

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

2/2022

aprilie-septembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: conf.univ. dr. Șerban DIACONESCU

REDACTOR-COORDONATOR: asist.univ. dr. Dorin JOREA

SECRETAR DE REDACȚIE: lect.univ. dr. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

prof.univ. dr. Paul VASILESCU

prof.univ. dr. Ovidiu PODARU

prof.univ. dr. Mircea Dan BOB

prof.univ. dr. Sergiu BOGDAN

conf.univ. dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

Michel GRIMALDI – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Denis MAZEAUD – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

Liviu POP – profesor emerit, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Mircea Ștefan MINEA – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Dan CHIRICĂ – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

CUPRINS

- » **Studii:** Anghel Marian POP: *Observații asupra puterii discreționare a administrației prin prisma principiului proporționalității* 9-43
- » **Studii:** Cristina POP: *Peculium profecticium – fațetă a îmbunătățirii condiției sclavului în Roma antică* 44-69
- » **Studii:** Ioan ȘUMANDEA-SIMIONESCU: *Eficiența în insolvență. Analiza economică a protecției legale oferite creditorilor în procedura insolvenței*..... 70-98
- » **Articole:** Attila KISS: *Active case management in the Hungarian civil procedure*..... 99-124
- » **Articole:** Oana BUGNAR-COLDEA: *Neconstituționalitatea „pretențiilor părții civile” – art. 10 alin. (1) din Legea nr. 241/2005*125-140

LISTA ABREVIERILOR

Observație: pentru explicațiile aferente regulilor de compunere a abrevierilor utilizate, modul corect de întrebuintare dar și clasificarea în funcție de provenința și uzul acestora, a se consulta „Ghidul abrevierilor” redacției Studia UBB Iurisprudentia¹.

a.c.	-----	anul curent;
ABGB	-----	Codul civil austriac (<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>);
acad.	-----	academician;
AEGRM	-----	Arhiva electronică de garanții reale mobiliare;
alin.	-----	alineat;
anon.	-----	<i>anonymus</i> (fără autor);
arh.	-----	arhitect;
art.	-----	articol;
B2B	-----	<i>business to business</i> (relații);
B2C	-----	<i>business to consumer</i> (relații);
B.of.:	-----	„Buletinul Oficial al R.S.R.”, partea I nr.;
BGB	-----	Codul civil german (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>);
c.	-----	contra;
C.adm.	-----	Codul administrativ;
C.cass.	-----	Curtea de Casație franceză;
C.civ.	-----	Codul civil 2009: Legea 287/2009, M.of. 511 din 24 iulie 2009, republicat în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011 în M.Of. 505 din 15 iulie 2011, în vigoare din 1 octombrie 2011;
C.civ.fr.	-----	Codul civil francez (<i>Code civil des Français</i>);
C.civ.it.	-----	Codul civil italian (<i>Codice civile italiano</i>);
C.civ.Q.	-----	Codul civil Québec;
C.civ.v.	-----	Codul civil 1864, în vigoare între 01.12.1865-30.09.2011.;
C.com.	-----	Codul comercial – Codicele de comerț din 1887, M.of.: 31 din 10 mai 1887, în mare parte abrogat prin C.civ.2009, începând cu 1 octombrie 2011, cf. art. 230 alin. lit. c) L: 287/2009.
C.cons.	-----	Codul consumului: L: 296/2004, M.of.: 968 din 4 decembrie 2006, republicată în M.of.: 224 din 24 martie 2008;
C.fam.	-----	Codul familiei a fost adoptat prin L: 41953, B.of.: 1/4 ianuarie 1954, intrat în vigoare la 1 februarie 1954, modificat și completat prin L: 4/1956, republicat în B.of.: 13/18 aprilie 1956 și abrogat, prin art. 230 lit. m) din L: 71/2011, la data intrării în vigoare a L: 287/2009 privind Codul civil (1 octombrie 2011);
C.m.	-----	Codul Muncii, L: 53/2003, M.of.: 72/5 februarie 2003, republicat (în temeiul L: 40/2011), M.of.: 345/18 mai 2011;

¹ Disponibil în cadrul rubricii „Author guidelines” (eng,)/„Îndrumări pentru autori” (ro.) de pe pagina: <https://law.ubbcluj.ro/ojs/index.php/iurisprudentia/about/submissions>.

C.pen.-----	Codul penal, L: 286/2009 privind Codul Penal, M.of.: 510 din 24 iulie 2009, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 246 L: 187/2012;
C.pen.1864-----	Codul Penal 1864, promulgat și publicat la 30 octombrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865 până la 17 martie 1936;
C.pen.1968-----	Codul Penal 1968, L:15/1968, B.of. 79 bis din 21 iunie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 250 L: 187/2012.;
C.poc.pen.sl-----	C.proc.pen. sloven;
C.proc.civ.-----	Codul de procedură civilă, L: 134/2010, publicată în M.of. nr. 485/15.07.2010;
C.proc.civ.v.-----	Codul de procedură civilă vechi, „Codicele de procedură civilă”, republicat în M.of.: 45 din 24 februarie 1948, cu modificările și completările ulterioare;
C.proc.pen.-----	Codul de procedură penală, L: 135/2010 „privind Codul de procedură penală”, M.of.: 486 din 15 iulie 2010, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 103 din L: 255/1013.;
C.proc.pen.1864-----	Codul de procedură penală 1864, M.of.: din 2 decembrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865, abrogat prin. „Codul de procedură penală” din 1936, M.of.: 66 din 19 martie 1936.;
C.proc.pen.1936-----	Codul de procedură penală 1936, L: 472/1936: „Codul de procedură penală”, M.of.: 66 din 19 martie 1936, în vigoare cf. art. 663 (în parte de la data publicării, în parte din 1 ianuarie 1937), abrogat prin art 1 din L: 31/1968 „pentru punerea în aplicare a Codului de procedură penală al Republicii Socialiste România”, B.of.: 47 din 13 noiembrie 1968.;
C.proc.pen.1968-----	L: 29/1968 „privind Codul de procedură penală”, B.of: 145 din 12 noiembrie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 108 L: 255/2013 „pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale”, M.of.: 515 din 14 august 2013.;
C.proc.pen.fr-----	Codul de procedură penală francez;
C.proc.pen.it-----	Codul de procedură penală italian;
C.proc.pen.nl-----	Codul de procedură penală olandez;
CA-----	Curtea de Apel (urmată de denumirea localității);
CAB-----	Curtea de Apel București;
cap.-----	capitol;
cart.jud.-----	carte de judecată;
CC-----	Curtea de Conturi;
CCJ-----	Curtea de Casație și Justiție (1861[2]-1925)/Curtea de Casație și Justiție (1925-1949);
CCR-----	Curtea Constituțională a României;
CD-1970-----	Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1970, ed. Științifică și Enciclopedică, București;
CDP-----	Caiete de Drept Penal;
CETS-----	Council of Europe Treaty Series (Seria de Tratatate a Consiliului Europei) (194 ș.rum).;
CF-----	Cartea Funciară;

cf. -----	<i>confer</i> , se folosește în loc de „vezi”, însă alegerea uneia dintre cele două abrevieri se face unitar, de-a lungul întregului material. Întrucât în domeniul juridic „v” este utilizat alternativ pentru <i>versus</i> în abrevierea unor cauze, din jurisdicții străine, propunem adoptarea abrevierii [cf.] în loc de „vezi” .;
CJCE-----	Curtea de Justiție a Comunităților Europene;
CJUE -----	Curtea de Justiție a Uniunii Europene;
com. -----	comuna;
conf.univ. -----	conferențiar universitar;
Constituția României -----	Adunarea Constituantă: „Constituția României”, M.of.: 233 din 21 noiembrie 1991, în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991. Modificată și completată prin L: 429/2003, M.of.: 758 din 29 octombrie 2003, republicată în M.of.: 767 din 31 octombrie 2003;
coord.-----	coordonator;
CPJC-----	Culegere de practică judiciară;
CS -----	Curtea Supremă (1949-1952);
CSJ-----	Curtea Supremă de Justiție (1991[3]-2003[4]);
CSJ-----	Curtea Supremă de Justiție a României;
CSR -----	<i>corporate social responsibility</i> ;
D-L:-----	Decretul-Lege nr.;
D: -----	Decret al Consiliului de Stat al RSR nr.;
d.Hr. -----	după Hristos;
dec.adm. -----	decizie administrativă;
dec.civ. -----	decizie civilă;
dec.pen -----	decizie penală;
dr. -----	doctor (prin tradiție se păstrează punctul de final);
<i>e.g.</i> -----	<i>exempli gratia</i> ;
ECU-----	<i>European Currency Unit – (1979-1999)</i> .
ed. -----	editură sau ediție;
eng. -----	englez, limba engleză;
<i>et al.</i> -----	<i>(et alia/et alii)</i> și altele, și alții;
<i>et seq.</i> -----	<i>și următoarele (pagini, numere etc.)</i> ;
etc. -----	<i>et cetera</i> ;
ETS -----	European Treaty Series (Seria Tratatelor Europene (1-193);
Eur. .H.R. -----	European Human Rights Reports;
Eur. Comm'n H.R. Dec & Rep. -----	Collection of Decisions of the European Commission on Human Rights;
Eur. Ct. Hr. -----	European Court of Human Rights (Reports of Judgements and Decisions);
fr. -----	francez, limba franceză;
gr. -----	grec, limba greacă;
GTS -----	grupuri transnaționale de societăți;
HCGMB -----	Hotărâre de consiliu general al Municipiului București;
HCL -----	Hotărâre de consiliu local;
HCM -----	Hotărâre a Consiliului de Miniștri;
HG: -----	Hotărârea de Guvern nr.;
hot.-----	hotărâre judecătorească;
<i>i.e.</i> -----	<i>id est</i> (aceasta înseamnă);
<i>i.f.</i> -----	<i>in fine</i> ;

<i>ibidem (ibid.)</i>	-----	Se utilizează pentru a indica o referință bibliografică precisă, utilizată în nota imediat anterioară, pentru o retrimiteră, la aceeași pagină.;
<i>idem (1)</i>	-----	-alineatul (1) al articolului deja citat;
<i>idem (id.)</i>	-----	Se utilizează pentru a indica o referință bibliografică precisă, utilizată în nota imediat anterioară, pentru o retrimiteră, la o pagină diferită.;
<i>infra</i>	-----	-mai jos;
ing.	-----	-inginer;
it.	-----	-italian, limba italiană;
î.Hr.	-----	-înainte de Hristos;
ÎCCJ	-----	-Înalta Curte de Casație și Justiție;
JN	-----	-Justiția Nouă, revista;
JOUE	-----	-Jurnalul Oficial al Uniunii Europene;
Jud.	-----	-Judecătoria(a);
jud.	-----	-județul;
L:	-----	-Legea nr.;
L: 71/2011	-----	-Lege de punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, M.of.: 409/10.06.2011;
L.S.	-----	-locul sigiliului;
LCA	-----	-Legea contenciosului administrativ;
Lect.	-----	-lector;
lit.	-----	-litera;
<i>loc.cit.</i>	-----	- <i>loco citato</i> ;
M.of.	-----	-Monitorul Oficial al României, partea I;
mun.	-----	-municipiul;
n.	-----	-notă de subsol;
n.a.	-----	-nota autorului citat;
n.n.	-----	-nota noastră (a autorului care scrie);
n.r.	-----	-nota redacției
nr	-----	-număr;
nr.	-----	-numărul;
OECD	-----	- <i>Organization for Economic Co-operation and Development</i> ;
OG:	-----	-Ordonanța de Guvern nr.;
OMJ:	-----	-Ordinul Ministrului Justiției nr.;
op.cit.	-----	- <i>opus citatum, opere citato</i> : Se folosește pentru retrimiteră la o referință bibliografică deja utilizată în cadrul materialului. Aceasta se utilizează doar în locul operei, nu și a numelui autorului, în cel mai fericit caz, cu trimitere la nota de subsol unde apare respectiva operă pentru prima oară. O redăm aici doar pentru a-i indica utilitatea și sensul;
OUG:	-----	-Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.;
p.	-----	-pagina;
<i>passim</i>	-----	-în diverse locuri (de evitat întrucât citările trebuie să fie precise);
pct.	-----	-punctul;
pen.	-----	-penal(ă);
pg.	-----	-paragraf;
pp.	-----	-paginile;

PR	-----	Pandectele române, revista;
prof. univ.	-----	profesor universitar ;
Ptk.	-----	Codul civil ungar (<i>Polgári Törvénykönyv</i>);
PUD	-----	Plan urbanistic de detaliu;
PUG	-----	Plan urbanistic general;
PUZ	-----	Plan urbanistic zonal;
R:	-----	Regulament nr.;
rep.	-----	republicată (legea)
RDC	-----	Revista de Drept Comercial;
RFDA	-----	Revue Française de Droit Administratif
RLU	-----	Regulament local (de urbanism);
RRD	-----	Revista Română de Drept;
RRDP	-----	Revista Română de Drept Privat;
S.C.	-----	Societate Comercială;
s.d.	-----	fără dată;
s.l.	-----	fără loc;
s.n.	-----	fără titlu – în construcția referințelor;
s.n.	-----	sublinierea noastră;
S.R.L.	-----	Societate cu Răspundere Limitată;
S.S.	-----	cu semnătura sa;
Sec.	-----	Secția (unitate administrativă, oficială, deci primește majusculă).;
sec.	-----	secțiune;
Sec.cont.adm.	-----	secția de contencios administrativ;
sen.	-----	sentință;
sub.	-----	subliniere;
SUBB Iurisprudentia	-----	Studia Universitatis Babeş-Bolyai Iurisprudentia;
<i>supra</i>	-----	mai sus;
SZGB	-----	Codul civil elvețian;
ș.a.	-----	și alții, și altele;
ș.a.m.d.	-----	și așa mai departe;
T	-----	Tribunal;
t.	-----	tomul;
tc.	-----	turc, limba turcă;
th.	-----	teză de doctorat (citată în dactilogramă);
tit.	-----	titlul;
t.n.	-----	traducerea noastră
TMB	-----	Tribunalul Municipiului București;
TMCJ	-----	Tribunalul Municipiului Cluj-Napoca;
TReg.	-----	Tribunalul Regiunii;
TS	-----	Tribunalul Suprem (1952-1991);
TS	-----	Tribunalul Suprem al RSR;
TUB	-----	Tipografia Universității București;
UAT	-----	unitate administrativ-teritorială;
var. (ist.)	-----	variațiune și istoric (arhaism);
vol.	-----	volumul;
<i>vs</i> [fără punct]	-----	<i>versus</i> ;
Y.B. Eur. Conv. Hr.	-----	Yearbook of the European Convention on Human Rights.

Listă îngrijită și actualizată, în baza principalelor abrevieri utilizate în paginile revistei, de: Dorin JOREA, Redactor-coordonator al SUBB Iurisprudentia

STUDII

OBSERVAȚII ASUPRA PUTERII
DISCREȚIONARE A ADMINISTRAȚIEI PRIN
PRISMA PRINCIPIULUI PROPORȚIONALITĂȚII

DOI: 10.24193/SUBBIur.67(2022).2.1
Data publicării online: 30.11.2022

Anghel-Marian POP*

Rezumat: Odată cu evoluția statului modern, funcțiile acestuia s-au multiplicat, ajungând să reglementeze majoritatea aspectelor vieții cotidiene a cetățenilor. Drept consecință, legiuitorul a conferit autorităților publice puteri discreționare din ce în ce mai ample pentru a asigura funcționarea aparatului statal, puteri care lăsate însă nesupravegheate ar putea produce mai multe dezavantaje decât beneficii. În acest scop, instanțele judecătorești din țările unde s-a consolidat statul de drept au dezvoltat instrumente de control judiciar precum principiul proporționalității pentru a reduce din intensitatea puterii discreționare a autorităților.

Prezentul studiu își propune să reliefeze legătura dintre puterea discreționară și principiul proporționalității în actualul context juridic autohton, pe măsură ce vom încerca să explicăm care sunt principalele motive pentru care puterea discreționară a devenit atât de importantă în activitatea administrației, ce presupune în mod concret și care este modalitatea de exercitare a acesteia de către organele administrative.

Cuvinte-cheie: putere discreționară; exces de putere; control judiciar; principiul proporționalității.

* Judecător la Curtea de Apel Alba Iulia - Secția de contencios administrativ și fiscal, doctorand al Scolii Doctorale Drept a Universității Babeș-Bolyai, <https://orcid.org/0000-0001-5814-2480>, e-mail: anghelmvpop@yahoo.com.

OBSERVATIONS ON THE ADMINISTRATION'S DISCRETIONARY POWER FROM A PROPORTIONALITY STANDPOINT

Abstract: With the evolution of modern state, its functions have multiplied, reaching to regulate most aspects of the daily life of citizens. As a result, the legislature has given public authorities more and more discretionary powers to ensure the functioning of the state apparatus, powers which, if left unattended, could have more disadvantages than benefits. To this end, courts in countries where the rule of law has been strengthened have developed judicial review instruments such as the principle of proportionality in order to reduce the intensity of the discretionary power of the authorities.

This study aims to highlight the link between discretion and the principle of proportionality in the current domestic legal context, as we try to explain the main reasons why discretion has become so important in the administration's activity, what exactly does it entail, and the ways in which the administrative bodies exercise it.

Key-words: discretionary power; excess of power; judicial review; principle of proportionality.

Cuprins

I.	Introducere.....	11
II.	Puterea discreționară	20
A.	De ce?	20
B.	Ce?	25
C.	Cum?	32
III.	Concluzii	39
IV.	BIBLIOGRAFIE.....	40

I. Introducere

Quod principi placuit legis habet vigorem – „ceea ce-i place principelui are valoare de lege¹”. Acest adagiu latin exprimă cel mai bine situația existentă într-o formă de guvernământ precum monarhia absolutistă, caracterizată prin centralizarea puterii în mâinile monarhului, susceptibilă oricând să degenereze în tiranie. Or, pentru a preveni abuzul de putere și în scopul protejării drepturilor și libertăților individuale, atribuțiile dintr-un stat trebuie divizate între mai multe centre de putere care să se echilibreze între ele.

Esența teoriei enunțate de către Montesquieu în lucrarea sa, *Despre spiritul legilor*, poate fi redusă la afirmația: „pentru a nu se putea abuza de putere, este necesar ca, prin dispunerea lucrurilor, puterea să oprească puterea².”

Schema teoretică a principiului separației celor trei puteri specializate în stat – legislativă, executivă, judecătorească – așa cum a fost formulată de către Montesquieu, presupune că între aceste forme ale puterii politice nu există stabilită nicio subordonare, nicio prevalență, ci există doar o relație de colaborare³. Natura colaborării dintre puterile statului constă în verificarea reciprocă a modalității în care fiecare putere își exercită atribuțiile, prin așa-

¹ Paul NEGULESCU, *Curs de drept constituțional*, editat de Alex Th. DOICESCU, București, 1927, p. 298.

² Charles DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Éditions Gallimard, Paris, 1995, p. 112.

³ Cristian IONESCU, „Reflecții pe marginea art. 102 din Constituția României, republicată”, în *Pandectele Române*, nr. 1/2013, pp. 69-74.

numitul mecanism al „*checks and balances*”, cel care asigură funcționalitatea statului de drept⁴.

Scena politică modernă relevă un proces de creștere a rolului puterii executive, care se poate explica prin complexitatea și dinamica vieții sociale contemporane, ceea ce impune luarea unor decizii rapide și adeseori cu un pronunțat caracter tehnic, pe care puterea legislativă, prin mecanismul său lipsit de suplețe, nu este în măsură să le înfăptuiască în timp util⁵. Domenii precum brevetele de invenție, mărcile comerciale, reducerea noxelor, tehnologia 5G, sau controlul bolilor contagioase au fost considerate „domenii ezoterice” pentru legiuitor din cauza caracterului lor specializat, motiv pentru care s-a considerat că e mai util să fie scoase din angrenajul dezbaterilor parlamentare și date experților din ministerele de resort⁶.

⁴ Lidia BARAC, „Scurte reflecții asupra dimensiunii morale a principiului separației puterilor în stat. Despre respectul intra și interinstituțional (I)”, disponibil la <https://www.juridice.ro/434781/scurte-reflectii-asupra-dimensiunii-morale-a-principiului-separatiei-puterilor-in-stat-despre-respectul-intra-si-interinstitutional-i.html>, arhivă: <https://perma.cc/CN2D-DDLS>.

⁵ De exemplu, în loc ca Parlamentul să adopte o lege în acest sens, Guvernul României a adoptat Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 75/2018 – care a prevăzut noi reglementări în domeniul ariilor naturale protejate – motivând urgența adoptării sale sub pretextul că administrarea neunitară a ariilor naturale protejate poate conduce la neabsorbția fondurilor alocate și la nerealizarea proiectelor de infrastructură cu finanțare europeană în cadrul financiar 2014–2020, ceea ce generează consecințe negative asupra finanțărilor europene și implicit asupra economiei. Disponibil la <http://www.cdep.ro/proiecte/2018/500/60/1/em755.pdf>, arhivă: <https://perma.cc/F2HH-2PQY>.

⁶ Bool CHAND, „Discretionary Powers of Government”, în *International Review of Administrative Sciences*, vol. 15, nr. 3/1949, pp. 417-418.

Așadar, puterea legislativă nu doar că a permis autorității executive să dețină prerogative tot mai largi de apreciere⁷, dar a și delegat o parte dintre puterile și atribuțiile sale⁸. Toate aceste atribuții sporite alocate puterii executive au contribuit la creșterea incisivității măsurilor sale, ducând adesea la utilizarea greșită a puterii discreționare, și astfel necesitând o intervenție din partea autorității judecătorești⁹.

⁷ De pildă, Legea nr. 303/2004 prevede o marjă largă de apreciere pentru Ministrul Justiției atunci când numește un procuror-șef. Potrivit art. 54 alin. (1) din Legea 303/2004: „Procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, prim-adjunctul și adjunctul acestuia, procurorul șef al Direcției Naționale Anticorupție, adjunctii acestuia, procurorul șef al Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, adjunctii acestuia, precum și procurorii șefi de secții ai acestor parchete sunt numiți de Președintele României, la propunerea ministrului justiției, cu avizul Secției pentru procurori a Consiliului Superior al Magistraturii, dintre procurorii care au o vechime minimă de 15 ani în funcția de judecător sau procuror, pe o perioadă de 3 ani, cu posibilitatea reînvestirii o singură dată.” Disponibil la www.legislatie.just.ro, accesat în data de 10.08.2021. [După intrarea în vigoare reglementarea se va regăsi în prevederile art. 144 din L: 303/2022, M.of.: 1102/16 noiembrie 2022, în vigoare din 16 decembrie 2022 n.r.]

⁸ Potrivit art. 61 alin. (1) din Constituția României, Parlamentul este organul reprezentativ suprem al poporului român și unica autoritate legiuitoare a țării, dar potrivit art. 115 alin. (1) din Constituție, (1) Parlamentul poate adopta o lege specială de abilitare a Guvernului pentru a emite ordonanțe în domenii care nu fac obiectul legilor organice. Cu toate că, prin efectul abilitării, Guvernul emite un act care, prin conținutul său, are caracter legislativ, fiind consecința unei delegări legislative, ordonanța rămâne un act al autorității executive. Disponibil la www.legislatie.just.ro, accesat în data de 10.08.2021.

⁹ Recent, în contextul adoptării de măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, Curtea de Apel Cluj, prin Sentința nr. 166/2021, a anulat în parte Hotărârea de Guvern nr. 531/2021, statuând că dispozițiile din hotărârea de guvern nu sunt conforme cu Constituția, deoarece încalcă limitele competenței prevăzute de lege precum și drepturile și libertățile cetățenilor, realizând o restrângere nejustificată a drepturilor cetățenilor prin depășirea scopului urmărit și propus de protejare a sănătății populației și stabilind

Puterea judecătorească are voința și mijloacele sale proprii. Când parlamentul este dezinteresat și preferă să lase în mâinile executivului adoptarea reglementărilor necesare funcționării societății, se întâmplă adesea ca instanțele să tempereze elanul manifestat de puterea executivă în impunerea politicilor sale. Astfel, contenciosul administrativ, poate mai mult decât alte domenii ale dreptului, reflectă cu acuratețe echilibrul de putere existent într-un stat de drept¹⁰.

Analiza judiciară a acțiunilor reprezentanților puterii executive reprezintă una dintre cele mai importante evoluții în domeniul dreptului public. Vulnerabilitatea cetățeanului în fața puterii de stat coercitive a fost recunoscută pentru prima dată de către instanțele judecătorești din țările unde s-a consolidat statul de drept, care au dezvoltat instrumente precum principiul proporționalității pentru a reduce din intensitatea puterii discreționare a autorităților¹¹. În acest mod, pentru a nu fi lovite de nulitate,

discriminatoriu activității la care poate participa doar o anumită categorie de cetățeni, sau stabilind măsuri care nu sunt proporționale, întrucât urmăresc substituirea prin hotărârea de guvern a unei legi privind obligativitatea vaccinării. Disponibil la https://www.curteadeapelcluj.ro/documente/comunicate_de_presa/15.06.2021%20ora%2013.00%20Comunicat%20de%20presa%20-%20anulare%20in%20parte%20HG%20nr.%20531%20din%2015.06.2021%20si%20Sentinta%20civila%20166%20din%207%20iunie%202021.pdf, arhivă: <https://perma.cc/N29A-7LEL>.

¹⁰ Eyal BENVENISTI, „Public choice and global administrative law: who's afraid of executive discretion”, în *International law and justice working papers*, nr. 3/2004, disponibil la <https://www.iilj.org/publications/public-choice-and-global-administrative-law-whos-afraid-of-executive-discretion/>, arhivă: <https://perma.cc/CY6K-TJXA>.

¹¹ Teoria proporționalității este de sorginte europeană continentală. Născută în Prusia la sfârșitul secolului al XVIII-lea și dezvoltată de instanțele administrative germane în secolul al XIX-lea, proporționalitatea a luat cu adevărat formă după cel de-al Doilea Război Mondial când

măsurile dispuse de către agenții statului trebuie să fie cât mai puțin oneroase pentru particular. Cu alte cuvinte, ele trebuie să genereze mai multe avantaje interesului public decât prejudicii intereselor legitime ale persoanelor.

Testul de proporționalitate, ca instrument juridic cheie pentru controlul acțiunilor administrației, o obligă pe aceasta din urmă să evalueze toate interesele relevante în cauză și, ulterior, să își folosească puterea discreționară în lumina acestui exercițiu de echilibrare a intereselor private și publice¹². Testul clasic presupune ca instanțele să verifice dacă măsura administrativă atacată este adecvată (este capabilă în mod obiectiv să ducă la îndeplinirea obiectivului legitim), este necesară (este cea mai puțin vătămătoare pentru dreptul subiectiv al particularului), și este proporțională în sens strict (există echilibru între prejudiciile cauzate de măsură și între beneficiile pe care le aduce atingerea obiectivului stabilit)¹³.

Pe de altă parte, exercitarea controlului judiciar de proporționalitate nu trebuie să conducă la pătrunderea puterii judecătorești în zone de decizie rezervate strict executivului¹⁴, ci trebuie să se limiteze la activitatea de prevenire și sancționare a excesului de putere al autorității administrative.

a fost recunoscută de către Curtea Constituțională germană drept principiu constituțional, din dorința de a proteja drepturile fundamentale ale cetățenilor împotriva ingerințelor autorității statale, una dintre valorile statului de drept. Yutaka ARAI-TAKAHASHI, „Proportionality – a German approach”, în *Amicus Curiae – Journal of the Institute of Advanced Legal Studies and its Society for Advanced Legal Studies*, nr. 19/1999, p. 11.

¹² Thomas SULLIVAN, Richard FRASE, *Proportionality principles in American Law: Controlling excessive government actions*, Editura Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 3.

¹³ Maik MARTIN și Alexander HORNE, „Proportionality: Principles and Pitfalls – Some Lessons from Germany”, în *Judicial Review*, vol. 13, nr. 13/2008, pp.173-174.

¹⁴ În Codul de procedură civilă, în cuprinsul art. 488 alin. (1) pct. 4, este reglementat ca motiv de casare a unei hotărâri judecătorești următorul punct: *când instanța a depășit atribuțiile*

Dar ce înseamnă în concret acest lucru? Cât de departe pot merge judecătorii în cenzurarea voinței administrației atunci când aplică controlul prescris de principiul proporționalității? Este vorba de o pătrundere pe terenul oportunității emiterii unui act administrativ?

Legiuitorul român nu a fost preocupat în mod deosebit de aceste aspecte, astfel că nu există nicio mențiune în legislația contenciosului administrativ care să precizeze în mod clar limitele interferenței instanței de judecată în activitatea administrației.

În doctrina românească, s-au evidențiat două teze în legătură cu acest „cartof fierbinte” al controlului exercitat de către instanțele de judecată asupra actelor administrative.

Conform opiniei *Școlii de la București*, oportunitatea este o componentă a legalității actului administrativ, ceea ce înseamnă că „judecătorul de contencios administrativ are dreptul să verifice dacă administrația publică nu a acționat abuziv, contrar interesului public, așa cum rezultă din legea pe care se întemeiază actul administrativ atacat”¹⁵.

Cea de-a doua teorie aparține *Școlii de la Cluj* și proclamă că legalitatea și oportunitatea reprezintă două condiții distincte de valabilitate a unui act administrativ, cu consecința că „asupra oportunității actelor

puterii judecătorești. Potrivit jurisprudenței instanței supreme, prin sintagma „depășirea atribuțiilor puterii judecătorești”, ca motiv de recurs, se înțelege incursiunea autorității judecătorești în sfera autorității executive sau legislative, astfel cum acestea sunt delimitate de Constituție și legile organice, instanța judecătorească săvârșind acte care intră în atribuțiile altor organe. A se vedea Deciziile nr. 352/2016 și nr. 131/2019 ale Î.C.C.J, Secția I civilă, disponibile pe www.scj.ro, accesat în data de 12.08.2021.

¹⁵ Antonie IORGOVAN, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, ediția a 4-a, Editura All Beck, București, 2005, p. 48.

administrative, instanțele de contencios administrativ nu au competență să se pronunțe.”¹⁶

Importanța practică a diferenței dintre cele două curente de gândire constă în puterea instanței investită cu o acțiune în contencios administrativ, respectiv dacă voința discreționară a administrației poate fi cenzurată de către instanță în orice situație, conform *Școlii de la București*, sau dacă instanța de judecată poate interveni doar atunci când este încălcată competența legată a autorităților administrative, lăsând neatinsă marja puterii de apreciere a acestora, potrivit *Școlii de la Cluj*.

Ca de cele mai multe ori, totul este relativ. În acest sens, într-un remarcabil studiu dedicat acestui „pseudo-conflict” de opinii¹⁷, profesorul Ovidiu Podaru a explicat că „prin oportunitate înțelegem acea calitate a unui act administrativ de a fi emis în exercitarea normală a puterii de apreciere” și că „în limite normale, oportunitatea este altceva decât legalitatea unui act administrativ; (...) dincolo de limita normalului (unde vom regăsi abuzul și disproporția vădită), oportunitatea este un aspect al legalității.” De asemenea, a concluzionat că excesul administrației este întotdeauna susceptibil de cenzură din partea instanței, inclusiv în cazul exercitării puterii discreționare de către administrație, dar că atunci când niciun exces de putere nu poate fi detectat de către instanță, aceasta din urmă nu va putea să se substituie administrației și să anuleze un act administrativ pe motiv de inoportunitate¹⁸.

¹⁶ Ilie IOVĂNAȘ, *Drept administrativ*, Editura Servo Sat, Arad, 1997, p. 51.

¹⁷ Ovidiu PODARU, „Școala de la București” versus „școala de la Cluj”: război troian sau pseudo-conflict? Eseu despre variile viziuni asupra oportunității actului administrativ (mitologie pentru juriști)”, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia*, nr. 2/2009, <http://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/articol/303>, arhivă: <https://perma.cc/D2DE-WK8P>.

¹⁸ De exemplu, în considerentele Deciziei nr. 2854/2019 a Secției de contencios administrativ și fiscal, instanța supremă a reținut că „... dispozițiile art. 85 alin. (1) lit. k) din Legea nr.

În plus, odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ¹⁹, legiuitorul a explicat prin art. 2 lit. n) semnificația termenului de „exces de putere” ca fiind *exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertăților cetățenilor*. Așadar, în afara dezbaterilor doctrinare elocvente, în prezent există și un reper legal în baza căruia exercitarea puterii de apreciere a administrației poate fi controlată și sancționată în cadrul unei acțiuni formulate în contencios administrativ.

În opinia noastră, definiția legală de mai sus conține în parte o exprimare tautologică deoarece, de cele mai multe ori, exercitarea puterii discreționare de către autoritățile publice are loc cu încălcarea drepturilor și libertăților cetățenilor. Ceea ce este cu adevărat important este ca limitarea drepturilor și libertăților cetățenilor să nu fie împovărătoare, în caz contrar măsura administrației intrând sub incidența principiului proporționalității „care impune respectarea unui echilibru rezonabil între interesul public pe

80/1995 prevăd doar posibilitatea, iar nu obligația comandantului ierarhic superior de a dispune trecerea în rezervă a cadrului militar condamnat definitiv pentru o infracțiune săvârșită din culpă, ceea ce conferă decidentului o marjă de apreciere, pe care însă instanța de judecată este datoare să o sancționeze dacă constată că aceasta a fost exercitată cu depășirea competenței prevăzute de lege ori cu încălcarea drepturilor și libertăților destinatarului actului. Înalta Curte constată că susținerile recurente-reclamante sunt nefondate, prima instanță constatând în mod just că ordinul atacat a fost emis cu respectarea limitelor dreptului de apreciere a autorității publice, fără a putea fi decelat un exces de putere, în sensul art. 2 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 554/2004.”, disponibil la www.scj.ro, accesat în data de 19.08.2021.

¹⁹ Legea nr. 29/1990 a contenciosului administrativ, în vigoare până la data adoptării Legii nr. 554/2004, nu conținea o definiție a excesului de putere.

care autoritatea are obligația să îl reprezinte și drepturile sau interesele legitime private ce pot fi lezate prin conduita administrației.”²⁰

Mai mult, în Codul administrativ²¹, principiul proporționalității a fost pentru prima dată definit și reglementat, cu titlu general în ceea ce privește raporturile dintre administrație și particulari, după cum urmează:

„Formele de activitate ale autorităților administrației publice trebuie să fie corespunzătoare satisfacerii unui interes public, precum și echilibrate din punctul de vedere al efectelor asupra persoanelor. Reglementările sau măsurile autorităților și instituțiilor administrației publice sunt inițiate, adoptate, emise, după caz, numai în urma evaluării nevoilor de interes public sau a problemelor, după caz, a riscurilor și a impactului soluțiilor propuse.

Consecința codificării principiului proporționalității o reprezintă excluderea stereotipurilor cu care de cele mai multe ori opera administrația publică precum și obligarea autorităților publice de a cerceta cu atenție împrejurările unei situații concrete supuse dreptului lor de apreciere, pentru a evita măsurile disproportionale în raport cu particularii vizați.

Din perspectiva controlului judiciar asupra activității organelor administrative, același reputat autor²² a susținut că reglementarea legală de mai sus deschide calea unui control maximal de oportunitate (control de proporționalitate), în sensul că instanța de contencios administrativ poate cenzura oportunitatea unui act administrativ în măsura în care dispune de mijloace procedurale adecvate acestui tip de control extins, cum ar fi accesul

²⁰ Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția de contencios administrative și fiscal, Decizia nr. 807/2012, citată în Gabriela Bogasiu, *Legea contenciosului administrativ. Comentată și adnotată*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 113.

²¹ Codul administrativ a fost aprobat prin OUG nr. 57/2019, publicată în Monitorul Oficial nr. 555 din 5 iulie 2019.

²² Ovidiu PODARU, *Drept administrativ. Vol. I. Actul administrativ (I). Repere noi pentru o teorie altfel, Tomul I. Noțiuni, Ediția a 2-a*, Editura Hamangiu, București, 2022, pp. 379-401.

la constatările autorității pârâte înseși în alte situații, apropiate în timp și relativ identice ca circumstanțe, sau apelul la un specialist cu cunoștințe și experiență similare din aparatul administrativ. Deși poate părea ca o „trădare” a gândirii *Școlii de la Cluj*, credem că teoria profesorului Podaru este atractivă pentru instanțele judecătorești care vor să corecteze unele „nedreptăți de sistem” cu care se confruntă uneori particularul și pentru care apelul la principiul proporționalității este ultimul resort.

În continuare, vom analiza interdependența dintre puterea discreționară și principiul proporționalității pe măsură ce vom căuta răspunsul la întrebările esențiale despre puterea discreționară: de ce a devenit atât de importantă în activitatea aparatului administrativ modern, ce este de fapt puterea discreționară și cum este aplicată în concret de către organele administrative?

II. Puterea discreționară

A. De ce?

Exercitarea puterii discreționare a fost și este probabil cea mai criticată prerogativă pe care puterea legislativă a conferit-o organelor administrației publice.

Într-adevăr, s-a demonstrat în numeroase prilejuri că, oferind unei autorități marjă de apreciere în alegerea mai multor cursuri de acțiune, puterea cu care a fost investită a acționat împotriva scopului inițial, și anume cel de reducere a birocrăției și de optimizare a aparatului administrativ, generând prejudicii mai grave particularilor. Probabil cea mai simplă explicație a acestei denaturări este, după cum spunea Lordul Acton, faptul că

„puterea corupe, iar puterea absolută corupe în mod absolut”²³, sau potrivit judecătorului Douglas de la Curtea Supremă a Statelor Unite ale Americii: „Discreția absolută este un stăpân nemilos. Este mai distructivă pentru libertate decât orice invenție a omului”²⁴.

Într-un stat de drept și într-o societate guvernată în virtutea principiului legalității, puterea discreționară nu poate fi echivalentul arbitrariului²⁵. Dreptul administrativ încearcă să limiteze această tendință spre exces a administrației prin instituirea unor mecanisme de control judiciar precum principiul proporționalității. Astfel, puterea discreționară trebuie exercitată în concordanță cu scopul care stă la baza acordării sale, dar fără ca deciziile emise pe parcurs să afecteze în mod substanțial drepturile subiective ale cetățenilor.

Totuși, de aici până la acuzațiile de „tiranism” sau „despotism” puse în sarcina aparatului administrativ este cale lungă. Ostilitatea argumentelor îndreptate spre instrumentul puterii discreționare este în mare parte rezultatul neînțelegerii necesității utilizării sale în executarea politicilor

²³ Neal WOOD, *Cicero's Social and Political Thought*, Editura University of California Press, Berkeley, 1988, p. 160.

²⁴ Christopher A. ANZALONE, *Encyclopedia of Supreme Court Quotations*, ed. M.E. Sharpe, 2000, New York, p. 174, https://books.google.ro/books?id=3JCjZWrQjA4C&pg=PR3&source=gbs_selected_pages, accesat în 30.08.2021.

²⁵ Danièle LOCHAK, „Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ?”, în *Pouvoirs – Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, nr. 46/1988, pp. 43-44.

guvernamentale, sau este de fapt un pretext folosit de adepții politicii *laissez-faire*²⁶ pentru a câștiga teren²⁷.

Legile nu se aplică singure, ele au nevoie de o forță suplimentară pentru a fi puse în executare. În mod tradițional, se consideră că parlamentul acordă puteri discreționare executivului în virtutea cunoștințelor și experienței organelor sale administrative, fiind astfel cel mai bine plasat să acționeze în vederea aplicării legii²⁸. Autoritățile administrative sunt cele mai competente să realizeze obiectivul de interes public stabilit prin legislație datorită supravegherii continue pe care o desfășoară agenții săi și datorită contactului direct cu problemele cauzate de punerea în aplicare a normelor²⁹.

²⁶ *Laissez-faire* reprezintă politica minimei intervenții a statului în economie și promovează principiul liberei funcționări a piețelor și al competiției, care se traduce prin aceea că acțiunile individuale, private, motivate de interese egoiste, contribuie împreună la bunăstarea societății. Vezi Simona-Gabriela MAȘCA, Viorela Ligia VĂIDEAN, Andreea GOLGUȚ, „Statul și economia – aspecte teoretice și evidențe empirice în UE”, în *Economie teoretică și aplicată*, vol. XVIII, nr. 5/2011, p. 17.

Originea termenului este incertă, dar folclorul sugerează că este derivat din răspunsul pe care l-a primit Jean-Baptiste Colbert, controlor general al finanțelor din timpul regelui Ludovic al XIV-lea al Franței, când i-a întrebat pe industriași ce ar putea face guvernul pentru a le ajuta afacerile: „Lăsați-ne în pace”. Disponibil la <https://www.britannica.com/topic/laissez-faire>, accesat în data de 10.09.2021.

²⁷ Robert M. COOPER, „Administrative justice and the role of discretion”, în *Yale Law Journal*, vol. 47, nr. 4/1938, pp. 577-578.

²⁸ *Ibidem*, p. 583.

²⁹ De pildă, în urma unui studiu efectuat de Consiliul Concurenței din România (autoritate administrativă autonomă), acesta a solicitat modificarea legislației privind înființarea cabinetelor medicale veterinare și a firmelor de contabilitate deoarece a rezultat că cerințele de înființare și funcționare a acestor persoane juridice sunt mai restrictive decât cele necesare pentru desfășurarea activității cabinetelor medicale umane, constituind bariere care afectează concurența. Disponibil la <http://www.consiliulconcurentei.ro/wp->

Ca atare, exercitarea puterii discreționare de către funcționari calificați și instruiți în domenii specializate constituie „răspunsul contemporan la provocarea de a acoperi decalajul dintre un guvern popular și un guvern științific”³⁰.

În plus, puterea discreționară se situează în centrul prerogativelor de putere publică ale administrației și reprezintă un instrument indispensabil funcționării sale, răspunzând necesității unei anumite libertăți de acțiune, întrucât situațiile și nevoile individuale nu pot fi predeterminate de către legiuitor, fiind imposibil să se prevadă, apriori, toate ipotezele de acțiune ale administrației³¹. Așa cum s-a specificat în literatura de specialitate, administrația nu poate fi redusă la imaginea unui robot cu comportament programat³², întrucât circumstanțele diferă de la un caz la altul, iar aplicarea unei reguli în mod mecanic tuturor ipotezelor de lucru în mod cert va genera nedreptate.

În opinia noastră, acordarea unei marje de apreciere organului administrativ ar trebui să aibă drept consecință protejarea deplină a drepturilor fundamentale ale particularului, câtă vreme autoritatea poate în acest mod să cântărească impactul pe care promovarea interesului public îl are asupra dreptului subiectiv al cetățeanului, și astfel să ajungă la concluzia că, în anumite împrejurări particulare, este preferabilă renunțarea la măsura de interes general, în favoarea protecției intereselor particularilor. Cu alte

<content/uploads/2021/08/studiu-veterinari-si-conta-aug-2021.pdf>,
<https://perma.cc/ESD6-AULP>.

arhivă:

³⁰ Robert M. COOPER, op.cit., p. 583.

³¹ Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public, 12ème édition*, Editura Dalloz, Paris, 2002, p. 351.

³² Ovidiu PODARU, op.cit., p. 361; René Chapus, *Droit administratif général, 13ème édition*, Editura Montchrestien, Paris, 1999, p. 1011.

cuvinte, să aplice metodologia dezvoltată sub spectrul principiului proporționalității. Este foarte important ca organele administrației publice să acționeze în mod judicios atunci când utilizează atribuții cu putere de apreciere, pentru că acordarea unor astfel de prerogative are ca temei și scop însăși promovarea interesului public, care trebuie întotdeauna să se consolideze pe corectitudine, transparență, responsabilitate și integritate în luarea deciziilor. Astfel, atunci când manifestarea voinței sale nu este strict determinată prin lege, administrația trebuie să găsească, în urma evaluării și aprecierii adecvate a faptelor, soluția optimă posibilă din punctul de vedere al satisfacerii interesului general și al respectării drepturilor individuale ale persoanelor³³. În acest sens, decizia Autorității Naționale pentru Cetățenie de a respinge cererea de dobândire a cetățeniei române formulată de o persoană care a fost condamnată pentru trafic de stupefiante în străinătate este judicioasă, întrucât Legea nr. 21/1991 prevede că una dintre condițiile de acordare a cetățeniei este aceea de a nu fi fost condamnat în țară sau în străinătate pentru o infracțiune care îl face nedemn de a fi cetățean român. Apreciem că traficul de droguri constituie o asemenea infracțiune, astfel încât nu poate fi detectat niciun exces în exercitarea puterii discreționare de către autoritate, decizia de respingere respectând principiul proporționalității. Pe de altă parte, nu același lucru se poate spune în cazul respingerii cererii de dobândire a cetățeniei române a unei persoane condamnate pentru infracțiunea de neglijență în serviciu, în condițiile în care singurul prejudiciu a fost cel produs societății angajatoare și a fost de natură pecuniară, de o valoare relativ minoră. În această situație, decizia de respingere nu a respectat principiul proporționalității, deoarece fapta pentru care petentul a fost

³³ Jean-Marie WOEHLING, „Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France”, în *La Revue administrative*, 52e Année, nr. 7/1999, p. 79-80.

condamnat nu constituie o infracțiune care îl face nedemn de a fi cetățean român, autoritatea nereușind să asigure echilibrul necesar între protejarea interesului național și respectarea interesului legitim privat de dobândire a cetățeniei române.

B. Ce?

Unul dintre cele mai fervente domenii de interes ale dreptului administrativ îl constituie exercitarea puterii discreționare de către autoritățile statului, dat fiind că puterea discreționară reprezintă limita superioară a puterii pe care orice organ administrativ o poate deține într-o democrație³⁴.

În general, termenul „discreționar” este asociat cu alegerea liberă, fără existența vreunui criteriu predeterminat, oricât de arbitrară ar fi acea alegere. O persoană care își întocmește testamentul dispune de o asemenea libertate în privința persoanei gratificate, fără a putea fi îngrădită în inițiativa sa. Totuși, atunci când acest termen apare în contextul dreptului administrativ, el dobândește o altă semnificație, care implică rațiunea organului emitent al actului administrativ, și nu „capriciul” acestuia, ceea ce înseamnă că puterea discreționară trebuie exercitată în mod imparțial, după rigorile legii, iar nu conform prejudecăților organului emitent³⁵.

³⁴ J. H. GREY, „Discretion in Administrative Law”, în *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 17, nr. 1/1979, p. 107.

³⁵ Brian Z. TAMANAHA, *A Concise Guide to the Rule of Law*, în Gianluigi PALOMBELLA și Neil WALKER (ed.), „Relocating the Rule of Law”, Editura Hart Publishing, Portland, 2009, p. 7-8.

În doctrina de drept public, atât de la noi din țară³⁶, cât și din străinătate³⁷, puterea discreționară este ilustrată ca fiind facultatea administrației de a alege, în limita competenței stabilite de către legiuitor, între două sau mai multe conduite, în aceeași măsură legale, pe baza unei aprecieri libere a stării de fapt³⁸. De fapt, puterea discreționară poate fi cel mai bine definită drept capacitatea de a lua o decizie care să nu poate fi catalogată nici corectă, nici greșită³⁹, dacă celelalte condiții de legalitate sunt îndeplinite. De exemplu, acordarea grațierii individuale este o prerogativă exclusivă a

³⁶ Ovidiu PODARU, op.cit., p. 360; Tudor DRĂGANU, *Introducere în teoria și practica statului de drept*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1992, p. 186; Dana APOSTOL-TOFAN, *Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice*, Editura All Beck, București, 1999, p. 22; Emil BĂLAN, *Instituții administrative*, Editura C. H. Beck, București, 2008, p. 27.

³⁷ Paul LEWALLE, Luc DONNAY, *Contentieux administratif, 3e édition*, Editura Larcier, Bruxelles, 2008, p. 1067; Mattias GUYOMAR, „Les sanctions infligées par une autorité administrative”, în *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2007, p. 1199; René CHAPUS, op.cit, p. 1011.

³⁸ De pildă, potrivit art. 221 alin. (1) din Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței domestice, rep. M.of.: 948/15 octombrie 2020, ordinul de protecție provizoriu se emite de către polițiștii care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, constată că există un risc iminent ca viața, integritatea fizică ori libertatea unei persoane să fie pusă în pericol printr-un act de violență domestică, în scopul diminuării acestui risc. În exercitarea acestei atribuții, polițiștii dispun de o marjă largă de apreciere a stării de fapt, putând alege între mai multe măsuri de protecție apte să contribuie la diminuarea riscului iminent constat, dintre care: evacuarea temporară a agresorului din locuința comună, indiferent dacă acesta este titularul dreptului de proprietate; reintegrarea victimei și, după caz, a copiilor în locuința comună; obligarea agresorului la păstrarea unei distanțe minime determinate față de victimă, față de membrii familiei acesteia, ori față de reședința, locul de muncă sau unitatea de învățământ a persoanei protejate; obligarea agresorului de a purta permanent un sistem electronic de supraveghere; obligarea agresorului de a preda poliției armele deținute. Disponibil la www.legislatie.just.ro, accesat în data de 17.09.2021.

³⁹ J. H. GREY, op.cit., p. 108.

Președintelui României, prevăzută expres în art. 94 lit. d) din Constituție, iar exercitarea acesteia implică analiza și decizia exclusivă a Președintelui, în temeiul unor aprecieri proprii, fără ca vreun condamnat să poată invoca dreptul de a fi grațiat, sau ca altă entitate statală să poată cenzura alegerea sa⁴⁰.

Odată cu urcarea pozițiilor în ierarhia administrativă, puterea de apreciere atribuită autorităților crește rapid⁴¹. Prim-ministrul Guvernului

⁴⁰ În doctrina și în jurisprudența națională s-au purtat discuții acerbe cu privire la natura juridică a decretului de grațiere și a susceptibilității sale de a fi atacat pe calea contenciosului administrativ.

Conform practicii curții supreme din țara noastră: „Între persoana care solicită grațierea individuală și Președinte nu se naște un raport de drept administrativ tipic, supus cenzurii instanței de contencios administrativ, decretul de acordare a grațierii și, respectiv, de revocare a acesteia, fiind, astfel cum au fost definite în doctrină, acte juridice complexe supuse unui regim de drept constituțional, cu implicații în planul dreptului procesual-penal. Așa fiind, în mod corect instanța de fond a considerat că decretul de grațiere și corespunzător decretul de revocare a grațierii nu sunt acte administrative supuse controlului de legalitate al instanței de contencios administrativ, în sensul dispozițiilor art. 1 din Legea nr. 544/2004, după cum nici respingerea cererii de grațiere (Legea nr. 546/2002 – art. 10) nu poate fi considerată un refuz de rezolvare a unei cereri în sensul acelorași dispoziții legale (art. 1 alin. [1] din Legea nr. 544/2004).” Decizia nr. 4416 din 20 septembrie 2005, ICCJ – Secția de contencios administrativ și fiscal, disponibilă la: www.scj.ro, accesat în data de 17.09.2021.

Pe de altă parte, în literatura de specialitate, s-a susținut că, „decretul de grațiere individuală nu este un act care să privească raporturile Președintelui cu Parlamentul și prin urmare nu poate fi sustras controlului de contencios administrativ, decât cu încălcarea prevederilor art. 21 și 52 din Constituția României revizuită, a art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului”. Lucian CHIRIAC, „Despre irevocabilitatea și controlul de legalitate a decretului de grațiere – act administrativ individual”, în revista *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia*, nr. 2/2009, <http://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/articol/295>, arhivă: <https://perma.cc/W8VR-3BZN>, pp. 46-54.

⁴¹ Bool CHAND, op.cit., p. 412.

României, de exemplu, dispune de o largă plajă de prerogative discreționare, începând cu numirea și eliberarea din funcțiile de secretar de stat (art. 31 din Codul administrativ) și până la constituirea, prin decizie, de consilii, comisii și comitete interministeriale în scopul rezolvării unor probleme operative (art. 34 din Codul administrativ). În schimb, un agent constator din cadrul unui organ deconcentrat aflat în subordinea Guvernului dispune, în general, doar de puterea discreționară de a stabili sancțiunea în cazul comiterii unei contravenții⁴². Apreciem că pentru a avea un autocontrol mai eficient în privința folosirii puterii discreționare, organele administrative trebuie să fie investite cu putere discreționară în mod limitat, numai în ceea ce privește anumite atribuții speciale, cu excluderea unei competențe discreționare generale.

Manifestări ale puterii discreționare pot fi întâlnite atât la emiterea de acte administrative propriu-zise, mai exact acte individuale și acte normative, cât și la exprimarea de refuzuri nejustificate, consacrate terminologic de legea contenciosului drept acte administrative asimilate (art. 2 alin. (2) din Legea nr. 554/2004).

În general, atunci când adoptă acte normative în baza puterii de apreciere conferite, administrația devine „vocea legiuitorului” și dispune de libertatea de a stabili propria bază legală pentru viitoarele activități administrative, fie prin reglementarea metodelor și formelor juridice de acțiune, fie prin stabilirea perioadei, a teritoriului și a domeniului de aplicare

⁴² Art. 12 alin. (4) din HG nr. 488/2017 privind Regulamentul de organizare și funcționare a Inspecției Muncii: „Inspectorii de muncă încheie procese-verbale de control și procese-verbale de constatare și sancționare a contravențiilor, de regulă la sediul angajatorului sau la orice alt loc de muncă organizat de acesta și, prin excepție, la sediile inspectoratelor teritoriale de muncă.” Disponibil la www.legislatie.just.ro, accesat în data de 17.09.2021.

a actului normativ, sau prin trasarea procedurilor interne de operare în procesele de îndeplinire a obiectivelor și sarcinilor publice⁴³.

Pe de altă parte, în ceea ce privește emiterea de acte administrative individuale, puterea discreționară poate fi observată din trei perspective:

- a) autoritatea publică are dreptul să decidă dacă va acționa sau nu va acționa într-un caz anume; de exemplu, potrivit art. 10 alin. (1) din Legea nr. 60/1991 privind organizarea și desfășurarea adunărilor publice, primarul localității, la propunerea comisiei de avizare, poate interzice organizarea adunărilor publice atunci când deține date de la organele specializate, din care rezultă că desfășurarea acestora ar duce la acțiuni turbulente de natură a pune în primejdie ordinea și liniștea publică, siguranța persoanelor, integritatea corporală, viața sau bunurile acestora ori ale domeniului public.
- b) autoritatea are posibilitatea de a opta pentru una dintre acțiunile prevăzute de lege; de pildă, în baza art. 492 din Codul administrativ, funcționarul public care se face vinovat de abaterea disciplinară privind absența nemotivată de la serviciu poate fi sancționat de către conducătorul instituției publice cu oricare dintre următoarele sancțiuni disciplinare: diminuarea drepturilor salariale cu 5-20% pe o perioadă de până la 3 luni, sau cu 10-15% pe o perioadă de până la un an de zile; suspendarea dreptului de promovare pe o perioadă de la unu la 3 ani; retrogradarea într-o funcție publică de nivel inferior, pe o perioadă de până la un an, cu

⁴³ Rafał Stasikowski, „Issues of administrative powers in the processes of executing administrative law”, în *Studia Administracyjne*, nr. 11/2019, p. 90.

diminuarea corespunzătoare a salariului; destituirea din funcția publică.

- c) autoritatea publică are posibilitatea să decidă în mod liber cum va acționa într-o anumită situație; de exemplu, conform art. 33 din Legea nr. 55/2020 privind unele măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, pe durata stării de alertă, în domeniul transportului aerian, ministerul de resort poate dispune măsuri, respectiv restricții, cu privire la igiena și dezinfecția spațiilor comune, echipamentelor, mijloacelor de transport și aeronavelor, în scopul prevenirii contaminării pasagerilor și personalului ce activează în domeniul transportului aerian.

Puterea discreționară poate fi identificată cel mai ușor atunci când în legislație este utilizată expresia „poate” sau „are dreptul/posibilitatea”, în timp ce expresiile „trebuie”, „este obligat”, „îi este interzis” semnaleză lipsa discreției pentru factorul de decizie, competența sa fiind legată.

Puterii discreționare i se opune competența legată. Aceasta din urmă poate fi recunoscută atunci când conținutul actului administrativ este complet predeterminat de norma legală, în cuprinsul căreia se menționează expres elementele de fapt și de drept necesare pentru emiterea actului⁴⁴, fiind o simplă îndatorire legală de îndeplinit în privința căreia organul administrativ nu are opțiune⁴⁵. În practică, situațiile nu se prezintă niciodată în alb sau

⁴⁴ Jean-Marie WOEHLING, op.cit., p. 76.

⁴⁵ Potrivit art. 12 al. 1 din Legea nr. 416/2001, stabilirea dreptului la ajutorul social și a cuantumului acestuia se face prin dispoziție scrisă a primarului, însă atât persoanele îndreptățite la ajutor social, cât și cuantumul acestuia sunt expres prevăzute în cuprinsul art. 1 alin. (1) („Familii și persoanele singure, cetățeni români, au dreptul la un venit minim

negru, respectiv nu întotdeauna există o delimitare fermă între puterea discreționară și competența legată, acestea două putând fi regăsite în mai multe elemente care împreună conduc la manifestarea de voință finală a administrației sub forma actului administrativ⁴⁶. De pildă, sunt frecvente situațiile în care legislația supune producerea unor efecte juridice de îndeplinirea unei condiții de fapt. Organul administrativ competent trebuie să constate dacă faptele care îi sunt prezentate se încadrează în categoria juridică prevăzută de lege, deci avem un element discreționar, însă odată calificate juridic faptele, consecințele juridice se produc automat în baza legii, fără ca organul administrativ să poată influența soluția legală, așadar un element legat⁴⁷.

De aici putem decela o altă particularitate, și anume că nu este necesar ca elementul discreționar să apară doar în ultima etapă a procesului decizional, din contră, este posibil ca operațiunile administrative care stau la baza actului administrativ să fie efectuate cu putere de apreciere din partea

garantat ca forma de asistență socială”) și art. 5 alin. (1) din același act normativ („Cuantumul ajutorului social se stabilește ca diferență între nivelurile prevăzute la art. 4, transformate în lei, și venitul net lunar al familiei sau al persoanei singure”), ceea ce înseamnă că primarul nu are nicio marjă de apreciere în acest domeniu, fiind obligat să emită dispoziția dacă sunt întrunite condițiile legale. Disponibil la www.legislatie.just.ro, accesat în data de 24.09.2021.

⁴⁶ Jean-Marie Woehrling, op.cit., p. 80.

⁴⁷ Conform art. 13 din Legea nr. 407/2006 a vânătorii și a protecției fondului cinegetic, pentru pagubele și/sau daunele produse de către exemplarele din speciile de faună de interes cinegetic se acordă despăgubiri, în urma cererii formulate de către proprietarii de culturi agricole, prin decizie de plată emisă de către conducătorul structurilor teritoriale de specialitate ale autorității publice centrale care răspunde de vânătoare (competență legată). Constatarea pagubelor, evaluarea acestora și stabilirea răspunderii civile se realizează de către comisia de constatare în cuprinsul unui proces-verbal (putere discreționară). Disponibilă la: <http://legislatie.just.ro>, accesat în data de 24.09.2021.

organului emitent, în timp ce actul administrativ propriu-zis să fie emis în mod automat sub imperiul competenței legate.

C. Cum?

O relație stabilă între stat și cetățenii săi reprezintă un deziderat care se dovedește a fi de multe ori utopic, cu toate că acesta ar putea fi realizat dacă legislația ar conține norme simple și clare care să-i permită cetățeanului să știe din timp ce se așteaptă de la el și care să-i permită să-și planifice activitățile în mod previzibil⁴⁸. Îndeosebi, atunci când în scenă intervine puterea discreționară a autorităților publice, idealul stat-cetățeni este perturbat, pentru că permite agenților statului să realizeze propria evaluare a echilibrului dintre interesul public și interesele individuale ale cetățenilor, deznodământul fiind uneori lipsit de predictibilitate pentru cei din urmă⁴⁹.

⁴⁸ Pentru ca legea să satisfacă cerința de previzibilitate trebuie ca ea să precizeze cu suficientă claritate întinderea și modalitățile de exercitare a puterii de apreciere a autorităților în domeniul respectiv, ținând cont de scopul legitim urmărit, pentru a oferi persoanei o protecție adecvată împotriva arbitrarului (Hotărârea din 4 mai 2000, pronunțată în Cauza Rotaru împotriva României, pg. 52, și Hotărârea din 25 ianuarie 2007, pronunțată în Cauza Sissanis împotriva României, pg. 66). Pentru detalii, a se consulta <https://hudoc.echr.coe.int>, accesat în data de 27.09.2021.

⁴⁹ De pildă, într-o cauză în care a fost supus controlului instanței de contencios administrativ articolul 3 din Ordinul A.N.S.V.S.A. nr. 17/2011, s-a statuat că textul legal, prin modul în care a fost formulat, nu lasă de înteles în mod evident că operatorii economici pot recurge și la entitățile private care acționează în domeniu, or aceasta deschide calea încălcării principiilor concurenței loiale, inclusiv prin poziția dominantă pe care ar dobândi-o pe piață laboratoarele A.N.S.V.S.A., autoritate care are și funcția de verificare și control. Având în vedere cumulumul de atribuții de supraveghere, prevenire și control pe care îl deține autoritatea publică în domeniul său de activitate, și, mai cu seamă, poziția dominantă pe care o ocupă în virtutea prerogativelor de putere publică, A.N.S.V.S.A. avea obligația rezultată din exigențele bunei administrări să

Tiparul administrativ de exercitare a unei prerogative discreționare este asemănător, sau ar trebui să fie, modelului judiciar de pronunțare a unei hotărâri judecătorești. Mai exact, într-o primă etapă se stabilesc faptele și se determină dispozițiile legale aplicabile speței, urmând ca, ulterior, organul administrativ să aplice norma legală problemei ce reiese din situația de fapt prezentată, optând pentru una dintre căile posibile de rezolvare⁵⁰. Astfel, este foarte important ca deciziile adoptate să aibă în vedere toate împrejurările de fapt relevante în cauză și să se bazeze pe o analiză minuțioasă a lor, nu doar pe simple presupuneri, chiar dacă presupune un rol activ din partea decidenților în colectarea de informații suplimentare.

Legislația poate prevedea în cazul exercitării atribuțiilor cu putere discreționară anumite cerințe care trebuie îndeplinite în cursul procesului decizional, cum ar fi obligația de consultare publică, obligația de solicitare a unor avize consultative din partea altor organe administrative, obligația de a folosi și limba maternă în unitățile administrativ-teritoriale în care cetățenii aparținând minorităților naționale au o pondere de peste 20% din numărul locuitorilor etc.

Totuși, dacă legislația nu specifică factorii care trebuie luați în considerare, decidentul trebuie să țină cont de soluția adoptată anterior cu prilejul emiterii unor acte administrative de același fel⁵¹. Practic, în acest caz,

emită norme administrative clare, care să nu genereze riscul distorsionării liberei concurențe și apariției conflictelor de interese. Astfel, este nelegal actul administrativ care nu îndeplinește condiția de claritate în măsură să excludă interpretarea în sensul deturnării interesului public, fiind emis cu exces de putere. Decizia ICCJ nr. 1622 din 27 martie 2014, disponibilă la: www.scj.ro, accesat în data de 27.09.2021.

⁵⁰ Jean-Marie WOEHLING, op.cit., p. 77.

⁵¹ Nu numai soluțiile anterioare identice rezultate din emiteria unor acte administrative au putere obligatorie pentru organele emitente, dar și practica anterioară identică a organelor

este vorba despre respectarea principiului protecției încrederii legitime, care constă în existența unei acțiuni constante a administrației de natură să contureze modalitatea în care intenționează să acționeze în viitor într-un caz similar, ceea ce creează o așteptare legitimă pentru particulari, cu excepția situației în care există un interes public superior care să o determine să se comporte altfel⁵².

În orice caz, puterea discreționară poate fi utilizată de către administrație numai cu respectarea competenței și a procedurii prevăzute de lege, ceea ce exclude posibilitatea de a crea alte reguli sau norme legale prin actele administrative emise în exercițiul acesteia⁵³.

competente constând în abținerea de la emiterea actelor administrative. De pildă, în jurisprudența CJUE, în Cauza C-183/14 Salomie și Oltean, Hotărârea din 9 iulie 2015 (pct. 44), în care s-a invocat principiul protecției încrederii legitime în raport cu faptul că organele fiscale nu au solicitat anterior plata TVA aferentă tranzacțiilor imobiliare încheiate de persoane fizice, s-a reținut că: „În al doilea rând, în ceea ce privește principiul protecției încrederii legitime, dreptul de a se prevala de acest principiu se extinde la orice justițiabil pe care o autoritate administrativă l-a determinat să nutrească speranțe întemeiate prin furnizarea unor asigurări precise.” În final, Curtea de Justiție de la Luxemburg a concluzionat în această speță că: „Astfel, o asemenea practică (a organului fiscal n.n.), oricât ar fi de regretabilă, nu poate fi a priori de natură să dea contribuabililor vizați asigurări precise cu privire la neaplicarea TVA-ului unor operațiuni imobiliare precum cele în discuție în litigiul principal.” Disponibilă pe <http://curia.europa.eu>, accesat în data de 28.09.2021.

⁵² Paul CRAIG, „Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law”, în *The Cambridge Law Journal*, vol. 55, nr. 2/1996, pp. 301-304.

⁵³ Instanța a apreciat că prin Normele Metodologice aprobate prin HG: 453/2007 s-a adăugat la dispozițiile legale în aplicarea cărora acestea au fost edictate, în sensul că prin dispozițiile art. 1 și art. 2 din Legea nr. 315/2006 s-a prevăzut expres dreptul cadrelor didactice la acordarea ajutorului financiar în echivalent a 100€, iar prin dispozițiile art. 4 din același act normativ se prevede sursa de asigurare a finanțării acestui ajutor, și anume de la bugetul de stat, fără a se institui nicio condiționare cu privire la limita fondurilor bugetare. Prin urmare,

Totodată, expunerea sintetică a motivelor de fapt și de drept care au stat la baza deciziei administrației nu are voie să lipsească din cuprinsul niciunui act administrativ, în caz contrar, actul fiind anulabil⁵⁴. Motivarea unui act administrativ este singura cale prin care atât persoana vătămată, cât și instanța de judecată pot verifica raționamentul parcurs de autorul actului emis⁵⁵.

dispoziția art. 5 alin. 3 din HG: 453/2007, care statuează că sumele necesare plății ajutorului financiar se suportă din bugetul ministerului de resort în limita creditelor bugetare aprobate, este susceptibilă să anihileze, practic, dreptul cadrelor didactice la ajutorul financiar ce li se cuvine, în puterea legii, într-un quantum prestabilit, și anume echivalentul în lei a sumei de 100 euro. În condițiile în care legiuitorul a înțeles să confere acest ajutor bănesc cu o valoare fixă, atunci în contextul adoptării metodologiei de aplicare a dispozițiilor legale nu se poate restricționa acest drept, prin introducerea unor condiții neavute în vedere la edictarea actului normativ cu forță juridică superioară. Pentru detalii, a se vedea Sentința civilă nr. 6128/10.06.2015, pronunțată de Tribunalul București, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 28.09.2021.

⁵⁴ Din păcate, de cele mai multe ori, organul administrativ se rezumă la a indica în cuprinsul actului administrativ doar textele legale sub imperiul cărora a acționat, fără a descrie, măcar în mod succint, starea de fapt reținută. Astfel, instanțele de contencios administrativ investite cu o acțiune în anularea actului administrativ nu au altă soluție la îndemână decât aceea de a admite acțiunea, chiar dacă, pe fondul litigiului, este posibil ca autoritatea să fi fost îndreptățită la emiterea respectivului act. Cu titlu de exemplu, a se vedea Decizia nr. 1530/15.03.2018 pronunțată de către Curtea de Apel București, disponibilă la: www.rolii.ro, accesată în data de 30.09.2021.

⁵⁵ În jurisprudența națională s-a conturat o practică majoritară de respingere a motivului de nulitate privind nemotivarea actului administrativ în cazul în care, deși nu a fost descrisă starea de fapt în cuprinsul acestuia, totuși a fost menționat un alt act sau o altă operațiune administrativă (aviz, raport, propunere etc) care conține relatarea împrejurărilor de fapt. Cu titlu de exemplu, a se vedea Decizia nr. 2557/29.09.2020, pronunțată de către Curtea de Apel București, disponibilă la: www.rolii.ro, accesată în data de 02.10.2021.

În general, norma legală care conferă putere discreționară unei autorități prevede și interesul public care necesită a fi protejat prin utilizarea prerogativelor respective, fiind astfel mult mai simplu pentru organul emitent al actului administrativ să motiveze oportunitatea luării acelei măsuri. De pildă, Legea nr. 295/2004 privind regimul armelor, componentelor esențiale și al munițiilor prevede că autorizația de procurare a armelor letale se acordă persoanelor care nu prezintă pericol pentru ordinea publică, siguranța națională, viața și integritatea corporală a persoanelor. Așadar, autoritatea de resort deține o marjă largă de apreciere a cauzelor care pot să impiezeze asupra dreptului persoanelor la deținerea autorizată a unei arme letale, în practică evidențiindu-se motive precum declanșarea urmăririi penale față de reclamant pentru infracțiuni de furt de energie electrică⁵⁶, braconaj⁵⁷, cămătărie⁵⁸, cruzime față de animale⁵⁹, ori pentru diagnosticarea cu

⁵⁶ În primă instanță, Tribunalul a apreciat că retragerea autorizației a fost nelegală în contextul în care reclamantul, deși a fost acuzat de furt de energie electrică, nu prezintă pericol pentru ordinea publică deoarece în dosarele penale constituite ca urmare a săvârșirii faptelor respective s-a dispus renunțarea la urmărirea penală. În recurs, Curtea de Apel a casat sentința tribunalului și a respins acțiunea reclamantului, arătând că pericolul derivă din comportamentul contrar obligațiilor sociale legale ce revin unei persoane ce deține permis de arme și muniții letale și neletale și trebuie analizat și reținut prin raportare la orice indiciu negativ, pornindu-se de la presupunerea rezonabilă că acea persoană poate comite, în anumite condiții, acțiuni nelegale îndreptate împotriva unei alte persoane, folosindu-se de arma sa și de permisul ce îi dă posibilitatea să o folosească. Decizia nr. 825/2019, Curtea de Apel București, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 02.10.2021.

⁵⁷ Sentința nr. 704/2018/CA a Tribunalului Iași, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 02.10.2021.

⁵⁸ Sentința nr. 638/2017 a Tribunalului Ilfov, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 02.10.2021.

⁵⁹ Sentința nr. 3028/2018 a Tribunalului Cluj, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 02.10.2021.

schizofrenie paranoidă⁶⁰, sau pentru simpla sancționare contravențională a reclamantului⁶¹.

Pe de altă parte, nu este mai puțin adevărat că, într-un mediu juridic din ce în ce mai complex, legislația poate să conțină concepte deschise⁶² care permit administrației să fie flexibilă în stabilirea unor obiective de interes general și în adoptarea unor cursuri de acțiune diferite pentru atingerea obiectivelor⁶³. În aceste cazuri, organul emitent are cu atât mai mult obligația să indice în mod clar și cuprinzător toate elementele de fapt și de drept care au stat la baza deciziei sale, motivarea conferind actului transparență, astfel încât particularii vizați să poată verifica dacă actul este corect fundamentat și, în același timp, pentru ca instanța de judecată să-și poată exercita controlul jurisdicțional⁶⁴.

De pildă, într-o speță dedusă judecării Înaltei Curți de Casație și Justiție, s-a concluzionat că nu s-a respectat cerința motivării actului administrativ, cu toate că autoritatea publică a menționat în actul atacat situația de fapt și textele de lege incidente, ceea ce de regulă ar fi suficient pentru ca actul să fie considerat legal. Cu toate acestea, instanța supremă a apreciat că autoritatea administrativă nu a efectuat o analiză exhaustivă a tuturor condițiilor legale prevăzute de normele respective, deși situația o impunea.⁶⁵ Totodată, în cuprinsul aceleiași hotărâri judecătorești s-a reținut

⁶⁰ Sentința nr. 1934/2017 a Tribunalului Suceava, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 02.10.2021.

⁶¹ Sentința nr. 261/2020 a Tribunalului Sibiu, disponibilă la: www.rolii.ro, accesat în data de 02.10.2021.

⁶² Noțiuni precum „cazuri urgente”, „la nevoie”, „interesele generale ale societății” etc.

⁶³ Rafał STASIKOWSKI, op.cit, p. 89.

⁶⁴ Decizia ÎCCJ nr. 3354/2020, disponibilă la: www.scj.ro, accesat în data de 10.10.2021.

⁶⁵ Decizia ÎCCJ nr. 1692/2020, disponibilă la: www.scj.ro, accesat în data de 10.10.2021.

că orice decizie de natură a produce efecte privind drepturile și libertățile trebuie motivată prin chiar actul care produce efecte juridice, iar nu ulterior, printr-un alt act, mai ales din perspectiva posibilității persoanei de a aprecia asupra legalității și temeiniciei măsurii, respectiv asupra respectării limitelor dintre puterea discreționară și arbitraru⁶⁶.

Creдем că aceasta ar trebui să fie orientarea majoritară a instanțelor judecătorești atunci când se invocă nemotivarea ca motiv de nulitate, în sensul că nu este suficient ca actul administrativ să fie motivat în fapt printr-o operațiune administrativă menționată în preambulul său, ori printr-un act procedural (de pildă, întâmpinarea) depus în fața instanței de contencios administrativ. Pentru ca actul administrativ să fie considerat motivat corespunzător și, implicit, legal, acesta trebuie să conțină toate elementele de fapt și de drept pe care organul administrativ le-a avut în vedere atunci când a emis actul vătămător, în caz contrar, singura soluție fiind anularea acestuia⁶⁷.

Cu precădere, atunci când într-o speță se invocă încălcarea principiului proporționalității, lipsa motivării în fapt face imposibilă verificarea caracterului adecvat, necesar și echilibrat al actului administrativ, întrucât detaliile faprice sunt esențiale în cântărirea efectelor actului asupra drepturilor subiective vătămăte. De exemplu, unei persoane fără cetățenie

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ În practică, am întâlnit anumite soluții de menținere a unor acte administrative care erau nemotivate sau insuficient motivate, însă în acele cazuri judecătorul a motivat soluția de respingere a acțiunii în baza prevalenței interesului public. Într-unul dintre cazuri a fost vorba despre o acțiune în anularea unei decizii de revocare a unui permis de vânătoare pe motiv de pericol social, și deși acesteia îi lipsea motivarea, totuși instanța a respins acțiunea având în vedere că reclamantul și-a amenințat fosta soție că o va împușca cu arma de vânătoare pentru care deținea acel permis.

română îi poate fi revocat dreptul de ședere pe teritoriul statului român pentru varii motive, dintre care unele mai banale, cum ar fi desfășurarea de activități în calitate de salariat fără aviz de angajare în muncă, iar altele foarte grave, precum desfășurarea unor activități de natură să pună în pericol siguranța națională. Or, pentru a putea fi efectuat controlul de proporționalitate a unei astfel de măsuri, instanța trebuie să discearnă din însuși cuprinsul actului administrativ starea de fapt care a atras o măsură atât de dură pentru străinul vizat.

III. Concluzii

Constatăm că orice act de exercitare a puterii discreționare de către administrație conține în mod intrinsec o obligație de proporționalitate. Ignorarea acestei obligații determină vătămarea dreptului persoanei vizate și autorizează intervenția instanței de judecată, dat fiind că emiterea actului administrativ cu încălcarea principiului proporționalității se încadrează în cuprinsul noțiunii de exces de putere, pe care instanța de contencios îl poate sancționa chiar și în cazul exercitării puterii discreționare.

Exercitarea puterii discreționare rămâne o chestiune complexă și relativă, în sensul că evaluarea sa depinde adesea de împrejurările cauzei sau de contextul exercitării sale. Decizia administrativă care respectă principiul proporționalității este cea care reflectă o examinare autentică și realistă a fondului cazului dedus spre soluționare organului administrativ, și care, *per a contrario*, nu se limitează la aplicarea în mod inflexibil a normei legale fără a lua în calcul împrejurările relevante ale speței.

Astăzi, întrebarea nu mai este dacă prerogativele discreționare ale autorităților administrative sunt de dorit sau nu, în schimb ce controale și garanții pot fi introduse pentru a elimina orice abuz în exercitarea puterii

conferite. Credem că posibilitatea de control judiciar pe care o au instanțele prin intermediul principiului proporționalității poate fi un răspuns adecvat la tendința autorităților publice de a devia de la scopul de interes general urmărit de lege și de a impune limite excesive drepturilor și libertăților cetățenilor.

IV. Bibliografie

- APOSTOL-TOFAN, Dana – Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice, Editura All Beck, București, 1999;
- BĂLAN, Emil – Instituții administrative, Editura C. H. Beck, București, 2008;
- BOGASIU, Gabriela – Legea contenciosului administrativ. Comentată și adnotată, Editura Universul Juridic, București, 2015;
- CHAPUS, René – Droit administratif général, 13ème édition, Editura Montchrestien, Paris, 1999;
- Drăganu, Tudor – Introducere în teoria și practica statului de drept, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1992;
- HAURIU, Maurice – Précis de droit administratif et de droit public, 12ème édition, Editura Dalloz, Paris, 2002;
- IORGOVAN, Antonie – Tratat de drept administrativ, vol. II, ediția a 4-a, Editura All Beck, București, 2005;
- IOVĂNAȘ, Ilie – Drept administrativ, Editura Servo Sat, Arad, 1997;
- LEWALLE, Paul, Donnay, Luc – Contentieux administratif, 3e édition, Editura Larcier, Bruxelles, 2008;
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, De l'esprit des lois, Éditions Gallimard, Paris, 1995;
- NEGULESCU, Paul – Curs de drept constituțional, editat de Alex Th. Doicescu, București, 1927;

- PODARU, Ovidiu – *Drept administrativ. Vol. I. Actul administrativ (I). Repere noi pentru o teorie altfel*, Tomul I. Noțiune, Ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2022;
- SULLIVAN, Thomas, Frase, Richard – *Proportionality principles in American Law: Controlling excessive government actions*, Editura Oxford University Press, Oxford, 2009;
- TAMANAH, Brian Z. – *A Concise Guide to the Rule of Law*, în Gianluigi Palombella și Neil Walker (ed.), „Relocating the Rule of Law”, Editura Hart Publishing, Portland, 2009;
- WOOD, Neal – *Cicero’s Social and Political Thought*, Editura University of California Press, Berkeley, 1988;
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka -, „Proportionality – a German approach”, în *Amicus Curiae – Journal of the Institute of Advanced Legal Studies and its Society for Advanced Legal Studies*, nr. 19/1999;
- CHAND, Bool -, „Discretionary Powers of Government”, în *International Review of Administrative Sciences*, vol. 15, nr. 3/1949;
- CHIRIAC, Lucian -, „Despre irevocabilitatea și controlul de legalitate a decretului de grațiere – act administrativ individual”, în revista *Studia Universitatis Babeș-Bolyai – Iurisprudentia*, nr. 2/2009;
- COOPER, Robert M. -, „Administrative justice and the role of discretion”, în *Yale Law Journal*, vol. 47, nr. 4/1938;
- CRAIG, Paul -, „Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law”, în *The Cambridge Law Journal*, vol. 55, nr. 2/1996;
- GREY, J. H. -, „Discretion in Administrative Law”, în *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 17, nr. 1/1979;
- GUYOMAR, Mattias -, „Les sanctions infligées par une autorité administrative”, în *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2007;

- IONESCU, Cristian -, „Reflecții pe marginea art. 102 din Constituția României, republicată”, în *Pandectele Române*, nr. 1/2013;
- Lochak, Danièle -, „Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?”, în *Pouvoirs – Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, nr. 46/1988;
- MARTIN, Maik, Horne, Alexander -, „Proportionality: Principles and Pitfalls – Some Lessons from Germany”, în *Judicial Review*, vol. 13, nr. 13/2008;
- MAȘCA, Simona-Gabriela, Văidean, Viorela Ligia, Golguț, Andreea -, „Statul și economia – aspecte teoretice și evidențe empirice în UE”, în *Economie teoretică și aplicată*, vol. XVIII, nr. 5/2011;
- PODARU, Ovidiu „Școala de la București” versus „școala de la Cluj”: război troian sau pseudo-conflict? Eseu despre variile viziuni asupra oportunității actului administrativ (mitologie pentru juriști)”, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia*, nr. 2/2009, <http://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/articol/303>, arhivă: <https://perma.cc/D2DE-WK8P>;
- STASIKOWSKI, Rafał -, „Issues of administrative powers in the processes of executing administrative law”, în *Studia Administracyjne*, nr. 11/2019;
- WOEHLING, Jean-Marie -, „Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France”, în *La Revue administrative*, 52e Année, nr. 7/1999;
- ANZALONE, Christopher A. – *Encyclopedia of Supreme Court Quotations*, ed. M.E. Sharpe, 2000, New York, disponibilă la: https://books.google.ro/books?id=3JCjZWrQjA4C&pg=PR3&source=gbs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false;

BARAC, Lidia -, „Scurte reflecții asupra dimensiunii morale a principiului separației puterilor în stat. Despre respectul intra și interinstituțional (I)”, <https://www.juridice.ro/434781/scurte-reflectii-asupra-dimensiunii-morale-a-principiului-separatiei-puterilor-in-stat-despre-respectul-intra-si-interinstitutional-i.html>, _____ arhivă: <https://perma.cc/CN2D-DDLS>;

BENVENISTI, Eyal -, „Public choice and global administrative law: who's afraid of executive discretion”, în International law and justice working papers, nr. 3/2004, <https://www.iilj.org/publications/public-choice-and-global-administrative-law-whos-afraid-of-executive-discretion/>, arhivă: <https://perma.cc/CY6K-TJXA>.