

NATURA JURIDICĂ A MIJLOACELOR ALTERNATIVE DE SOLUȚIONARE A LITIGIILOR

Lector univ. drd. Angelica Roșu
Universitatea „Danubius” din Galați

Résumé: *Puisqu'il n'y a pas de consensus concernant le caractère contractuel inhérent et exclusif des moyens alternatifs, caractère qui résulte de la résolution extrajudiciaire des litiges, on a essayé de résoudre le problème de la nature juridique des moyens alternatifs.*

Notre démarche trouve sa justification dans le fait que le conventionnel se retrouve dans le traitement judiciaire classique, dans la majorité des états qui ont choisi l'utilisation du phénomène alternatifs.

De plus, il n'y a aucun doute qu'on doit analyser la nature des moyens alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit processuel, alors quand on se demande quelle est la nature de l'acte conclu à la fin du règlement amiable.

Dans un autre opinion, les moyens alternatifs de règlement des litiges sont situés entre contrat et procès ce qui conduit à une nouvelle voie d'accès à la justice.

A studia natura juridică a unei noțiuni înseamnă a analiza esența acesteia, a identifica elementele ce țin de substanța sa, pe scurt, a identifica ceea ce o definește¹. Avertismentul juristului roman Digeste Javolenus, potrivit căruia „orice definiție în drept este periculoasă” - *pamm est evin, ut non subveti possit* - este cu atât mai mult de luat în seamă atunci când încercăm să conturăm natura juridică a fenomenului alternativ.

O întrebare care a fost formulată cu mult timp în urmă, în doctrina internațională, pe tema concilierii, poate fi readusă în discuție în aceeași termeni: mijloacele alternative de soluționare a litigiilor aparțin domeniului jurisdicției statului sau țin de domeniul strict contractual, scăpând astfel controlului oricărui judecător?

Prealabil încercării de a da un răspuns, înțelegem să înlăturăm *ab initio* ambiguitatea terminologică. Ne vom referi, atunci când vom enunța sintagma mijloc alternativ, la orice modalitate de soluționare a unui litigiu prin care două sau mai multe persoane încearcă, cu ajutorul unui terț, să ajungă la o soluție cu privire la problema ce îi opune (fie că este vorba despre mediere, conciliere, negociere asistată). Acest mod de a privi lucrurile vine în concordanță atât cu Legea - tip a CNUDCI privind concilierea comercială internațională², cu Directiva 2008/52/CE, dar și cu diversele definiții date mijloacelor alternative de doctrină și de dicționarele uzuale.

Precizăm, de asemenea, că unghiul nostru de vedere este focalizat asupra mijloacelor extrajudiciare de soluționare a litigiilor³, fără însă a ignora total condițiile în care părțile pot opta

¹ Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, pp. 568-569 «nature».

² În art. 1 pct. 3 definește concilierea ca fiind „o procedură, numită conciliere, mediere sau în orice alte mod echivalent, în care părțile solicită unei terțe persoane („conciliatorul”) sprijinul în încercările acestora de a ajunge la o soluție amiabilă într-un litigiu ivit între ele”.

³ Distincția între modurile judiciare de soluționare și modurile convenționale trebuie privită în mod nuanțat. Opiniile sunt împărțite în funcție de ceea ce se privilegiază, (fie inconvenientele, fie avantajele) în unificarea modului alternativ cu judiciarul. Tendința dreptului francez este mai degrabă în favoarea unei integrări în sfera judiciară a mijloacelor alternative de soluționare a conflictelor, dar locul creat judecătorului prin reglementările incidente în materie ne face să ne îndoim de existența unei veritabile alternative în materie. Analizând propunerile pe care Consiliul de Mediere le-a făcut în vederea modificării Codului de procedură civilă, prin includerea în acesta de norme referitoare la mediere, întrebarea subzistă și pentru dreptul român, constatându-se preferința factorilor de dispoziție spre juridicizarea fenomenului. A se vedea, Consiliul

pentru soluționarea amiabilă atunci când legăturile cu sistemul judiciar au fost create deja, la nivel normativ, dar și practic, prin sesizarea instanței.

Dacă ar fi existat consens asupra caracterului contractual inerent și exclusiv al mijloacelor alternative, caracter ce ar decurge din soluționarea extrajudiciară a litigiilor, prin încheierea de acorduri între părți, problema clarificării naturii juridice a modurilor alternative nu s-ar mai fi ridicat în practică.

Justificarea demersului nostru își are originea în împrejurarea că materia „convențională” este deja foarte prezentă în tratamentul judiciar clasic, în majoritatea statelor care au optat pentru utilizarea fenomenului alternativ. Mai mult, consacrând unei clauze de conciliere (mediere), clauză care obligă părțile să recurgă la soluționarea amiabilă prealabil sesizării instanței, valoarea unui fine de neprimire de origine convențională⁴, practica judiciară franceză consacră indirect ceea ce s-a numit contractualizarea⁵ procedurii.

Dacă mergem puțin mai departe cu raționamentul, în sensul că, adeseori, după soluționarea neînțelegerii, se pune problema naturii actului încheiat ca urmare a soluționării amiabile⁶ și a forței executorii a acestuia⁷, este indiscutabil că natura modurilor alternative ar trebuie analizată prin raportare la dreptul procesual.

Cu toate acestea, vom sublinia că studiul raportului dintre modurile alternative de soluționare a litigiilor și dreptul procesual este evident problematic, datorită faptului că, în sensul comun și originar, primele sunt *a priori* concepute pentru a îndepărta aplicarea celui de-al doilea. Aceasta este conotația americană acordată termenului de alternativ sau cel puțin, aceasta este concluzia la care juriștii francezi au ajuns atunci când au analizat fundamentele teleologice ale expansiunii mijloacelor alternative de soluționare în SUA.

În literatura de specialitate franceză⁸ s-a subliniat, cu privire la problematica enunțată: „societatea americană este în mare parte considerată de opinia publică ... internațională ca personificarea a ceea ce se numește „contractualizare” și care se poate defini ca „intruziunea contractului [...] în domeniile vieții sociale care în mod tradițional erau privite ca scăpând liberului joc de voințe private”. Justificarea pentru acest lucru ține de faptul că „convenționalul” este deja foarte prezent în tratamentul judiciar clasic în Statele Unite, iar „specificitatea, noutatea adusă de ADR vine mai degrabă din multiplicarea pe care o oferă mijloacelor de soluționare a conflictelor asigurând atunci un mai bun acces la justiție în sensul larg, acces mult afectat de asfixia sistemului, pentru justițiabilii americani”⁹.

În aceeași opinie, aglomerarea și costul justiției antrenează o problemă majoră, centrală, de acces la aparatul judiciar. Cea mai bună alternativă pentru a-și apăra drepturile și a obține o oarecare satisfacție rămâne pentru justițiabil aceea de a renunța la o parte din ele printr-un aranjament privat. Datorită costurilor pe care le antrenează, serviciul judiciar american constituie un rău de evitat cu orice preț, deoarece prețul utilizării sale (costul real și costul timpului¹⁰) este imens, și în general imposibil de prevăzut.

În ansamblu, principala rațiune de a fi a ADR rezultă din această posibilitate de evitare a sistemului juridic pe care o pune la dispoziția justițiabililor.

de mediere, “Necesitatea completării codului de procedura civila cu dispozitii in materia solutionarii disputelor prin mediere. Expunere de motive”, articol disponibil pe:

<http://www.cmediere.ro/docs/Propuneri%20CM%20Noul%20Cod%20de%20Procedura%20Civila.pdf>.

⁴ A se vedea Decizia Curții de Casație (Camera mixtă) din 14 februarie 2003.

⁵ A se vedea Lagarde, X., *Droit processuel et les moyens alternatifs de reglement des litiges*, în P. Chevalier ș.a., *op.cit.*, pp. 45-54.

⁶ Acesta este calificat de majoritatea doctinarilor ca fiind un contract de tranzacție.

⁷ A se vedea art. 6 din Directiva 2008/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 mai 2008 privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială pe:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:RO:PDF>.

⁸ A se vedea, Legrand, M. G., *De l'Alternative Dispute Resolution aux modes alternatifs de règlement des conflits?, Etude comparee*, articol disponibil la: <http://www.village-justice.com/articles/Alternative-Dispute-Resolution,1746.html>. Pentru definirea termenului de contractualizare, autoarea a optat pentru definiția dată de Pascal Ancel, *Contractualizare, Dictionnaire de la justice*, Presses Universitaires de France, 2004, p. 231 și următoarele.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Ancel, Pascal, *Coûts du procès, op. cit.*, p. 285 și următoarele.

În ceea ce privește fixarea fundamentului mijloacelor alternative de soluționare în Franța, s-a subliniat că utilizatorii fenomenului alternativ caută în acesta nu un tratament în afara unei jurisdicții în sensul de instituție, de organ „având aptitudinea de a da hotărâri cu caracter jurisdicțional”¹¹, cât soluționarea amiabilă, negociată, consensuală, a litigiului lor. Motivația diferită și-ar avea originea în modalitatea în care este organizat serviciul public al justiției în Franța, care asigură chiar prin principiile sale un tratament egal pentru cei ce apelează la el¹².

Această viziune a condus la consecințe diferite pe planul determinării naturii juridice a mijloacelor alternative. Expresiile atașate acestora, ca „justiție alternativă, alternativă la justiție”, au început să fie privite și uzitate cu mai multă precauție, fiind preferat termenul de complementar¹³ în defavoarea alternativității.¹⁴

Cu toate distincțiile semnalate, exprimând poziția Consiliului Europei la Congresul organizat la Paris și Dijon, în perioada 21 -24 septembrie 2004¹⁵, acest din urmă autor citat arată că metodele alternative de soluționare a litigiilor nu sunt nici o alternativă la justiție, nici o justiție alternativă, ci fac parte integrantă din justiție. Ele sunt un element esențial al unei justiții mai bune, în sensul standardelor statului de drept și principiilor stabilite de Convenția europeană a drepturilor omului și Curtea de la Strasbourg.

Arătam anterior că natura juridică a soluționării alternative ar trebui stabilită prin raportare la dreptul procesual, chiar și atunci când luăm în discuție soluționarea extrajudiciară (în această din urmă situație putând apărea probleme în materie de executare a acordului rezultat din soluționarea amiabilă).

Această raportare s-a realizat în mod diferit, doctrina evoluând de la poziționarea mijloacelor alternative „unde, la jumătate între contract și proces, independente de acestea”, reținându-se ca acestea „se supun, ca și primul (contractul) principiului autonomiei și voinței contractuale și împart cu cel de-al doilea scopul final de soluționare a litigiului”¹⁶, până la a afirma că regimul juridic al modurilor alternative oscilează între contract și proces, împrumutând efecte de la unul și de la celălalt¹⁷.

¹¹ Rivier, M. C., Jurisdiction, *Dictionnaire de la justice*, Presses Universitaires de France, 2004, p. 702 și următoarele.

¹² „Procesul francez este lipsit prin natură de consensualitate, urmând concepția conform căreia în Franța justiția se realizează de către o autoritate superioară care va aplica dreptul la o situație particulară, dar el nu constituie un mecanism ce vizează dovedirea dreptului și care ar funcționa ca un forum de discuții. Față de aceasta, și în continuarea fundamentului stabilit, respectiv asigurarea accesului la justiție în Statele Unite, pare posibil să avansăm ideea că francezii nu urmăresc un ideal de acces (care le este garantat prin instituția serviciului public), ci de negociere, de consens”. A se vedea M.G Legrand, *loc.cit.*

¹³ Medierea poate exercita și o funcție complementară, fiind în general cazul *medierei judiciare*. Exemplificăm cu situația când judecătorul, inițial sesizat, propune părților medierea (sau uneori le-o impune), pentru tot sau o parte a litigiului. El face acest lucru pentru că estimează, în special, că reluarea dialogului și incitarea părților la a căuta ele-însele soluția, ar fi fără îndoială, modul cel mai potrivit de a stinge litigiul lor. Astfel, mediatorul este complementar judecătorului. El asigură, dar în alt fel, sarcina care inițial aparținea celui din urmă. Judecătorul, la rândul său, este complementar mediatorului, în măsura în care instituția rămâne ancorată aparatului judiciar și supusă în principiu unui anumit control al aceluiași aparat. A se vedea Jaques NORMAND, *Cloture sur la médiation*, în L. Cadiet, Th. Clay, E. Jeuland, *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution, Alternatives a la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Edition Litec, Paris, 2005, pp. 197-201.

¹⁴ Aceasta este situația când părțile la un litigiu pot alege fie să sesizeze justiția, fie să recurgă la un mod convențional de soluționare a litigiului lor. Recurgerea la mediere se substituie deci recurgerii la judecător. În principiu, este cazul medierii convenționale, fiind aproape lipsit de importanță dacă opțiunea este aleasă odată născut litigiul sau părțile sunt obligate, de la bun început, să urmeze această cale printr-o clauză de mediere. Operațiunea este destinată, în principiu, dacă are succes, derulării în totalitate în afara aparatului judiciar. Pentru acest exemplu termenul alternativ pare mai potrivit.

¹⁴ În deschiderea Conferinței europene a dreptului familiei de la Strasbourg din 1998, Elisabeth Guigou, Ministru de justiție în Franța între anii 1997-2000, sublinia că: „a cere să încercăm să soluționăm conflictele înainte de a trece printr-un tribunal, înseamnă pur și simplu să încercăm să ne asigurăm că ne vorbim mai mult, că ne ascultăm mai mult și că relațiile sociale nu sunt neapărat contradictorii. Este o alegere pentru o societate în care dialogul, ascultarea, comunicarea sunt plasate pe primul plan.”

¹⁵ Acest Congres a fost organizat sub egida International Association of Procedural Law.

¹⁶ Chevalier, Pierre, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : entre contrat et procès*, în P.Chevalier, Y.Desdevises, Ph.Milburn, *Les modes alternatifs de règlement des litiges: les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, 2003., p. 141 și următoarele.

¹⁷ *Idem*.

În mod clasic, contractul reprezintă o convenție destinată a crea efecte juridice. Procedura constituie un ansamblu de reguli și de principii care guvernează înlănțuirea de acte și de formalități, având ca finalitate luarea unei decizii.

În doctrina franceză¹⁸ s-a subliniat însă că „și modurile alternative de soluționare a litigiilor sunt dotate cu propriile reguli”. Cu toate acestea, scopul lor este de a păstra relațiile amiabile dintre părți. În mod similar, acordul de voință va viza inclusiv alegerea modalității de rezolvare a litigiului. Contractul va fi utilizat, deci „ca mijloc principal sau complementar de atingere a obiectivelor pentru care sunt instituite organele de justiție”.

Autonomia voinței se manifestă în modurile alternative concretizându-se în posibilitatea de a opta sau nu pentru unul din acestea, în posibilitatea de a stabili procedura de soluționare a litigiului cât și în adoptarea soluției însăși.

Recurgerea la mediere sau la conciliere, (raportându-ne doar la cel mai des uzitate procedee), poate avea loc în orice fază a litigiului, însă părțile, de regulă, înserează în contractele lor clauze de soluționare amiabilă¹⁹. Pe parcursul procedurii de soluționare (în modurile alternative convenționale ca și în cele judiciare), părțile în mod direct sau prin intermediul unui terț, vor conduce veritabile negocieri, situându-se pe poziții de egalitate și în afara oricăror constrângeri procedurale. În final, o soluție la litigiu nu va fi adoptată decât dacă s-a putut ajunge la un consens. Egalitatea dintre părți interzice, în principiu, ca uneia să i se impună decizia celeilalte.

Dar, deși prezența „contractualului” în mijloacele alternative de soluționare a litigiilor este indiscutabilă, regulile procedurale nu sunt complet îndepărtate.

Mai întâi, ele interzic negocierea când litigiul poartă asupra unor drepturi de care părțile nu pot dispune. Apoi ele impun respectarea normelor de ordine publică (principiul dreptului la apărare, spre exemplu). În fine, regulile procedurale devin incidente pentru „omologarea”, încuviințarea de către judecător a înțelegerii la care au ajuns părțile, această încuviințare fiind necesară acordului în vederea dobândirii forței executorii.

Aspectele enunțate mai sus au fost ilustrate prin expresiile „contractualizare a procedurii” sau „proceduralizare a contractului”, subliniindu-se că interpunerea contractului și procedurii este de netăgăduit și reprezintă chiar esența modurilor alternative de soluționare a litigiilor²⁰.

Cu toate acestea, în dreptul francez s-a subliniat că plasarea mijloacelor alternative între contract și proces își găsește justificarea atunci când se pune problema soluționării prin aceste metode a litigiilor care au ca obiect drepturi de care părțile nu pot dispune, dar că percepția dreptului procesual despre modurile alternative destinate soluționării litigiilor economice și comerciale este discutabilă, având în vedere că, în această materie drepturile indisponibile sunt aproape inexistente²¹.

Autorul își argumentează aserțiunea prin raportarea la condițiile în care aceste metode de soluționare a litigiilor au apărut. Ele evidențiază faptul că dezvoltarea mijloacelor alternative nu a fost preconizată într-o perspectivă de drept procesual.

În cursul anilor `70, operatorii de comerț internațional au sesizat avantajele unei soluționări negociate a litigiilor lor²². Evoluând într-un context nefavorabil multiplicării proceselor, negocierea a apărut pentru ei ca cea mai bună cale de a rezolva dificultățile de adaptare pe care le suscita menținerea unor relații comerciale de durată. Or, în vederea realizării acestui obiectiv, doctrina de atunci s-a concentrat, în principal, pe exploatarea tehnicilor contractuale, neglijând în același timp ipoteticele resurse de drept procesual. Dacă ideea de procedură își face totuși loc printre aceste practici comerciale, acest lucru se întâmplă în special în legătură cu modul de organizare a procedurii de soluționare amiabilă. Cu alte cuvinte, în cazul unei situații litigioase, ceea ce interesează este să se identifice cea mai adaptată cale de a ajunge la o soluție acceptată de ambele părți.

¹⁸ Chevalier, P., *op. cit.*, p. 142.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Legrand, M. G., *loc. cit.*

²¹ Lagarde, X., *Droit processuel et les moyens alternatifs de reglement des litiges*, în P. Chevalier ș.a., *op.cit.*, p. 49.

²² Lagarde, X., *op. cit.*, p. 50.

S-a vorbit, în acest context, nu atât despre dreptul procesual și modurile alternative de soluționare a litigiilor, cât mai degrabă despre practicile procesuale și despre soluționarea convențională²³.

Părțile sunt libere să-și soluționeze litigiul așa cum cred de cuviință, fără a fi obligate să respecte dreptul procesual. În același timp, dacă părțile convin să desemneze un terț care să le înlesnească eforturile depuse în acest sens, ele se angajează în raporturi contractuale, fiind supuse regulilor de drept comun.

Pentru ca acestea să fie identificate însă, se impune un efort de calificare. În acest sens, este firesc ca actul, contractul încheiat între cele două părți și mediator, să dea naștere la obligații. Mai precis, mediatorul se obligă să sprijine părțile a găsi o soluție reciproc avantajoasă.

Observăm, totuși, că acest contract nu poate ocoli în totalitate contextul procesual, de vreme ce obiectul acestei prestații nu este altceva decât îndeplinirea unei proceduri, procedura soluționării amiabile. Ca o consecință, identificarea condițiilor de valabilitate ale acestui contract ia, în mod obligatoriu, o coloratură procedurală. Astfel, înlăturarea posibilității de a se exprima un consimțământ viciat este realizată prin instituirea unei obligații de declarare a legăturilor pe care le-ar putea avea mediatorul cu una sau cealaltă parte; altfel, partea dezinformată ar putea invoca o eroare în legătură cu persoana mediatorului.

Putem avansa de asemenea ideea că exigența de determinare a obiectului impune condiția definirii, în contractul de mediere, a modului în care părțile înțeleg să procedeze; ori, această condiție va obliga părțile să ia poziție față de probleme de drept procesual – comunicarea înscrisurilor, fixarea locului reuniunilor, durata procedurii.

Din această perspectivă, dreptul procesual nu se înfățișează ca o constrângere ce apasă asupra valabilității convențiilor de mediere; el servește pur și simplu ca referință în vederea precizării conținutului, condițiilor de valabilitate impuse de normele de drept aplicabile acestui tip de convenție.

Admiterea naturii procesuale a convențiilor de soluționare amiabilă permite, în plus, o utilizare a dreptului procesual în scopul întăririi eficienței lor. Astfel, pentru un efect maxim al clauzelor de mediere, jurisprudența franceză pare să considere că existența unei astfel de clauze constituie un motiv de inadmisibilitate a acțiunii, fiind astfel consacrat efectul procesual al convențiilor de mediere.

În același spirit, tranzacția, contract ce reprezintă rezultatul obișnuit al unei medieri comerciale, are efect procesual prin excelență, și anume acela al autorității de *res judicata*.

Articolul 6-1 din Convenția europeană a drepturilor omului, despre care s-a arătat că reprezintă textul fondator al dreptului procesual, confirmă soluțiile adoptate de dreptul intern francez, stabilind, pe de o parte, că „executarea unei hotărâri judecătorești sau decizii, a oricărei jurisdicții, trebuie considerată ca făcând parte integrantă din proces în sensul articolului 6”²⁴, iar, pe de altă parte, extinzând această soluție la executarea actelor notariale și la actele de conciliere²⁵.

Astfel, în materiile care țin de libertatea contractuală, aplicarea dreptului procesual permite, în principal, acordarea unui efect deplin obiectului procesual al convențiilor de soluționare a litigiului. Dreptul procesual urmează să fie privit din această perspectivă ca un sprijin, și nu ca o constrângere.

Din acest punct de vedere, mijloacele alternative au fost considerate ca inaugurând o a treia cale de acces la drept. Situate „între justiție alternativă și soluționare negociată, aceste

²³ *Ibidem*.

²⁴ CEDO, 19 martie 1997, *Hornsby v/ Grecia*, paragraful 40, prin care s-a statuat că dreptul la un proces echitabil – cel care este enunțat de articol – va fi iluzoriu dacă ordinea juridică internă a unui Stat contractant permite ca o decizie judecătorească definitivă și obligatorie să rămână inoperantă în detrimentul unei părți. Pentru detalii, a se vedea Nuala Mole, Catarina Harby, *Dreptul la un proces echitabil, Ghid privind punerea în aplicare a articolului 6 al Convenției Europene pentru Drepturile Omului*, disponibil pe: <http://www.bice.md/UserFiles/File/publicatii/Manuale/manual3.pdf>.

²⁵ CEDO, 21 aprilie 1998, *Estima Jorge v/ Portugalia* <http://vlex.com/vid/26923707>.

moduri de soluționare a litigiilor tind să definească proceduri alternative de acces la drept, unele născute din inițiativa operatorilor privați, altele derulându-se sub egida autorităților publice”.²⁶

Teoria elaborată este judicios argumentată, însă chiar autorul construcției edificate anterior îi recunoaște limitele. Acesta afirmă că „între justiție și contract, nu prea există loc pentru o terță soluție. Schița unei soluții intermediare nu poate fi concepută decât sub forma unei degradări a unuia sau a celuilalt model”²⁷.

²⁶ Lagarde, X., *op. cit.*, p. 51.

²⁷ *Ibidem*.