale de soluționare a acestora². Legiuitorul în pozițiile speciale din acte normative cum este Legea nr. 168/1999 privind soluționarea conflictelor de muncă, a făcut referire la calitatea de mediator, sau a făcut trimitere la medierea conflictelor.

Procedura medierii reglementată de această lege este o procedură specială, de dreptul muncii, cu reguli proprii, competența aparținând unor mediatori numiți anual de ministrul muncii și solidarității sociale, cu acordul Consiliului Economic și Social.

¹ G. Billikopf, *Party-directed mediation*, 2004, part I, p. 3.

² Apariția Legii nr. 15/1991, apoi a Legii nr. 168/1999, au condus la abrogarea prevederilor art. 174-179 din Codul Muncii anterior, și au creat un cadru normativ de soluționare a conflictelor de muncă, prin care s-a încercat armonizarea cu normele adoptate după decembrie 1989.

Codul muncii include (art. 248) în categoria conflictelor de muncă litigiile intervenite între partenerii sociali, în raporturile de muncă. Astfel, caracterul deosebit al conflictelor de muncă este dat de calitatea părților, de salariați și angajatori, dar și de contextul în care intervine litigiul, anume, în desfășurarea unui raport de muncă.

În forma actuală, legislația muncii clasifică conflictele de muncă în două categorii: conflicte de interese, definite ca acele conflicte care au ca obiect stabilirea condițiilor de muncă cu ocazia negocierii contractului colectiv de muncă (art. 4 din Legea nr. 168/1999), adică acelea care apar între salariați și angajatori în legătură cu nașterea, desfășurarea sau stingerea negocierilor colective în scopul încheierii contractului colectiv de muncă; și conflictele de drepturi ce au drept obiect exercitarea unor drepturi sau îndeplinirea unor obligații decurgând din legi, sau alte acte normative, precum și din contractele colective sau individuale de muncă (art. 5 din lege). Clasificarea nu prezintă numai un interes teoretic. Ea are în vedere în primul rând o specificitate a soluționării, legată de o procedură jurisdicțională specială.

Încercarea de definire a conflictului de interese, care preocupă de fapt instituția medierii, determină o caracteristică esențială, aceea că nu izvorăște din încălcarea unui drept déjà existent, ci din interesul consacării unor anumite drepturi în contractual colectiv de muncă¹. Rezultă, așadar, că părțile într-un astfel de conflict sunt salariații, reprezentați de structuri profesionale (precum sindicatele) și angajatorii sau patronatele, în formele structurate de acestea, iar declanșarea conflictului de interese este posibilă când întreprinderea refuză începerea negocierilor unui nou contract colectiv de muncă, când refuză nejustificat semnarea acestuia, când nu acceptă revendicările sala-

¹ În acest sens a se vedea I.T. Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, 2007, p. 682 și urm.