

Ana-Maria MIHĂLCESCU

Contractul de parteneriat public-privat

Universul Juridic

București

-2013-

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

Copyright © 2013, **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 ÎNSOȚIT DE SEMNĂTURA ȘI
ȘTAMPILA EDITORULUI, APLICATE PE INTERIORUL ULTIMEI
COPERTE.**

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României

MIHĂLCESCU, ANA-MARIA

Contractul de parteneriat public-privat / Ana-Maria

Mihălcescu. – București : Universul Juridic, 2013

Bibliogr.

ISBN 978-973-127-869-8

347(498)

REDACȚIE: tel./fax: **021.314.93.13**

tel.: **0732.320.666**

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

DEPARTAMENTUL tel.: **021.314.93.15; 0726.990.184**

DISTRIBUȚIE: fax: **021.314.93.16**

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

www.universuljuridic.ro

COMENZI ON-LINE,

CU REDUCERI DE PÂNĂ LA 15%

Partea I

Noțiuni introductive

Capitolul I

DISTINCȚIA DREPT PUBLIC – DREPT PRIVAT

Secțiunea 1

Apariția statului și a dreptului în sistemul puterii

O problemă amplu dezbătută și mereu actuală este aceea de a ști dacă dreptul este un dat al naturii ori este o creație istorică, un fenomen. Dreptul, ca și statul, nu a apărut ca un dat din afara societății omenești¹, el este un fenomen social-istoric, care se află într-o permanentă încercare de ordonare a relațiilor sociale. Între cele două concepte – *drept* și *stat* – există o legătură de necontestat, ele găsiindu-se într-un raport de interdependență și de influențare neîntreruptă². Apariția statului a creat premisele apariției dreptului, pentru ca prin intermediul dreptului statul să progreseze și să se consolideze³.

Între sistemul juridic și cel al statului apare o interdependență, dar cu precizarea că dreptul poate ființa independent de stat, el având capacitatea de a limita statul⁴.

¹ Societatea este un fapt natural, apărută din nevoia firească și permanentă pe care o au oamenii, unii față de alții. Omul este legat de ceilalți oameni, el are nevoie de a se asocia și din această asociere apare colectivitatea umană, societatea. *Georgio Del Vecchio*, *Lección de filosofie juridică*, Ed. Europa Nova, București, 1994, p. 267.

² A se vedea I. Corbeanu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2008, p. 5.

³ Mircea Djuvara argumenta că istoricește sistemul dreptului e anterior sistemului etatic, că acesta e organ reprezentativ al conștiinței juridice a unei societăți, pe care o formulează în norme.

Teoria juridică asupra statului, promovată de Hans Kelsen, argumentează că statul e ordine de drept, personificare a normelor juridice care îl organizează, iar statul suveran este suprema ordine de drept (considera Leon Duguit).

⁴ În acest sens, a se vedea Gh. Mihai, R. Motica, *Fundamentele dreptului. Teoria și filosofia dreptului*, Ed. All Beck, București, 1997.

Dezvoltarea societății omenеști a confirmat dictonul *ubi societas ibi jus*¹, iar evoluția societății este indisolubil legată de dezvoltarea ei socială și economică, care a fost posibilă datorită existenței unei ordini sociale, apărută și formată cu ajutorul normelor de drept.

Oamenii se nasc liberi și egali în drepturi și obligații², iar dreptul, deși le reduce într-o anumită măsură tocmai această libertate, de fapt îi protejează și îi eliberează în alte direcții. Statul a apărut tocmai pentru a oferi cadrul instituțional, care, pe de o parte, să legitimeze puterea, iar pe de altă parte să-i asigure realizarea și eficacitatea, iar puterea astfel instituționalizată să fie o putere etatică – puterea de stat.

Interpretările cele mai largi fac din *stat*³ un atribut al vieții în societate, un mod de organizare socială care acționează din clipa când cultura prevalează, o necesitate ce decurge chiar din esența naturii umane. El este identificat cu toate mijloacele ce permit crearea și menținerea ordinii în limitele unui spațiu determinat din punct de vedere social, este instrumentul prin care orice societate își asigură guvernarea.

Definițiile conceptului de stat pornesc de la ideea că ființele umane se asociază sub forma statului în vederea satisfacerii unui scop comun, diferențele care apar între aceste definiții privesc precizarea unui scop: libertatea tuturor membrilor grupului, sau binele, sau coexistența pașnică a membrilor grupului, sau obținerea puterii. Istoricul E. Meyer propune o definiție: „Forma dominantă a grupării sociale, care cuprinde în esența sa conștiința unei unități complete, ce se bazează pe ea însăși, o numim stat”. (*Histoire de l'Antiquité*, 1912)⁴. Criteriile de identificare a formei statale sunt: caracterul său totalizant, autonomia și puterea sa de dominație⁵. Considerat

¹ Unde este societate, acolo este și drept, I. Ceterchi, I. Craiovan, *Introducere în Teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1993, p. 5.

² În legătură cu aceste două concepte – drepturi și obligații – s-a desfășurat viața socială din cele mai vechi timpuri și până azi, conținutul și rolul lor delimitează societățile primitive de cele organizate statal. – conform C. Ionescu, *Instituții politice și drept constituțional*, Ed. Universitară, București, 2007, p. 15.

³ Cuvântul stat, în înțelesul pe care îl are astăzi, este de origine modernă. O adevărată teorie a statului, cu sensul pe care-l dăm azi termenului de stat, este fundamentată de Niccolo Machiavelli.

⁴ Cf. W. Koppers, *L'origine de l'État. Un essai de méthodologie*, în VI^e Congrès int. Sciences anthropol. et ethnol., t. II, vol. 1, 1963.

⁵ Statul se caracterizează prin trei aspecte principale: raportarea la un cadru spațial, la un teritoriu, consimțământul populației ce trăiește între respectivele granițe, existența de structuri organice mai mult sau mai puțin complexe care constituie baza unității politice.

principala instituție politică a societății, *statul*¹ este rezultatul unor prefaceri social-istorice, principala formă normală de organizare a societății politice² și, așa cum consideră Mircea Djuvara, „realitatea, desigur cea mai puternică și cea mai interesantă în drept, cea mai pasionantă de studiat”³.

Anibal Teodorescu definea statul ca formă superioară de societate omenească „învățată cu putere exclusivă de comandă asupra colectivității de indivizi așezați pe un teritoriu determinat, ce-i aparține”⁴, iar George Alexianu definea statul ca „o grupare de indivizi, reuniți printr-o legătură națională, ocupând un teritoriu determinat și fiind guvernați de o putere superioară voințelor individuale”⁵.

În concepția majorității autorilor, statul a fost definit într-un sens larg, cât și într-un sens restrâns, tehnico-juridic⁶. În primul sens, statul apare ca o societate organizată având un guvern autonom⁷, iar în cel de-al doilea se

¹ Cuvântul stat are origine latină și s-a format de la verbul *statuo*, care înseamnă „a pune, a așeza, a întemeia”, ulterior *status* dobândind o latură politică prin adăugarea unor atribute, cum erau *status rei romanae* sau *status rei publicae*.

A se vedea: I. Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, 2007, p. 201 și urm.; A. Iorgovan, *Drept constituțional și instituții politice. Teorie generală*, Ed. „Galeriile J.L. Calderon”, București, 1994, p. 136 și urm.; C. Ionescu, *Instituții politice și drept constituțional*, Ed. Universitară, București, 2007, p. 36; D. Mazilu, *Teoria generală a statului*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 67 și urm.; R. Motica, Gh. Mihai, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 63 și urm. și N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, 2002, p. 90 și urm.

² Ph. Ardant, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1990, p. 16.

³ M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului (Enciclopedia juridică)*, vol. I, Ed. Librăriei SOCEC, București, 1930, p. 105.

⁴ A. Teodorescu, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, ed. a III-a, Institutul de Arte Grafice „Eminescu” S.A., București, 1929, p. 24.

⁵ G. Alexianu, *Dreptul constituțional*, Ed. Librăriei SOCEC, București, 1926.

⁶ În acest sens, a se vedea A. Iorgovan, *Drept constituțional și instituții politice. Teorie generală*, Editura „Galeriile J.L. Calderon”, București, 1994; I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul român și dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006; I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. II, ed. a XIII-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009; C. Ionescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 2001; D.C. Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Științifică, București, 1997; G. Vrabie, *Organizarea politico-etatică a României*, Fundația pentru Cultură și Știință „Moldova”, Iași, Ed. „Cugetarea”, Iași, 1999; G. Vrabie, *Organizarea politico-etatică a României*, ed. a IV-a, revăzută și adăugită, Ed. Institutul European, Iași, 2004; C. Ionescu, *Instituții politice și drept constituțional*, Ed. Universitară, București, 2008; C. Călinoiu; V. Duculescu, *Drept constituțional și instituții politice*, ed. a IV-a, Ed. Lumina Lex, București, 2008; C. Ionescu, *Instituții politice și drept constituțional*, Ed. Universitară, București, 2007.

⁷ B. de Jouvenell, *Du pouvoir. Histoire naturelle de la croissance*, Hachette, Paris, 1972, p. 23.

prezintă ca „aparatură care conduce”, sistemul organizațional care înfăptuiește conducerea politică a societății. Acest sistem este reglementat juridic – statul fiind personificarea juridică a unei națiuni –, el realizând în mod suveran conducerea unui popor stabilit pe un teritoriu, în acest scop deținând monopolul creării și aplicării dreptului.

Statul poate fi definit și ca „o instituție având ca suport o grupare de oameni așezată pe un spațiu delimitat, capabilă de a-și determina singură propria sa competență și organizată în vederea exercitării unor activități care pot fi grupate în funcțiile: legislativă, executivă și jurisdicțională”¹.

Dumitru Mazilu consideră că „statul este principala organizație politică a societății, constituită pe un teritoriu delimitat, cu o populație proprie și o putere instituționalizată, având menirea să promoveze și să garanteze interesele generale ale societății respective”².

Scopul statului este diferit în concepția autorilor – pentru unii el este creat pentru a apăra libertatea și legea, pentru alții pentru a garanta drepturile naturale ale omului sau pentru a înlocui starea de natură cu starea civilă, sau pentru a asigura conducerea în favoarea unei minorități deținătoare a mijloacelor de producție, sau pentru a asigura bunăstarea cetățenilor săi, pacea și securitatea –, dar elementele care îl compun sunt, în mare, aceleași: un teritoriu, o populație și o autoritate publică (denumită în epocă suveranitate).

Originea dreptului se pierde în negura veacurilor și este cert că normele de conviețuire s-au cristalizat în cadrul practicii sociale, soluționând o serie de conflicte sociale, adică pe baza unor fapte repetate într-o formă identică timp îndelungat. Rudolf von Jhering considera că „dreptul nu a așteptat un legiuitor pentru a se constitui, dreptul obiectiv (adică legile) și drepturile oamenilor s-au născut din nevoile vieții, adică din fapte”³. Romanii, de exemplu, credeau în veșnicia dreptului, căci acolo unde există societate există drept – *Ubi societas ibi jus*; credința lor în veșnicia dreptului corespundea celei în veșnicia societății, și anume a societății romane și, bineînțeles, a dreptului roman. Majoritatea celor care cercetează dreptul – așa cum îl cunoaștem noi – sunt de părere că acesta nu poate exista decât concomitent cu structurarea politică a societății. Referindu-ne la realitatea juridică în

¹ T. Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice – tratat elementar* –, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 116.

² D. Mazilu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 77.

³ Gh. Mihai, R. Motica, *Fundamentele dreptului. Teoria și filosofia dreptului*, Ed. All Beck, București, 1997.

contextul societății primitive, observăm că viața comunităților primitive era condusă de un sistem de norme acceptat și respectat de membrii lor, iar aceste norme erau aplicate cu forța.

A determina cu precizie apariția dreptului este un lucru dificil. Cercetătorii consideră că în paleoliticul superior se poate vorbi de drept în datele lui esențiale: ordinea din interiorul grupului s-a impus, inițial, de la sine și, în mod imperativ, de la constituirea grupului, iar norma a urmat imediat, spre a consfinți și proteja această ordine. În schimb, modelarea juridică a realității sociale s-a creionat mai târziu, conștiința juridică apare din momentul în care omul primitiv a înțeles că este esențial pentru el să trăiască lângă ceilalți și tocmai acest trai în comun nu se poate realiza decât pe baza unui sistem eficient de reguli. „Dreptul este un fenomen social care-și pune amprenta asupra relațiilor sociale, fiind influențat de acestea. El introduce în viața socială reguli de conduită ce stabilesc drepturi și obligații pentru membrii societății”¹.

Răspunsul la întrebarea când a apărut dreptul² depinde de modul în care concepem dreptul: dacă el este echivalent oricărei reguli de conduită, dreptul apare nediferențiat de alte reguli de conduită din momentul apariției primelor forme de organizare socială, iar dacă considerăm că dreptul nu poate exprima decât nevoile sociale ale unei colectivități constituite în formă politică, atunci dreptul apare în anumite condiții social-istorice determinate, caracterizate prin diferențieri specifice societății politice. „Dreptul, spune marele Nicolae Iorga, nu este o ficțiune metafizică, ci o necesitate a lucrurilor, fără de care stabilitatea în legăturile dintre oameni nu se poate atinge”.

Odată cu apariția primelor forme de organizare au apărut și primele norme – în formă arhaică – transformate treptat în deprinderi, obiceiuri și tradiții, care s-au impus în societate. Aceste reguli de comportament colectiv au evoluat, s-au perfecționat și s-au adaptat ritmului evoluției societății. Se constituie încet, dar constant, un tip de norme de conduită care se detașează de restul normelor existente în societate, evidențiindu-se prin caracterul lor obligatoriu și prin instituirea unor structuri ale puterii publice ce contribuie la menținerea ordinii în colectivitate și apără colectivitatea contra tendințelor expansioniste ale colectivităților învecinate.

Caracterul de act repetitiv al faptelor sociale supuse unor prescripții juridice înseamnă o experiență juridică, o practică îndelungată de cristalizare

¹ I. Corbeanu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2008, p. 21.

² A se vedea R. Motica, Gh. Mihai, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2001, și D. Mazilu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 1999.

a unor obiceiuri și a unor relații sociale, care se reiau în mod continuu, păstrându-și identitatea proprie prin care se deosebesc de alte obiceiuri zilnice. Sintetizând ideile despre utilitatea obiceiului respectiv, importanța sa pentru individ, ca și pentru întregul grup social, autoritatea publică a stabilit o normă, o prescripție potrivit interesului general al grupului social respectiv. Pentru ca o prescripție generală să devină cu adevărat o normă juridică trebuie însă să rezulte nu din voința individuală, ci din voința colectivă și să exprime interesele generale ale colectivității. Leon Duguit consideră că momentul în care regulile economice, politice sau morale devin reguli de drept coincide cu acela în care apare reacția organizată, din partea societății, în cazul nesocotirii lor. H. Hoebel consideră că: „O normă socială devine normă de drept din momentul în care neglijarea sau încălcarea ei este urmată, sub formă de amenințate sau, în mod real, de aplicarea unei forțe fizice, exercitată de un individ sau un grup, ca privilegiu socialmente recunoscut al acestuia”¹.

În legătură cu originea dreptului au fost formulate numeroase teorii, din care amintim:

- *Originea divină*, conform căreia normele obligatorii de comportament social au fost stabilite de forțele supranaturale (Codul lui Hammurabi a fost inspirat de divinitatea Șamaș, Decalogul vechilor evrei a fost dictat de divinitatea supremă, Legea salică scrisă cu pana de înger etc.).

- *Originea naturală* consideră normele de drept ca parte dintr-un ansamblu de reguli de comportare proprii tuturor viețuitoarelor (*Quod natura omnia animalia docuit* – Ulpian, Dig. 1, 1, 3). Această teorie și-a găsit reprezentanți nu numai în Antichitate, îndeosebi în conceptul roman de *jus naturale*, ci și în perioadele următoare, la reprezentanții Școlii dreptului natural (H. Grotius, S. Puffendorf, G. Vico, Chr. Thomasius).

- *Originea socială* a dreptului apare la filosofii greci (Platon, Aristotel), găsindu-și expresia în conceptul de *jus civile* al juriștilor romani, în teoria contractului social a revoluționarilor francezi și în teza marxistă a scindării societății în clase antagoniste.

- *Originea rațională* a dreptului a fost susținută de filosofii idealiști care considerau ideile ce stau la baza normelor juridice ca fiind înnăscute omului, ca unele ce au o existență de sine stătătoare (Platon, Hegel).

- *Originea axiologică*, care pune accentul pe valoarea normelor juridice, se bazează pe ideea combaterii Răului și a promovării Binelui – individual și

¹ R. Motica, Gh. Mihai, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 37.

comun – folositor tuturor membrilor unei comunități, precum și Binele absolut (Spinoza).

Dreptul, indiferent de natura originii sale, își are propria sa finalitate în societate, prin instaurarea principiilor justiției și utilității sau, altfel spus, prin valoarea sa politică. În acest sens, unii autori consideră că „Raportat la societate, dreptul apare ca un factor ce organizează relațiile sociale, le dă finalitate”¹.

Secțiunea a 2-a **Definiția dreptului**

Sfântul Augustin scria: „Ce este timpul? Dacă nu mă întrebă nimeni – știu; dacă trebuie să-i explic cuiva – nu mai știu”. Parafrazându-l, am putea spune că orice jurist știe ce este dreptul, dar nevoit să releve conținutul noțiunii drept printr-o definiție, descoperă că intră în încurcătură. La aceasta se adaugă afirmația lui J. L. Bergel conform căreia „a defini dreptul de o manieră omogenă și definită pare imposibil”, ce poate fi dezarmantă pentru demersul nostru științific.

Conceptul științific de *drept*² depinde de particularitățile reglementării juridice a relațiilor sociale, care diferă de la un sistem juridic național la altul, dar și de multitudinea ramurilor juridice, care astăzi se află într-un proces de diversificare și autonomizare. Istoria dreptului este, de asemenea, o dovadă clară a efortului juriștilor și filosofilor de a găsi o noțiune clară a acestui termen și o definiție care să-i dobândească valoarea generală și să se poată impune tuturor. Juriștii care au încercat să dea o definiție acestei noțiuni s-au izbit de la început de o problemă de neînving: diversitatea domeniilor dreptului le făcea imposibilă precizarea unui sens unic.

¹ N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1998, p. 78.

² A se consulta în acest sens: R. Motica, Gh. Mihai, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2001; N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1996; D. Mazilu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 1999; I. Ceterchi, I. Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1993; A. Rădulescu, I. Corbeanu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. ASE, București, 1996; Gh. Mihai, R. Motica, *Fundamentele dreptului. Teoria și filosofia dreptului*, Ed. All, București, 1997; Gh. Mihai, R. Motica, *Fundamentele dreptului. Optima justitia*, Ed. All Beck, București, 1999; N. Popa, I. Dogaru, Gh. Dănișor, D.C. Dănișor, *Filosofia dreptului. Marile curente*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007; I. Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, 2007.

Cuvântul „drept” derivă din latinescul *directus* care evoca sensul de direcție, rectiliniu, drept, o linie dreaptă, adică o regulă de conduită. În limba latină cuvântul ce corespunde substantivului drept era *jus*, traducibil în dreptate, drept și lege.

Celsius definea dreptul ca artă a binelui și echității, *Jus est ars boni et aequi*, iar Ulpian arată că percepțiile definitorii ale dreptului sunt a trăi onest, a nu dăuna altuia, a-i da fiecăruia ce i se cuvine, *Juris praecepte sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. În tehnica romană a definiției, ultimul element din această triadă – *suum cuique tribuere* – indică diferența specifică, ceea ce constituie specificitatea dreptului în raport cu morala.

Școala dreptului natural apare în concepția jurisconsultilor romani, ca fiind acel drept pe care natura l-a dat tuturor: Cicero în *De Republica* (III, 17) „Este o lege adevărată, dreapta rațiune, conformă cu natura, răspândită în toți, constantă, eternă”. Ideea dreptului natural – dezvoltată în opera lui Grotius – este prezentă la alcătuirea Codului civil francez.

Conform concepției școlii istorice germane (reprezentată prin Savigny și Puchta), dreptul este un produs istoric, altfel nu s-ar putea explica diversitatea concepțiilor juridice și a fenomenelor de drept de la popor la popor și de la epocă la epocă. Cu alte cuvinte dreptul nu este un produs arbitrar, pe care împrejurările sau înțelepciunea omului îl creează. Istoria dreptului este legată de istoria poporului. „Precum viața popoarelor se schimbă de-a lungul veacurilor, tot astfel dreptul, ramură a acestei vieți, se schimbă și el cu vremea, se dezvoltă odată cu poporul căruia îi aparține și se adaptează diferitelor faze din dezvoltarea lui”¹. Cu toată influența sa, școala istorică n-a putut anihila complet ideile dreptului natural, concepute mai târziu ca un drept rațional, alcătuit din ideile conducătoare generale desprinse din rațiunile impuse de justiție, echitate și bunul-simț².

Acest fenomen complex numit drept a primit în timp diverse definiții, individualizări conceptuale pe care le vom prezenta în continuare, preluate de la unii autori, fără ca prin aceasta să prejudiciem restul definițiilor. Hegel, de exemplu, consideră că „dreptul este ceva în genere sfânt, numai fiindcă el este existența în fapt a conceptului de absolut, a libertății conștiente de sine”³, „Dreptul este în sine libertatea ca idee”, iar Kant vede în drept „totalitatea

¹ G. Fr. Puchta, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, 1875, vol. I, p. 26.

² M. Djuvara, *Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Biblioteca Universității de Drept, București, 1935.

³ C.W. Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, Ed. IRI, 1996, p. 62.