

MINISTERUL EDUCAȚIEI, CERCETĂRII, TINERETULUI
ȘI SPORTULUI UNIVERSITATEA ROMÂNĂ – AMERICANĂ
FACULTATEA DE DREPT



**INSITUȚII JURIDICE CONTEMPORANE
ÎN CONTEXTUL INTEGRĂRII ROMÂNIEI
ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ**

CO-FINANȚARE  AUTORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU CERCETARE ȘTIINȚIFICĂ

CONFERINȚĂ CU PARTICIPARE INTERNAȚIONALĂ

Ediția a VI-a

INDEXATĂ COPERNICUS

București
-2012-

Coordonatorii lucrării

Prof. univ. dr. Florea MĂGUREANU

Lector univ. dr. George MĂGUREANU

Asistent univ. dr. Silvia TĂBUȘCĂ

**MINISTERUL EDUCAȚIEI, CERCETĂRII, TINERETULUI
ȘI SPORTULUI UNIVERSITATEA ROMÂNĂ – AMERICANĂ
FACULTATEA DE DREPT**



**INSITUȚII JURIDICE
CONTEMPORANE
ÎN CONTEXTUL INTEGRĂRII
ROMÂNIEI
ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ**

CO-FINANȚARE 
ALTEORITATEA NAȚIONALĂ PENTRU CERCETARE ȘTIINȚIFICĂ

CONFERINȚĂ CU PARTICIPARE INTERNAȚIONALĂ

Ediția a VI-a

INDEXATĂ COPERNICUS

Universul Juridic
București
-2012-

Copyright © 2013, **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin
S.C. Universul Juridic S.R.L.

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

ISSN 2065-5495

Comitetul științific

Prof. univ. dr. **Ovidiu FOLCUȚ**, Rector Universitatea Româno-Americană.
Prof. univ. dr. **Florin BONCIU**, Prorector Universitatea Româno-Americană.
Prof. univ. dr. **Doinița CIOCĂRLAN**, Prorector Universitatea Româno-Americană.
Prof. univ. dr. **Mihai Aristotel UNGUREANU**, Prorector Universitatea Româno-Americană.
Prof. univ. dr. **Maria VOINEA**, Prorector Universitatea București.
Prof. univ. dr. **Mircea DUȚU**, Director Institutul de cercetări Juridice al Academiei Române.
Prof. univ. dr. **George POPA**, Rector Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza” București.
Prof. univ. dr. **James K. McCOLLUM**, University of Alabama in Huntsville, SUA
Prof. univ. dr. **Andrei POPESCU**, judecător la Tribunalul Uniunii Europene, din cadrul Curții Europene de Justiție.
Prof. univ. dr. **Jana COSTACHE**, Universitatea din Chișinău, Republica Moldova.
Prof. univ. dr. **Ion ROTARU**, Academia de Studii Economice din Republica Moldova.
Conf. univ. dr. **Mihaela PRUNĂ**, Decan, Facultatea de Drept Universitatea Româno-Americană.
Conf. univ. dr. **Pinzari VEACESLAV**, Decan, Facultatea de Drept, Universitatea de Stat. „Alec Russo” din Bălți, Republica Moldova.
Prof. univ. dr. **Ioan LEȘ**, Facultatea de Drept a Universității „Lucian Blaga”, Sibiu
Prof. univ. dr. **Ioan SABĂU-POP**, Facultatea de Drept, Universitatea „Petru Maior, Târgu Mureș.
Av. **Arin STĂNESCU**, Președintele Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență.
Marius CRAVCENCO, Președintele Uniunii Naționale a Executorilor Judecătorești.
Prof. univ. dr. **Ion Tr. ȘTEFĂNESCU**, Academia de Studii Economice.
Prof. univ. dr. **Florea MĂGUREANU**, Universitatea Româno-Americană.
Prof. univ. dr. **Costică VOICU**, Universitatea Româno-Americană.
Prof. univ. dr. **Sandu FLORIN**, Universitatea Româno-Americană.
Prof. univ. dr. **Florian COMAN**, Universitatea Româno-Americană.
Conf. univ. dr. **Florin IONESCU**, Universitatea Româno-Americană.

Comitetului de organizare

Co-Președinți

Conf. univ. dr. **Mihaela PRUNĂ**
Lector univ. dr. **George MĂGUREANU**

Membrii:

Prof. univ. dr. **Florea MĂGUREANU**
Prof. univ. dr. **Florian COMAN**
Lector univ. dr. **Oana ISPAS**
Lector univ. dr. **Andrei SĂVESCU**
Lector univ. drd. **Cristian Giseppe ZAHARIA**
Asistent univ. dr. **Silvia TĂBUȘCĂ**

Secretariat:

Asistent univ., dr. **Andreia DOBRESCU**
Asistent univ. **Anca BĂLĂȘOIU**
Asistent univ. **Răzvan PANĂ**
Asistent univ. **Alexandru ROȘU**

Cuprins

IDENTITATEA CONSTITUȚIONALĂ ÎN CONTEXTUL INTEGRĂRII EUROPENE Mircea Duțu.....	14
EVOLUTIONS OF THE CONSTITUTIONAL REVIEW IN THE CONTEXT OF INTEGRATION INTO THE EUROPEAN UNION. THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF ROMANIA IN THE PROCESS OF RECEPTION OF EUROPEAN LAW INTO THE NATIONAL LEGAL ORDER Tudorel Toader, Marieta Safta.....	23
PREMISES FOR THE UNITED STATES OF EUROPE James K. McCollum.....	34
INTELLIGENCE REFORM IN EAST EUROPE Stephen R. Bowers.....	37
CONVULSIILE MEDIERII ÎN ROMÂNIA REFLECTATE ÎN PLAN LEGISLATIV ȘI ÎN CEL AL APLICĂRII PRACTICE Katalin Barbara Kibedi.....	41
INDIGENOUS PEOPLES QUESTION IN NIGERIA: A STITCH IN TIME Olugbenga I. Ademodi.....	45
MODIFICĂRI LEGISLATIVE ADUSE DE NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ CU PRIVIRE LA ACTIVITATEA DE EXECUTARE SILITĂ Florea Măgureanu.....	55
DREPTUL LA UN PROCES ECHITABIL ȘI ACCESUL LIBER LA JUSTIȚIE Theodor Mrejeru.....	65
PROTECȚIA PENALĂ A INTERESELER FINANCIARE COMUNITARE PRIN INSTRUMENTE JURIDICE ADOPTATE LA NIVELUL UNIUNII EUROPENE Marius Pantea, Costică Voicu.....	72
„ECONOMIA SUBTERANĂ” ÎN CONTEXTUL CRIZEI GLOBALE..... Marius Pantea, Dan Bucur.....	83 83
PRINCIPIILE GENERALE ALE DREPTULUI UNIUNII EUROPENE: MIJLOC DE PROTECȚIE A DREPTURILOR OMULUI Carmen-Nora Lazăr.....	101

FREEDOM OF CONSCIENCE, OF THOUGHT, OF RELIGION AND EQUALITY OF ALL PERSONS INSURANCE: BETWEEN PROTECTION AND LIMITED	
Mariana Bordian	113
OBSERVATIONS REGARDING THE OFFENCES AGAINST PROPERTY SET OUT IN THE NEW CRIMINAL CODE	
Constantin Duvac	118
INCURSIUNI ÎN CONȚINUTUL DREPTULUI DE A DESFĂȘURA ACTIVITATE DE ÎNTREPRINZĂTOR ÎN FORMA ÎNTREPRINDERII INDIVIDUALE	
Olga Tretiacov	137
JURIDICAL REGIME OF PUBLIC PROPERTY OF LOCAL COLLECTIVIT	
Gheorghe Guțu	144
INDEPENDENȚA JUSTIȚIEI – ART. 124, ALIN. (3) DIN CONSTITUȚIE. CONSIDERENTE PRIVIND PROTECȚIA LEGALĂ ÎN CONTEXTUL REFORMEI PENSILOR	
Andrei Gheorghe	154
THE EU DATA PROTECTION REFORM – ANALYSIS OF THE NEWLY PROPOSED PROVISIONS AND THE IMPACT ON THE ROMANIAN DATA PROTECTION AUTHORITY	
Valentina Pavel Burloiu, Dana Ududec.....	165
COMPETITIVE RESEARCH AND DEVELOPMENT KEY FACTORS FOR SUCCESSFUL EUROPEAN KNOW-HOW TRANSFER: CONTINUOUS COMMUNICATION AND LEARNING	
Elvira Nica.....	177
EDUCATION ORIENTATION TOWARDS THE INDIVIDUAL PSYCHOLOGICAL PROFILE USAGE WITHIN THE OVERALL LEARNING STRATEGIES DESIGN	
Elvira Nica, Gheorghe Popescu.....	184
CONFISCATION OF CRIMINAL PROCEEDS IN THE EUROPEAN UNION CRIMINAL LAW	
Mihaela Agheniței	190
ENVIRONMENT CRIMINAL LAW IN TODAY EUROPEAN UNION	
Ion Flămânzeanu	196

IERARHIZAREA PROGRAMELOR DE STUDII ȘI CLASIFICAREA UNIVERSITĂȚILOR – O CONTROVERSĂ PROCEDURĂ DE DISCRIMINARE ACADEMICĂ Camelia Ignătescu	201
CONDIȚIILE DE ADMISIBILITATE A EXCEPȚIEI DE NECONSTITUȚIONALITATE Ramona Delia Popescu	208
CONSIDERAȚII PRIVIND SISTEMUL VENITURILOR PUBLICE George Măgureanu	221
SCURTĂ PREZENTARE A LEGII EXECUTĂRII PEDEPSELOR NEPRIVATIVE DE LIBERTATE Silviu Gabriel Barbu	230
SPĂLAREA BANILOR. TENDINȚE ÎN CE PRIVEȘTE FORMELE DE MANIFESTARE ȘI INCRIMINAREA FENOMENULUI Gheorghe-Iulian Ioniță	239
ASPECTE LEGATE DE EVOLUTIA NOTIUNII DE PATRIMONIU IN CONTEXTUL SOCIETATILOR/PROFESIONISTILOR UNIPERSONALI Zaira Andra Bamberger	251
REFLECȚII CU PRIVIRE LA FORMELE SOCIETARE TRANȘAȚIONALE Mirela Georgiana Sabău	261
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE ÎN CADRUL ORDINII JURIDICE COMUNITARE Adrian Armeanu	269
ANALIZA COMPATIBILITĂȚII LEGII NR. 38/2010 CU UN MEDIU CONCURENȚIAL NORMAL Nathaniel Cornoiu-Jitărășu	278
UNELE ASPECTE PRIVITOARE LA ORDINUL EUROPEAN DE ANCHETĂ ÎN MATERIE PENALĂ Cristian-Eduard Ștefan	285
VIS MOOT – LEGAL EDUCATION TOOL IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION Cristina Ioana Florescu	291
SOME ASPECTS RELATED TO THE STATUS AND RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES IN NIGERIA Silvia Maria Tăbușcă	303

LEGAL PROTECTION OF WOMEN'S RIGHTS IN EUROPEAN AND INTERNATIONAL CONTEXT Mădălina Virginia Antonescu.....	307
THE FIELD OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN THE ROMANIAN POSITIVE LAW RELATED TO THE PROVISIONS OF ART. 2 ITEM (1) LET. C) FROM LAW NR. 554/2004 REGARDING THE ADMINISTRATIVE LEGAL DISPUTE Niculae Gamenț-Antoni, Cristian Giuseppe Zaharie.....	319
ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE REFERITOARE LA ORGANIZAREA ȘI FUNCȚIONAREA JOCURILOR DE NOROC ÎN ROMÂNIA Sorin Constantinescu, Octavian Avrămoiu.....	325
SISTEMUL DE MANAGEMENT AL CALITĂȚII ÎN ÎNVĂȚĂMÂNTUL SUPERIOR George Gruia, George Cristian Gruia.....	339
PARTICULARITĂȚI PRIVIND EXCEPȚIA DE NECONSTITUȚIONALITATE Andreia Dobrescu	350
PREZUMIA DE NEVINOVĂȚIE ÎN MATERIE CONTRAVENȚIONALĂ Alexandru Cristian Roșu	356
THE CONSENT OF THE SENTENCED PERSON: DISREGARDED? Ana-Caterina Aniței.....	360
SECURITATEA ECOLOGICĂ, COMPONENTĂ A ORDINII PUBLICE ȘI SECURITĂȚII NAȚIONALE Ștefania-Diana Ioniță-Burda, Virginia-Alina Sîrb.....	366
AN OUTLOOK ON THE ROMANIAN EDUCATION SYSTEM REFORM: SOME CONSIDERATIONS Andrei Tinu, Cătălin Boboc.....	373
WOMEN CRIMINALITY – A COMPLEX ISSUE FOR THE UNIVERSAL PUBLIC ORDER Anca Elena Bălășoiu.....	380
STABILIREA UNOR NORME MINIME LA NIVEL EUROPEAN PRIVIND DREPTURILE, SPRIJINIREA ȘI PROTECȚIA VICTIMELOR CRIMINALITĂȚII Cristian-Eduard Ștefan	385

CONSIDERAȚII GENERALE PRIVIND DREPTUL FAMILIEI ȘI INTERFERENȚA ACESTUIA CU ALTE RAMURI DE DREPT Ștefan Cocoș.....	390
ORGANIZAREA INSTANȚELOR JUDECĂTOREȘTI ÎN SISTEMUL PROCEDURII EXTRAORDINARE: COGNITIO EXTRAORDINARIA Ștefan Cocoș.....	395

IDENTITATEA CONSTITUȚIONALĂ ÎN CONTEXTUL INTEGRĂRII EUROPENE

Prof. univ. dr. MIRCEA DUȚU

*Directorul Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”
al Academiei Române*

Controlul constituționalității legilor, în general, indiferent că este efectuat pe cale judecătorească, ori de către un organism special, este considerat unul dintre mijloacele tradiționale și cele mai importante de apărare împotriva dominației legislativului și a exceselor executivului, de realizare a echilibrului și cenzurare reciprocă între cele trei puteri ale statului și, nu în ultimul rând, de asigurare a supremației Constituției, cheia de boltă a statului de drept. Ea reprezintă o „invenție” jurisprudențială engleză (cauza Bonham din 1610), preluată și dezvoltată în SUA (prin cauza Marbury vs. Madison din 1803 și consacrată prin amendamentul X al Constituției din 1787) și afirmată apoi ca instituție juridică fundamentală a democrației constituționale, sub forma a două modele principale: cel american și, respectiv, cel european ori kelsenian.

1. Preliminarii

Prima noastră Constituție, cea din 29 iunie 1866, nu avea nicio prevedere referitoare la o asemenea problemă. Ea cuprindea însă o „declarație de drepturi fundamentale ale românilor” și consacra două principii semnificative pentru materie: cel al separației puterilor în stat și, respectiv, cel al supremației Constituției asupra celorlalte legi. Totuși, se pare că în chiar concepția autorilor Convenției de la Paris din 1858, în virtutea căreia s-au înfăptuit marile reforme ale domniei lui Al.I. Cuza (1859-1866), prin care s-au pus bazele statului român modern, exista ideea că, afară de Comisia Centrală de la Focșani, și Înalta Curte de Casație era în drept să cerceteze constituționalitatea legilor și să nu le aplice pe cele care erau neconstituționale. În absența însă a unui text expres în acest sens, mai ales după 1866 se formase părerea aproape unanimă că la noi nu se putea efectua „controlul”, fie el indirect și *ad minima* al constituționalității legilor de către justiție. În această situație, de tăcere a legii, sub presiunea realităților și ca răspuns la nevoi sociale evidente, justiția română și-a proclamat și asumat în mod definitiv și tranșant responsabilitatea de a cerceta constituționalitatea legilor, la începutul veacului al XX-lea, printr-un gest îndrăzneț la acea epocă și aplaudat în străinătate, în special în Franța. Acceptarea acestui control de către societatea românească a timpului, în ciuda disputelor și dezbaterilor care au avut loc cu acest prilej, mai ales în lumea juridică, dar și cu unele rezonanțe politice, arată, în ultimă instanță, o democrație pluralistă relativ avansată și un stat de drept maturizat în liniile sale esențiale.

Problema și-a găsit astfel o rezolvare jurisprudențială tranșantă și definitivă în cauza „Societatea comunală de tramvaie din București cu Ministerul de Interne și Primăria Capitalei”, din 1912 adusă în fața Tribunalului Ilfov, secția a II-a. La momentul istoric respectiv, dacă „chestiunea” era practic ignorată la noi, în dreptul comparat cunoștea soluții răzlețe și diferite. Totuși, în câteva decizii anterioare, Înalta Curte de Casație evocase

această posibilitate. Astfel, în Decizia nr. 190 din 24 septembrie 1875, secția a II-a, a supremei instanțe, proclamând autonomia dintre Constituție și legea comunală și prioritatea aplicării primeia, statua: „Considerând că în fața a două legi care se contrazic și se distrug una pe alta, judecătorul care e ținut să se pronunțe se vede obligat a aplica numai una dintre ele nesocotind pe cealaltă.

Considerând că în speță nu poate fi îndoială că trebuiesc aplicate dispozițiile Constituției, în detrimentul legii comunale, pentru că Constituția este legea fundamentală și principală în stat, după care se regulează tot mecanismul puterilor publice și se stabilește monarhia constituțională, pentru că judecătorii, conform art. 107 din legea organică judecătorească, jură credință și ascultare Constituției și în fine pentru că Constituția, nefiind modificată conform art. 129, dispozițiile art. 7 și 8 sunt încă în vigoare pentru judecători și obligatorii... Va respinge recursul”. În ciuda priorității sale temporale, hotărârea e foarte puțin motivată, fiind mai mult o afirmare a faptului că, atunci când o lege e în contradicție cu Constituția, trebuie aplicată aceasta din urmă, pentru că este legea fundamentală. În Decizia nr. 24 din 1886, aceeași Înalță Curte făcea următoarele precizări în materie: „Chiar dacă s-ar admite contrarietate de dispozițiuni între legea de la 1864 și art. 78 și 19 din Constituțiune... acest articol neconținând decât enunțarea unor principii generale, după regula de interpretare că legea generală nu derogă legii speciale, nu s-ar putea invalida dispozițiile art. 78 din Legea de expropriere care până la alcătuirea unei noi legi de expropriațiuni ar păstra pentru instanțele judecătorești deplina putere obligatorie nefiind aceste instanțe chemate a aprecia constituționalitatea legilor din alt punct de vedere decât din acela dacă ele au fost date în formule și condițiile precise de Constituția în vigoare la publicarea lor”. În fine, printr-o decizie din 1902, instanța supremă conchidea: „Considerând că dacă totuși s-ar crede că, după art. 1 al legii din 1900, chiar și locurile de arătură dobândite de un locuitor din raza orașului Râmnicu Vâlcea, conform legii rurale, s-ar putea înstrăina și dacă întru aceasta n-am voi să ținem seamă de lucrările pregătitoare și de dispoziția art. 2 din aceeași lege, acea dispoziție din art. 1 al legii din 1900 fiind contrarie art. 132 din Constituție, e fără efect juridic”. După cum se poate observa, problema constituționalității s-a pus în acest caz în mod incidental și virtual, așa că nici această decizie nu a limpezit problema și nu a creat jurisprudență.

La nivelul dreptului comparat, în state precum: Anglia, Italia ori Austria, nu exista „garanția judiciară contra abuzului (pe cale inconstituțională) legislativ”; în altele, dreptul tribunalelor de a examina constituționalitatea era disputat (Germania, Belgia, Serbia, Elveția); garanția judiciară în materie era admisă în: SUA, Norvegia, Grecia, Mexic, Brazilia și Argentina; în Franța un număr restrâns de doctrinari susțineau teza controlului judecătorec al constituționalității legilor, dar cei mai mulți și jurisprudența o contestau, invocându-se faptul că Constituția franceză din 1875 nu avea o declarație de drepturi și nu stabilea garanții constituționale pentru justițiabili, precum și prevederile unei legi din 1790.

2. Momentul 1912 și urmările sale

Așadar, prin hotărârea (jurnalul) pronunțată în cauza de mai sus, la 2 februarie 1912¹, tribunalul a statuat că: 1. Puterea judecătorească, având misiunea de a aplica atât

¹ În fapt, Societatea comunală de tramvai București a chemat în judecată Ministerul de interne pentru a fi condamnat să înceteze împiedicarea lucrărilor societății pe străzile Capitalei și să plătească daune-interese pentru prejudiciile cauzate; în întâmpinare, ministerul a răspuns invocând nulitatea societății pentru că: 1) nu s-au

Constituția, cât și legile ordinare în procesele deduse înaintea sa, aceasta implica în mod necesar competența ei în caz de contrarietate de a decide care să fie preferată, așa că nu era nevoie de un text formal spre a se da în competența tribunalelor judecata constituționalității legilor, trebuind, din contră, un text formal pentru ca să le ridice această competență; 2. Ori de câte ori legea ce se invoca în fața tribunalelor era în contradicție cu dispozițiile precise ale Constituției, judecătorul era dator să aplice Constituția, care se impunea atât legiuitorului, cât și judecătorului².

Soluția a fost confirmată prin respingerea ca neîntemeiat a recursului împotriva acestei hotărâri, la 16 martie 1912, prin Decizia civilă nr. 261, de Înalta Curte de Casație și Justiție, secția I, prezidată de însuși Prim-președintele supremei instanțe, G.N. Bagdat. „Admirabil redactată”, așa cum avea să remarce unul dintre cei mai mari constituționaliști francezi ai timpului, ea statua, cu valoare de principiu, că „orice judecător este în drept ca într-un conflict dintr-o lege ordinară și Constituție, să dea prioritate acesteia din urmă, neaplicând-o pe cea care o încalcă”³. Judecata recursului a permis Curții să-și justifice și afirme propria competență în materie, arătându-se, în decizia respectivă, că art. 31 partea a II-a alin. II din legea organică a Curții din 17 februarie 1912 deschidea calea recursului chiar și contra hotărârilor nedesăvârșite când erau atacate pentru exces de putere și incompetență, iar din acel text care era redactat în mod general și nu făcea nicio distincție, rezulta că legiuitorul, în caz de exces de putere, independent de dreptul acordat Ministerului de Justiție potrivit art. 36, a voit să acorde același drept și părților interesate. În plus și cu caracter general, se reitera teza că, atunci când o lege invocată într-o cauză oarecare era contrară Constituției, judecătorul, în fața acestui conflict, nu se putea sustrage de a judeca procesul, și, precum în cazul de contrarietate între două legi ordinare, era în drept și dator să le interpreteze și să hotărască care dintre ele are să fie aplicată, tot așa era dator să urmeze și în cazul când una din aceste legi era Constituția. Prin urmare, prin aceste limite, nu se putea tăgădui puterii judecătorești dreptul de a verifica constituționalitatea unei legi. Odată astfel consfințită, o

constituit cu îndeplinirea formalităților prevăzute de Codul comercial; 2) statutele societății întocmite de primărie cu aprobarea Consiliului de miniștri ar fi conținut prevederi contrarii legii din 14 aprilie 1909, prin care fusese autorizată constituirea societății; 3) aprobarea dată de Guvern la 23 mai 1909 a fost anulată prin jurnalul Consiliului de Miniștri, ceea ce ar atrage nulitatea societății). Înainte de terminarea dezbaterilor asupra fondului a intervenit legea din 18 decembrie 1911 care, în art. 1, dispunea că societatea putea funcționa numai în virtutea statutelor alăturate. La termenul din 2 februarie 1912, reprezentanții ministerului de interne și primăria au cerut tribunalului amânarea judecării până la convocarea acționarilor societății, conform noii legi, pentru a se pronunța dacă acceptă sau nu statutele aferente acesteia; pentru rezolvarea acestui incident, tribunalul a considerat că trebuia să se pronunțe în public asupra următoarelor chestiuni: dacă avea dreptul să judece constituționalitatea unei legi și să refuze aplicarea ei în cazul în care ar găsi că este inconstituțională și, în caz afirmativ, dacă legea din 18 decembrie 1911 pentru funcționarea societății de tramvaie din București era contrară dispozițiilor constituționale. În majoritate, tribunalul, prin jurnalul nr. 919 de la aceeași dată, a răspuns afirmativ, considerând că judecătorul se poate pronunța asupra conformității constituționale a unei legi și a statuat că legea din 18 decembrie 1911, impunând societății comunale de tramvaie din București alte condiții decât acelea avute în vedere la subscriere, sub sancțiunea că, în caz de refuz, dreptul lor de proprietate asupra acțiunilor să fie transformat în drept litigios de daune-interese, era contrară art. 19 din Constituția din 1866, care dispunea că nimeni nu putea fi expropriat decât pentru cauză de utilitate publică legalmente constatată și după o dreaptă și prealabilă despăgubire.

² Tribunalul Ilfov, secțiunea a II-a, audiența de la 2 februarie 1912, cauza Societatea comunală de tramvaiuri din București cu Ministerul de Interne și Primăria Capitalei, Jurnalul nr. 919 în Dreptul, nr. 12/1912, pp. 90-96.

³ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Ed. A. Colin, Paris, 1913, pp. 99-100.

atare jurisprudență a fost promovată cu consecvență de instanțele judecătorești⁴. Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție secția I din 28 iunie 1912 adăuga faptul că „Această doctrină (competența instanțelor judecătorești de a examina constituționalitatea legilor, n.n. M.D.) se aplică în toate cazurile în care legea ce se invocă conține dispoziții care sunt în contradicție cu principiile constituționale și cu drepturile anume garantate prin Constituție”.

Problema a născut dezbateri aprinse și în doctrină, mai ales pe timpul derulării celebrului proces. Astfel, unii, în frunte cu profesorul Petre Missir (avocatul Ministerului de Interne și al Primăriei) considerau că, în lumina principiilor dreptului public român al timpului, dacă s-ar fi admis cenzura constituționalității legilor de către puterea judecătorească, aceasta ar fi trecut peste limitele competențelor sale constituționale, pe de-o parte pentru că ar judeca acolo unde nu sunt drepturi încălcate ale justițiabililor, ci cel mult interese, și pe de alta, fiindcă s-ar fi exercitat atribuții care aparțineau puterii legislative⁵. La rândul său, prof. N. Basilescu adăuga argumentul că: „Între legiuitorul ordinar și între legiuitorul constituant nu există și nu poate să existe vreun intermediar; legea este suverană și ca și voința Națiunii, de la care ea emană una și indivizibilă”⁶.

Justiția nu ar fi putut refuza aplicarea legilor ordinare sub pretextul inconstituționalității lor, mai ales pentru trei motive: a) Constituția nu i-a conferit expres această competență, misiune; b) principiul fundamental pe care se întemeiază toată ordinea politică și socială în stat este cel al suveranității absolute, principiul omnipotenței legii; c) a admite acest control ar conduce, indirect, la subordonarea puterilor legiuitoare și executivă „capriciului schimbător al unei jurisprudențe șovăielnice”.

Teza opusă, cea a admisibilității controlului judecătorec al conformității dispozițiilor legilor cu cele ale legii fundamentale, era majoritar admisă, cel mai reprezentativ dintre partizanii săi fiind profesorul C.G. Dissescu, directorul revistei *Dreptul*.

În acest context s-au solicitat, obținut și publicat opinii (consultanțe) pentru respectiva temă din partea lui F. Larnaude, profesor de drept public general la Facultatea de Drept din Paris, și a prof. G. Jezé⁷, de la aceeași universitate, care conchideau că, dacă dreptul francez al vremii nu admitea un atare control în favoarea unei sancțiuni politice, cel românesc îl făcea posibil. În argumentația lor, jurisconsulții francezi porneau de la faptul că noi aveam „o constituție scrisă cu o declarație de drepturi din cele mai complete, și această constituție este supusă unor forme speciale de revizuire” și, ca urmare, „România se aseamănă cu tipul de legislație constituțională, relativ la chestiunea noastră, în care intră SUA, Norvegia și Grecia” și deci „Conflictele care se pot ivi între Constituție și legi trebuie rezolvate în același fel, adică de tribunalele sesizate de chestiune, nu direct, pe cale indirectă cu ocazia unui litigiu adus înaintea lor, și pentru soluția căruia este indispensabil de a ști dacă cutare lege este sau nu valabilă”⁸.

Așadar, dacă până atunci se admisesse sporadic – în 37 de ani pronunțându-se numai 3 decizii ale Casației pe această temă – cercetarea constituționalității unei legi de către

⁴ Numai în același an 1912 de exemplu, și în aceeași cauză complexă în care a fost implicată Societatea tramvaielor București s-au mai pronunțat, în același sens, în privința constituționalității legilor, Tribunalul Ilfov – secția comercială, hotărârea din 7 mai și, respectiv, Înalta Curte de Casație și Justiție secțiunea I, la 28 iunie.

⁵ P. Missir, *Au sau nu judecătorii noștri dreptul de a examina constituționalitatea legilor și la caz când le-ar găsi abătute de la regulile constituționale să refuze a le aplica*, în *Dreptul* nr. 13/1912, pp. 97-100.

⁶ N. Basilescu, *Legiuitorul la bara justiției*, în *Curierul judiciar*, nr. 13, joi 16 februarie 1912, p. 151.

⁷ G. Jezé, *L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie*, în *Droit Public*, 1912, Paris, p. 138 și urm.

⁸ F. Larnaude, *Inconstituționalitatea legilor și stabilirea sancțiunii sale*, în *Dreptul*, nr. 58/1912, p. 469.

justiție, și în caz de contradicție expresă și directă, manifestă a prevederilor sale cu legea fundamentală, înlăturarea lor în cazul de speță, după 1912 vorbim de un adevărat drept al judecătorului de orice grad de a pune problema conformității unei legi nu numai cu litera, dar și cu spiritul Constituției. Raționamentul care stătea la baza acestei jurisprudențe rezulta din faptul că, din moment ce sistemul dreptului pozitiv român – sistem de constituție rigidă – a adoptat distincția între legile constituționale și cele ordinare, implicit a admis că în caz de conflict între ele să prevaleze textul constituțional și din moment ce prin niciun text de lege nu se ridică tribunalelor acest drept, precum și din faptul că nu există niciun alt organ jurisdicțional competent să judece asemenea conflicte, acest drept revenea în mod necontestat instanțelor judecătorești de drept comun în baza competenței lor generale și cu ocazia aplicării în judecarea litigiilor deferite lor⁹.

În orice caz, nu era însă vorba de un control de constituționalitate în deplinătatea semnificațiilor sale, care să meargă până la anularea prevederilor legale ca neconstituționale, ci rolul justiției se rezuma la a aplica dreptul, în sensul că, atunci când legea ordinară era contrară legii fundamentale, judecătorii aplicau dispozițiile acesteia din urmă, în litera și spiritul său. Doctrina românească a timpului considera că, în mod firesc, controlul posterior al constituționalității legilor revine puterii judecătorești, ca una ce este chemată să interpreteze legile; el nu era considerat altceva decât examinarea legii ordinare în interpretarea ei în raport cu o altă lege, superioară acesteia, de natură constituțională. Misiunea, însă, a judecătorului era să interpreteze legile și să aplice sancțiunile acolo unde se viola textul lor; ea trebuia extinsă și la examinarea Constituției, căci a nu aplica sancțiuni pentru nerespectarea dreptului constituțional, ar fi însemnat să negăm existența sa¹⁰.

3. Consacrarea constituțional-legislativă a controlului judecătoresc al constituționalității legilor. Competența exclusivă a Înaltei Curți de Casație și Justiție

Soluția jurisprudențială avea să reprezinte „un drept câștigat” pentru justiția română, aplicat cu consecvență timp de peste un deceniu când, în contextul elaborării și adoptării noii Constituții din 1923, s-a optat, într-un evident regres, perceput și criticat ca atare de marii constituționaliști ai timpului, pentru formula restrângerii acestei competențe la Curtea de Casație. În dezbaterile din Constituantă, prof. C.G. Dissescu declara: „Credem că chestiunea judecării inconstituționalității legilor este un incident al procesului care trebuie lăsat tuturor organelor judecătorești, iar nu numai Înaltei Curți de Casație și Justiție”¹¹.

Problema avea să fie soluționată expres prin Constituția din 29 martie 1923, care a consacrat principiul supremației constituționale asupra legii ordinare, dând particularului vătămat prin executarea unei legi neconstituționale dreptul să ceară justiției înlăturarea acelor prevederi (art. 108). Se stabilea, totodată, că Înalta Curte de Casație și Justiție în secțiile unite, era organul competent a judeca constituționalitatea legilor, proclamând drept inaplicabile, adică neopozabile recurentului, dispozițiile declarate neconstituționale, în virtutea caracterului relativ al hotărârii, legea continuând să producă efecte față de celelalte

⁹ C.G. Rarinescu, *Contenciosul administrativ român*, ed. a II-a, Ed. Universală Alcalay & Co, București, 1936, p. 174.

¹⁰ P. Negulescu, G. Alexianu, *Tratat de drept public*, Volumul I, Ed. Casa Școalelor, București, 1942, p. 133.

¹¹ A. Lascarov-Moldoveanu și S.D. Fănescu, *Constituția României din 1923, adnotată cu dezbateri parlamentare și jurisprudente*, Ed. Tipografiei Curierul juridic, București, 1925, p. 389.

persoane. La rândul său, Constituția din 27 februarie 1938 a menținut principiul supremației constituției cu controlul constituționalității legilor, numai Curtea de Casație și Justiție în secții unite având dreptul de a judeca neconstituționalitatea legilor și de a le declara inaplicabile pe acelea care erau potrivnice legii fundamentale; și în acest caz, judecata constituționalității legilor se mărginea numai la cazul judecat. (art. 75). Exercitarea dreptului de a cerceta constituționalitatea legilor a fost reglementată prin legea Curții de Casație (art. 29 din Legea din 1925 și art. 45 din Legea din 1939.) Ca urmare a suspendării acestei constituții prin decretele regale din septembrie 1940, nemaexistând lege fundamentală, și controlul de constituționalitate a rămas fără obiect, fiind desființat din Legea Casației prin Decretul-lege din 23 septembrie 1942.

Prin Decretul regal nr. 1626 din 31 august 1944, Constituția din 1923 a fost repusă parțial în vigoare, inclusiv în privința prevederilor referitoare la controlul constituționalității legilor de către Înalta Curte de Casație și Justiție în secții unite. În acest context aveau să fie invocate în fața instanței supreme excepții de neconstituționalitate semnificative pentru convulsiile epocii, precum cele aferente procesului mareșalului Ion Antonescu, conducătorul statului român (31 mai 1945) și unui proces privind situația „prințului” avocaților români, prof. Istrate N. Micescu (8 mai 1947).

4. Controlul politic al constituționalității legilor (1965-1991)

Prin Legea nr. 363 din 30 decembrie 1947 s-a abrogat Constituția din 1923, repusă în vigoare cu anumite rezerve la 2 septembrie 1944, inclusiv dispozițiile privind controlul constituționalității legilor de Înalta Curte de Casație și Justiție. Constituțiile din 1948 și 1952 nu au prevăzut un atare control (explicit), el „realizându-se în procesul de adoptare a legilor”¹². Introducerea unui control al conformității prevederilor legale cu cele constituționale, cu totul formal, a fost justificat prin faptul că „practica a arătat însă că sunt posibile erori de tehnică legislativă”¹³.

Cu asemenea aprecieri doctrinare, Constituția din 1965 a prevăzut că numai Marea Adunare Națională (M.A.N.) hotărăște asupra constituționalității legilor (art. 43, pct. 14). În exercitarea acestui control, M.A.N. alegea, pe durata legislaturii, o Comisie constituțională și juridică, care avea rolul de a întocmi lucrările pregătitoare, ca pe baza lor Mare Adunare Națională să se poată pronunța asupra constituționalității unei legi sau asupra unor dispoziții cuprinse într-o lege. Comisia întocmea lucrările fie din proprie inițiativă, fie la semnalarea celorlalte organe de stat, organizații obștești și cetățeni și, în cazul în care le găsea întemeiate, și le însușea și sesiza M.A.N. din proprie inițiativă, pe calea unui raport.

De asemenea, aceeași Comisie prezenta parlamentului rapoarte sau avize cu privire la constituționalitatea legilor. În plus, ea examina și constituționalitatea decretelor, cuprinzând norme cu putere de lege și a hotărârilor Consiliului de Miniștri. Concluziile sale cu privire la constituționalitatea decretelor și a H.C.M.-urilor se înaintau organelor care le-au emis, spre a le pune de acord cu Constituția; când acestea nu țineau seama de respectivele concluzii, hotăra tot M.A.N.

În doctrină s-a conchis că „... în R.S. România, controlul constituționalității legilor este explicit, cu efecte *erga omnes*, de regulă ulterior, dar putând să se realizeze și anterior, când

¹² N. Prisca, *Drept constituțional*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1977, p. 55.

¹³ Pentru o prezentare generală a problemei, a se vedea M. Lepădătescu, *Teoria generală a controlului constituționalității legilor*, E.D.P., București, 1974.

este vorba de proiectele de legi și de decrete normative ale Consiliului de Stat și este exercitat totdeauna de un organ politic¹⁴. În același spirit ideologic, se considera că, în țările socialiste, controlul constituționalității legilor „nu constituie o cenzurare a actelor organului suprem reprezentativ de către un alt organ de stat”, ci are rolul „să sprijine acest organ în înlăturarea unor deficiențe strecurate fără voia sa în legile ordinare pe care le adoptă, contribuind astfel la întărirea legalității socialiste”¹⁵.

5. Adoptarea modelului european (1991)

Constituția din 8 decembrie 1991 a optat pentru și a consacrat modelul european al controlului constituționalității legilor, încredințându-l Curții Constituționale, autoritate publică politico-jurisdicțională. Adoptarea acestui tip de control de constituționalitate a fost rezultatul unor dezbateri aprinse, în Adunarea Constituantă și în viața publică, alegerea lui exprimând o aspirație de integrare europeană a noii democrații românești.

Inițial, *Tezele pentru elaborarea proiectului de Constituție a României* au propus formula Consiliului Constituțional, sub influența evidentă a modelului francez. În cadrul dezbaterilor parlamentare asupra documentului, în privința instituției căreia să i se încredințeze controlul constituționalității legii, s-au emis mai multe propuneri: revenirea la controlul judecătoresc antebelic, instituirea unei comisii sau a unei autorități distincte (consiliu, curte sau tribunal constituțional) în acest scop¹⁶. Așa, de exemplu, în Adunarea Constituantă s-a susținut eliminarea propunerii de a crea o autoritate distinctă, susținându-se împuternicirea instanțelor judecătorești cu acest control, urmându-se „modelul nord-american, care, bineînțeles, poate fi mult îmbunătățit”¹⁷. Într-o poziție mai nuanțată, s-a considerat că un control *a priori* al constituționalității proiectelor de lege să se facă de către o comisie a celor două Camere, iar controlul de constituționalitate al legilor să se efectueze de către Curtea Supremă de Justiție în Secțiile Unite. Pe cale de excepție, dispozițiile legale ar fi urmat să fie atacate pentru neconstituționalitate în fața curților de apel¹⁸.

Într-o altă opinie, se opta pentru o poziție de tranziție, în sensul că se considera că înființarea unui Consiliu specializat cu controlul constituționalității legilor nu constituia rezolvarea cea mai adecvată și, ca atare, pentru o perioadă de 10-15 ani, acest control să se realizeze de organele judecătorești¹⁹.

Ca o formulă intermediară, s-a propus un control judecătoresc al constituționalității legii, exercitat însă de o instanță specială, „Curtea Constituțională” sau „Tribunalul Constituțional”, inclusă în sistemul organelor judecătorești.

În cele din urmă, majoritatea parlamentară a decis pentru un organism separat, autoritate publică politico-jurisdicțională, „garantul supremației, Constituției”, pornind de la

¹⁴ N. Prisca, *op. cit.*, p. 56.

¹⁵ *Ibidem*, p. 57.

¹⁶ *Constituția României. Comentarii pe articole*, sub coordonarea: I. Muraru, E.S. Tănăsescu, Ed. C.H. Beck, București, 2008, pp. 1370-1374.

¹⁷ M. Carp, *Dezbateri parlamentare, Adunarea Constituantă*, în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a, nr. 18 din 16 mai 1991, p. 18.

¹⁸ Deputat G. Frunda, *Dezbateri parlamentare, Adunarea Constituantă*, în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a, nr. 18 din 16 mai 1991, p. 6.

¹⁹ H. Zoltan, *Dezbateri parlamentare, Adunarea Constituantă*, în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a, nr. 18 din 16 mai 1991, p. 7.

convingerea că „Oricum s-ar denumi și oricum va fi alcătuit, ni se pare însă că acest sistem, prin marca lui europeană, ni se potrivește cel mai mult. Ar fi fost comod pentru noi să ne întoarcem la tradițiile noastre. Nu suntem însă siguri că, cel puțin în acest domeniu, revenirea la tradiție înseamnă și progres”²⁰.

Poate că, astfel pusă problema și cu un asemenea răspuns, soluția adoptată nu a primit cea mai adevărată și mai fericită justificare. Pur și simplu, adoptarea modelului kelsenian se impunea prin conjunctura temporală și spațială a apartenenței european-occidentale a țării și nu făcea decât să confirme tradiția noastră de a fi în consonanță cu matca juridică europeană. Atribuțiile vizând controlul de constituționalitate al legilor conferite Curții au fost amplificate în urma revizuirii Constituției din 2003, în vederea sporirii eficienței sale în realizarea supremației legii fundamentale și unei mai bune adaptări la cerințele modelului european în materie.

6. Concluzii

În concordanță cu evoluțiile din marile democrații constituționale ale lumii, controlul de constituționalitate al legilor în România a cunoscut o istorie proprie, creându-se astfel o tradiție națională, care a corespuns întotdeauna realităților societății noastre și a răspuns nevoilor ordinii juridice interne. Astfel, el a apărut, în urmă cu un secol, ca o creație pretoriană și sub forma unui control judecătoresc, inițial de competență generală și, mai apoi, încredințat exclusiv instanței supreme.

Așa cum remarca A. Rădulescu, dreptul justiției de a exercita controlul constituționalității legilor „este unul dintre cele mai puternice pentru a asigura triumful Dreptului. Prin el s-a făcut din Înalta Curte de Casație una din cele mai importante instituții, care pot exista într-un stat, „un titlu de glorie a dreptului românesc”²¹. Și aceasta cu atât mai mult avea relevanță, cu cât un asemenea drept exista atunci numai în câteva țări, iar ulterior, poate și sub influența exemplului românesc, a fost introdus în alte multe state, până la a deveni astăzi, sub forma celor două modele dominante, cvasigeneral recunoscut și exercitat.

Afirmat cu valoare de principiu în 1912, cu excepția a două perioade de întrerupere forțată (1940-1944 și, respectiv, 1948-1965), controlul de constituționalitate s-a exercitat continuu, schimbându-și titularul și procedura după contextul social-istoric și, în orice caz, conform noului sistem internațional de apartenență a țării. Astfel, în virtutea Constituției din 21 august 1965, cu mari limite și evidentă convertire ideologică, el a devenit prin excelență unul explicit, ulterior și exercitat de un organ politic.

Prin Constituția din 1991, sub imperiul aceleiași preocupări de integrare regională, de această dată euroatlantică, a fost adoptat modelul european (kelsenian), nu prin simplă imitație, ci, pe cât posibil, prin adaptare la cerințele tradiției și exigențele realității românești. El a cunoscut, în același spirit, semnificative ajustări în urma revizuirii Constituției în 2003.

Pentru că, în realitate, tocmai în asta a constat tradiția noastră în această privință: reacția rapidă și creatoare la cele mai avansate soluții ale democrației constituționale, cu excepția perioadei comuniste, dar și atunci, cu păstrarea unui anumit ascendent, supus inevitabil vitregiei vremurilor.

²⁰ I. Deleanu, *Dezbateri parlamentare, Adunarea Constituantă*, în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a, nr. 18 din 16 mai 1991, p. 8.

²¹ A. Rădulescu, *Din trecutul de 80 de ani al Curții de Casație*, București, 1942, p. 657.

BIBLIOGRAFIE

Constituția României. Comentarii pe articole, sub coordonarea: I. Muraru, E.S. Tănăsescu, Editura CH Beck, București, 2008

Leon Duguit, *Les transformation du droit public*, Ed. A. Colin, Paris, 1913

Petre Missir, *Au sau nu judecătorii noștri dreptul de a examina constituționalitatea legilor și la caz când le-ar găsi abătute de la regulile constituționale să refuze a le aplica*, în *Dreptul*, nr. 13/1912

N. Basilescu, *Legiuitorul la bara justiției*, în *Curierul judiciar*, nr. 13, joi 16 februarie 1912

G. Jezé, *L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie*, în *Droit Public*, Paris, 1912

F. Larnaude, *Inconstituționalitatea legilor și stabilirea sancțiunii sale*, în *Dreptul*, nr. 58/1912

Constantin G. Rarincescu, *Contenciosul administrativ român*, ed. a II-a, Ed. Universală Alcaly & Co, București, 1936

Paul Negulescu, George Alexianu, *Tratat de drept public*, Volumul I, Ed. Casa Școalelor, București, 1942

A. Lascarov-Moldoveanu și Sergiu D. Fănescu, *Constituția României din 1923*, adnotată cu dezbateri parlamentare și jurisprudente, București, Ed. Tipografiei Curierul juridic, 1925

Nistor Prisca, *Drept constituțional*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1977

Mircea Lepădătescu, *Teoria generală a controlului constituționalității legilor*, E.D.P., București, 1974

Mihai Carp, *Dezbateri parlamentare, Adunarea Constituantă*, în *Monitorul Oficial al României, Partea a II-a*, nr. 18 din 16 mai 1991

Deputat Gyorgy Frunda, *Dezbateri parlamentare, Adunarea Constituantă*, în *Monitorul Oficial al României, Partea a II-a*, nr. 18 din 16 mai 1991

Hossu Zoltan, *Dezbateri parlamentare, Adunarea Constituantă*, în *Monitorul Oficial al României, Partea a II-a*, nr. 18 din 16 mai 1991

Ion Deleanu, *Dezbateri parlamentare, Adunarea Constituantă*, în *Monitorul Oficial al României, Partea a II-a*, nr. 18 din 16 mai 1991

Andrei Rădulescu, *Din trecutul de 80 de ani al Curții de Casație*, București, 1942

EVOLUTIONS OF THE CONSTITUTIONAL REVIEW IN THE CONTEXT OF INTEGRATION INTO THE EUROPEAN UNION. THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF ROMANIA IN THE PROCESS OF RECEPTION OF EUROPEAN LAW INTO THE NATIONAL LEGAL ORDER

Prof. univ. dr. TUDOREL TOADER¹
Dr. MARIETA SAFTA²

I. INTRODUCTION

The studies dedicated to the analysis of the evolution of constitutional review in the Member States of the European Union³, implicitly the relationships between the national constitutional courts in these States and the Court of Justice of the European Union⁴, reveal both "*sides of the coin*": on the one hand, national constitutional courts' response to the phenomenon of EU enlargement and integration, with corresponding consequences at national level, and on the other hand, the changes that this phenomenon and the case-law of national constitutional courts have produced at the level of European law and in the legal approach of the CJEU⁵. In this context, it is more commonly used the term of "*judicial dialogue*", meaning at this level, a means of prevention and reconciliation of the conflict between the two plans: national and supranational and of interconnection of legal entities thereof for the purpose of ensuring the coherence of the mixed legal order and the pre-eminence of EU law in relation to national norms⁶. This process of "Europeanization"⁷, where national constitutional courts constitute one of the main actors, has broad implications for the legal and institutional framework at the level of the Member States.

Addressing issues pertaining to the evolution of constitutional review in Romania in the context of integration of the country into the EU, we intend to carry out an analysis of how the Constitutional Court of Romania is involved in this judicial dialogue, a genuine factor of emergence in the philosophy and practice of integration, namely in the process of Europeanization of the national legal and institutional framework.

¹ Dean of the Faculty of Law, University „Alexandru Ioan Cuza” of Iași, judge at the Constitutional Court of Romania.

² Associate professor at the Academy of Economic Studies, Bucharest, First assistant –magistrate at the Constitutional Court of Romania.

³ Hereinafter referred to as the EU.

⁴ Hereinafter referred to as the CJEU.

⁵ O. Pollicino – European Legal Integration: the new Italian scholarship -Jean Monnet Working Paper 14/08; O. Pollicino "New Emerging Judicial Dynamics of the Relationship Between- National and the European Courts after the Enlargement of Europe; Towards a Unitary Theory of Jurisprudential Supranational Law? 69, OxfordJournals.org, Grainne de Burca, j. H H. Weiler, The Worlds of European Constitutionalism, Cambridge University Press, 2012.

⁶ The phrase referred objectifies various forms of dialogue between judges, both at national and at international level – for more details see I. Deleanu, "Judges dialogue – forms and implications in terms of judicial dialogue", in the Romanian Case-Law Journal No.1/2012, p. 17.

⁷ Z. Kuhn, "The Application of European Union Law in the New Member States: Several Early Predictions", German Law Journal, 2005, p. 564.

This analysis departs from the constitutional enshrining of the relationship between national and European law, namely Article 148 – Integration into *the European Union*, which sets the priority of the provisions of the constitutive documents of the EU and other Community legislation in relation to the contrary provisions of the national laws, as well as the obligation incumbent on Parliament, the President, the Government and the judiciary to ensure fulfilment of the obligations resulting from the accession instrument. Given its role as guarantor for the supremacy of the Constitution, the Constitutional Court of Romania has the obligation to ensure the observance of the constitutional text mentioned, being thus involved in a specific way – according to its competence – in the reception of EU law, both in legislation and in the case-law of national courts.

Since the research conducted is also aimed at comparative law issues, we analyzed this evolution with reference to two periods: pre-accession and post-accession, to note also the position of the Constitutional Court of Romania in relation to the jurisprudential trends identified in the specialised literature as characterising the constitutional courts of the Member States in the corresponding reference periods⁸.

II. THE PERIOD OF PRE-ACCESSION TO THE EUROPEAN UNION, A PHASE ENSHRINED TO SETTING THE GUIDING PRINCIPLES

During this period, whose starting point for the analysis is deemed to be the constitutional revision of 2003, the decisions of the Constitutional Court of Romania comprise a series of guiding principles regarding the relationship between national and Community law and the obligations of public authorities in the perspective of EU accession.

Such guiding principles are set forth, mainly, in Decision no.148/2003 on the issue of constitutionality of the proposal for the revision of the Constitution of Romania⁹, where the Court had to adjudicate whether the provisions concerning accession to the Euro-Atlantic structures infringe upon the limits of revision, in relation to the concepts of sovereignty and independence. Concluding that the respective texts do not represent a violation of the constitutional provisions regarding the limits of revision, the Court held, *inter alia*, that "*the aim pursued by the authors of the legislative proposal to amend and supplement the Constitution of Romania, in order to harmonize its provisions with the provisions of the constituent treaties of the European Union and with the mandatory regulations derived there from, is a necessary political and legal arrangement, [...]*". Moreover, "*introduction of these new regulations in the Constitution of Romania, at this moment, in view of a future integration into the European Union, represents a solution that cannot be abandoned, because integration into the Euro-Atlantic structures can only be achieved based on pre-existent constitutional basis.*" The Court also noted that "*through the acts transferring certain powers to the structures of the European Union, these do not achieve, by endowment, «supreme powers», personal sovereignty. In fact, the Member States of the European Union decided to jointly exercise certain powers, which, traditionally, pertain to national sovereignty. It is obvious that in the present era of globalisation of mankind*

⁸ D. Piqani – Constitutional Courts in Central and Eastern Europe and their attitude towards European integration- Vol.1 EJLS No. 2.

⁹ Official Gazette no. 317/12 May 2003.

problems, of the interstates evolutions and of the inter-individuals communication to a planetary scale, the concept of national sovereignty can no longer be conceived as absolute and indivisible, without the risk of an unacceptable isolation".

The firmness of the Court's pro-European discourse is accompanied by an emphasis on the consequences related to joining the EU: integration into national law of the *acquis communautaire* and the obligation to comply with European law. Thus, together with the constitutional revision for the purpose of accession, the genuine coordinates of the Europeanization process of national legal system were established, coordinates that stand at the basis of the evolution of the Constitutional Court's case-law itself.

Thus, as concerns the first consequence – the integration of the *acquis communautaire* into national law, it should be noted that subsequent decisions of the Court (relevant in the matter) constantly emphasized the need to harmonize national legislation with the European legislation and the obligations incumbent on national authorities in this respect. As concerns the second consequence – the obligation to comply with EU law, while establishing the rule concerning the priority of community law over contrary provisions of national laws in the proposal for revision of the Constitution, the Court noted that *"the Member States of the European Union agreed to place the community *acquis* – the constituent treaties of the European Union and the regulations derived there from – on an intermediary position between Constitution and the other laws, in case of binding European normative acts"*¹⁰. The Court has thus established the hierarchy of norms, without further analysing on that occasion the relationship between European law and the Constitution, analysis which, moreover, was not required in the context.

The coordinates thus outlined mark the subsequent jurisprudential evolution, the Constitutional Court following a practice similar to that of other European constitutional courts (Poland, Czech Republic, Lithuania, Estonia, Latvia), respectively a favourable discourse for EU integration, focussed on the idea of achievement of judicial harmonization¹¹. Thus, for example, in one of its decisions, the Constitutional Tribunal of Poland emphasized that, even if EU law is not binding in Poland (since at that time Poland was not a Member State of the European Union), given the commitments undertaken, Polish institutions, including the Constitutional Tribunal, are bound to ensure maximum compatibility between national and European legislation¹². In the same respect, the Constitutional Court of Romania, examining in 2006 the referral concerning the unconstitutionality of the Law on healthcare reform, held as¹³ unfounded the challenge on the existence within the law of rules applicable to the European Union structures as *"taking certain regulations adopted by European Union bodies does not mean exceeding powers, but implementation of Community law into national law"*. In a decision rendered in the same year¹⁴, the Court held that the impugned emergency ordinance *"was adopted in order to harmonize the current legislation with the provisions of the Accession Treaty [...] The urgency of the measure was justified by the fact that Romania is closely monitored by the*

¹⁰ Decision no.148/2003, Official Gazette no. 317 of 12 May 2003.

¹¹ A. Albi, "EU Enlargement and the Constitutions of the Central and Eastern Europe", Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 52.

¹² Z. Kuhn, "The Application of European Union Law in the New Member States: Several Early Predictions", German Law Journal, 2005, p. 564.

¹³ Decision no. 298/2006, Official Gazette no. 372/28 April 2006.

¹⁴ Decision no. 205/2006, Official Gazette no. 340/14 April 2006.

European Commission under the heading "Competition" and violation of the respective provisions of the Accession Treaty is likely to lead to activation of the safeguard clause, with the consequent postponement of Romania's accession to the European Union [...]."

However, the obligations arising from the accession instrument must be met in compliance with the constitutional provisions and principles and, it is not permissible, for example, in case of adoption of an emergency ordinance, justification of the emergency only based on the need to harmonize the Romanian legislation with the Community legislation. This because „*modification or uniformisation of legislation in one area or another does not, by itself, justify the issuance of an emergency ordinance*”¹⁵ Harmonization with European legislation, in itself, does not justify this emergency, and additional arguments are required, such as those used in the previous example.

III. POST-ACCESSION PERIOD. CONTINUATION OF THE PROCESS OF HARMONIZATION OF NATIONAL LEGISLATION WITH THE EUROPEAN LEGISLATION. THE USE OF INTERPRETIVE TOOLS FOR ENSURING CONSISTENCY OF THE HARMONIZATION PROCESS. CLEAR SEPARATION OF POWERS AT JURISDICTIONAL LEVEL AND CONSTITUTIONAL LOYALTY IN THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF EU LAW

1. Continuation of the process of harmonization of national legislation with the European legislation

1.1. Legislator's obligations resulting from the accession instrument

In many of the decisions rendered after 2007, the Constitutional Court found that the legislator – primary or delegated – has harmonized national legislation with the EU legislation in various matters, for example: asylum (Law no.122/2006 on Asylum in Romania, published in the Official Gazette, no.428 of 18 May 2006)¹⁶, foreigners' regime¹⁷, preventing and combating cross-border crime (Law no. 76/2008 the organisation and operation of the National System of Judicial Genetic Data, published in the Official Gazette, no.289 of 14 April 2008)¹⁸, trademarks (Law no. 84/1998 on Trademarks and Geographical Indications, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 161 of 23 April 1998)¹⁹, mutual recognition of judgments in civil and commercial matters²⁰, mediation²¹, consumer protection²² and others.

In some cases, the reasoning part of decisions explains in detail the grounds thereof in the meaning of emphasizing the obligation and importance of the harmonization process, justifying from the constitutional standpoint the adoption of certain normative acts. Thus, for example, the Court held that *"in accordance with Article 148 (4) of the Constitution, the*

¹⁵ Decision no. 15/2000, Official Gazette no.267/14 June 2000.

¹⁶ Decision no. 1033/2008, Official Gazette no. 757/10 November 2008, Decision no. 631/2011, Official Gazette no. 536/29 July 2011.

¹⁷ Decision no. 432/2010, Official Gazette no.17/7 January 2011.

¹⁸ Decision no. 666/2011, Official Gazette no. 502/14 July 2011.

¹⁹ Decision no. 688/2011, Official Gazette no. 537/29 July 2011.

²⁰ Decision no. 1.289/2011, Official Gazette no. 830/23 November 2011.

²¹ Decision no. 447/2011, Official Gazette no. 485/8 July 2011.

²² Decision no. 1591/2011, Official Gazette no. 80/1 February 2012.

Romanian State authorities have pledged to guarantee the fulfilment of the obligations resulting from the Treaties establishing the European Union, the EU binding regulations and the accession instrument. In this regard, the Government is constitutionally empowered in that, by the means it has at hand, to ensure fulfilment by Romania of the obligations undertaken before the European Union. Thus, the use of emergency ordinances to harmonize national legislation with the community legislation, where the initiation of the infringement procedure before the Court of Justice was imminent, is fully constitutional"²³. Even if such infringement procedure was not imminent, specific conditions requiring rapid legislative intervention – such as to avoid negative consequences it would have on competition at EU level, respectively to ensure immediate protection of consumers – were also invoked as justifying the adoption of an emergency ordinance²⁴.

We note that, in the post accession period, the Constitutional Court of Romania has more frequently invoked the case-law of the CJEU, common practice of the Constitutional Court also prior the accession²⁵. We refer to what the specialised literature called "interpretative tools", available to Constitutional Courts and used for the purpose to guide legislator's action, to explain or to substantiate the latter's approach and to establish the obligation of a consistent and consequent interpretation of national legislation with EU law²⁶. For example, adjudicating on a regulation concerning the organisation and use of games of chance²⁷, the Court held that "the case-law of the Court of Justice of the European Union on freedom to provide services under Article 49 EC must be taken into account. Thus, by the Judgment of 3 June 2010 in Case C-258/08, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd, Ladbrokes International Ltd v. Stichting de Nationale Sporttotalisator*, the Court of Justice of the European Union reiterated its case-law in that Member States have a very wide discretionary margin on gambling regulations. [...] the Member States are free to set the objectives of their policy on betting and gaming, in accordance with their own scale of values, and, where appropriate, to define in detail the level of protection sought, the restrictive measures that they impose must nevertheless satisfy the conditions laid down in the case-law of the Court as regards their proportionality (see, to that effect, Judgement of 6 March 2007 in the joined cases C-338/04, C-359/04 and C-360/04, *Massimiliano Placanica and others*)."

1.2. Compliance with the Constitution in the process of harmonization of national law with EU law

Maintaining its reasoning used in settling previous cases, the Constitutional Court held that the obligations which the authorities have under Article 148 of the Constitution must be fulfilled in compliance with the country's Basic Law, the Court thus reserving the right to punish violations of Constitution caused by improper fulfilment of these obligations.

It is a conclusion that emerges, for example, from Decision no.799/2011 on the bill for revision of the Constitution, where, noting that removal of the second sentence of Article 44

²³ Decision no. 802/2009, Official Gazette no. 428/23 June 2009, to the same effect Decision no.1070/2009, Official Gazette no. 703/ 20 October 2009.

²⁴ Decision no. 450/ 2012, Official Gazette no. 507/24 July 2012.

²⁵ D. Piqani, *op. cit.*

²⁶ *Ibidem*, p. 8.

²⁷ Decision no. 1344/2011, Official Gazette no. 32/16 January 2012.

(8) of the Constitution, "*Legality of acquirement shall be presumed*", is unconstitutional, because it has the effect of suppressing a safeguard of the right to property, infringing thus the limits of revision set forth in Article 152 (2) of the Constitution, the Court stressed that "*this presumption does not preclude the primary or delegated legislator to adopt, pursuant to Article 148 of the Constitution – Integration into the European Union, regulations allowing full compliance with EU legislation in the fight against crime*" (objective envisaged by the initiator of the bill for revision, the particular with reference to the Council Framework Decision 2005/212/JHA of 24 February 2005 on confiscation of the instrumentalities and property related to crime²⁸).

The reasoning of the Court comes to strengthen its previous practice concerning the same provisions, in the new context of reliance upon a European instrument as grounds for the revision, stating again, that no initiative for revision of the Constitution can remove a safeguard of a fundamental right. These safeguards are part of what the specialised literature called the „hard nucleus” of the Basic Law, or enshrining at constitutional level a general principal in the matter of protection of fundamental rights – that of continuous evolution of their regime of legal protection and of the impossibility to go back (*cliquet arrière-retour*) to a legal regime that is less favourable than the regime enshrined at certain time²⁹. The text of Article 152 (2) of the Constitution, which unequivocally establishes that „*no revision shall be possible*” (if it leads to the suppression of any of the citizens' fundamental rights and freedoms, or their safeguards) is not liable for any exception or exemption.³⁰

By another decision, the Constitutional Court of Romania found unconstitutional a normative act transposing a Directive of the European Parliament and of the Council of the European Union (Law no.298/2008 regarding the retention of the data generated or processed by the public electronic communications service providers or public network providers, as well as for the modification of law 506/2004 regarding the personal data processing and protection of private life in the field of electronic communication area), mainly for lack of clarity and precision, holding that "*limiting the exercise of the right to privacy and secrecy of correspondence and freedom of expression, [...] must take place in a clear, foreseeable and unambiguous manner so as to remove, as much as possible, the potential arbitrariness or abuse by the authorities in this area.*" The Court's reasoning set forth in detail all drafting deficiencies of the impugned normative act, also by reference to the standards set by the European Court of Human Rights in its case-law³¹.

What is remarkable in this case is the avoidance of any possible conflict between the two legal systems, as the reasoning part of the decision is exclusively related to the domestic regulatory shortcomings in relation to the Constitution of the country. We could

²⁸ Published in the Official Journal of the European Union No. L 68 of 15 March 2005.

²⁹ S. Tănăsescu – in Constitution of Romania, comment on articles, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, 2008, p. 1463.

³⁰ Although delivered in a different context and with regard to different principle provisions, for analogy purposes, one of the landmark decisions of the Constitutional Court of Germany, aimed at preserving constitutional identity, could be mentioned here. We refer to Decision dated 30 June 2009 on the Lisbon Treaty, where this court held that "The constituent power has not granted the representatives and bodies of the people a mandate to change the constitutional principles which are fundamental pursuant to Article 79.3 GG. The Federal Constitutional Court shall be the guarantor thereof" par. 217, 218, see <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg09-072en.html>.

³¹ Sunday Times v. the U.K., 1979, case *Rotaru v. Romania*, 2000.

even consider this decision as a form of judicial dialogue, as long as the Constitutional Court's reasoning is fully compliant with the statements included in the CJEU case law which held that „*each Member State is bound to implement the provisions of directives in a manner that fully meets the requirements of clarity and certainty in legal situations imposed by the Community legislature, in the interests of the persons concerned established in the Member States. To that end, the provisions of a directive must be implemented with unquestionable legal certainty and with the requisite specificity, precision and clarity*”³². Legal certainty “*requires that the effects of Community law must be clear and foreseeable, the purpose of this requirement is to ensure that legal relationships governed by Community law remain foreseeable*”³³. “*Member States must establish a specific legal framework in the area in question, by adopting provisions capable of creating a situation which is sufficiently precise, clear and transparent to enable individuals to ascertain their rights and to rely on them before national courts*”.

2. Application with priority of constituent treaties of the European Union and of other binding Community rules in relation to the contrary provisions of the national laws. Delimitation of powers and duties of national courts. Reference standards for the exercise of constitutional review

2.1. Delimitation of powers at jurisdictional level

After a short period of inconsistent practice³⁴ the Constitutional Court of Romania clearly established the issue on the relationships of jurisdiction between national courts and the constitutional court in matters of constitutional interpretation and application with priority of EU law (also with reference to CJEU jurisdiction), thus implicitly setting the obligations on national courts in this context.

Thus, in a case-law that became consistent, the Court held³⁵ that it does not have the jurisdiction “*to examine whether a provision of national law is compatible with the Treaty establishing the European Community (now the Treaty on the Functioning of the European Union) in terms of Article 148 of the Constitution. Such jurisdiction, namely to establish whether there is a contrariety between national law and EC Treaty, belongs to the ordinary court, which, to reach a fair and lawful conclusion, ex officio or upon request of the party, may submit a question for the purposes of Article 234 of the Treaty establishing the European Community to the Court of Justice of the European Union. If the Constitutional Court deems itself competent to rule on the conformity of national legislation with the European we could reach a possible conflict of jurisdiction between the two courts, which, at this level, is inadmissible*”. Similarly, the Court also stated that³⁶ “*the task to apply with priority binding Community rules in relation to national legislation belongs to the ordinary*

³² C 354/99, Commission v. Ireland, 18 October 2001, par. 27.

³³ Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford EC LAW Library, p. 244.

³⁴ Decision no. 59/2007, published in the Official Gazette no.98/8 February 2007, Decision no. 558/2007, Official Gazette no. 464/10 July 2007, Decision no. 1031/2007, Official Gazette no. 10/7 January 2008.

³⁵ Decision no. 1.596/2009, Official Gazette no. 37/18 January 2010 or Decision no. 1289/2011, Official Gazette no. 830/23 November 2011.

³⁶ Decision no. 137/2010, Official Gazette no. 182/22 March 2010.

court. It is a matter of a application of the law and not a constitutional matter”³⁷, as well as that “in the relationship between Community law and national law (except for the Constitution), one can speak only of priority in terms of application of the former, matter falling within the jurisdiction of the courts.”

2.2. Preliminary questions procedure – legal mechanism to ensure coherence in the EU

Developing the above considerations in a series of recent decisions – where constitutional review was exerted over a regulation on which the CJEU had adjudicated following a preliminary question submitted by a Romanian court – the Court adjudicated on the relationships of jurisdiction between the CJEU, national courts and the Constitutional Court with regard to the preliminary procedure mechanism³⁸.

Concerning the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union, the Constitutional Court held that, answering a preliminary question, it interprets applicable provisions of the Treaty on the functioning of the European Union, and it does not verify the compatibility of the domestic provisions with the Treaty. The European Court “has no jurisdiction to give a ruling aimed at finding the validity or invalidity of national law. Consequence of a certain interpretation of the Treaty may be that a provision of national law is incompatible with European law. The effects of this preliminary ruling are set forth in case law of the Court of Justice of the European Union, namely that «the interpretation which, in the exercise of the jurisdiction conferred upon it by article 177 [Article 267 of the Treaty on the functioning of the European Union], the court of justice gives to a rule of community law clarifies and defines where necessary the meaning and scope of that rule as it must be or ought to have been understood and applied from the time of its coming into force»”³⁹.

As for the national court and its jurisdiction, the preliminary question is seen and promoted as a form of judicial dialogue in order to seek “technical” justification for solutions rendered by the national judge, without prejudice to his competence or independence. “Dialogue between judges” at the initiative of the national judge, is, in fact, according to the opinions expressed in the specialised literature, “the cornerstone” of the European legal order, whose observance is ensured also by the courts, pursuant to Article 148 (4) of the Constitution⁴⁰ and, also, an indispensable tool for the national judge in achieving his duties from this perspective⁴¹.

³⁷ Similarly, for example, the Constitutional Court of Austria, see for details Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Constitutional review in Austria- Traditions and New Developments, paper presented at the International Conference dedicated to the 20th anniversary of Constitutional Court of Romania, available on the RCC website – www.ccr.ro

³⁸ Decision no.668/2011, Decision no. 1.088/2011, Official Gazette no. 668/20 September 2011, Decision no. 921/2011, Official Gazette no. 673/21 September 2011, Decision no. 903 of 30 June 201, Official Gazette no. 673/21 September 2011.

³⁹ Judgment of 27 March 1980 in Case 61/79 Denkavit italiana v. Amministrazione delle finanze dello Stato, par.16; Judgment of 2 February 1988 in Case 24/86, Blaizot v. University of Liege and others, par. 27, Judgment of 15 December 1995 in Case C-415/93, Bosman and others v. Union royale belge des sociétés de football association and others, par. 141].

⁴⁰ See I. Deleanu, cited paper, p. 38.

⁴¹ For an analysis of the role of the national judge in the integration process see Imelda Maher, National Courts as European Community Courts, - HeinOnline- 14 Legal Stud.226, 1994.

This even more as compliance with the obligations imposed by Article 148 of the Constitution by the courts involves also the accountability of the national judge, issue taken into account by the Constitutional Court when it had to examine regulations concerning sanctioning of misconduct of judges and prosecutors⁴². In this regard, it is worth noting the reasons of the Court in terms of limits of jurisdictions – national courts, Constitutional Court an CJEU, when it analysed the national judge's obligation to comply both with the decisions rendered by the Constitutional Court, respectively the decisions rendered by High Court of Cassation an Justice (appeals in the interest of the law), placed by the authors of the referral in a somehow antagonistic relationship with the CJEU judgements. With reference to both categories of decisions, the Court found that they *"give expression to a specific power, strictly provided by law. Therefore, contrary to the complaint, compliance therewith does not prevent the exercise of legal powers of the courts. In order to adjudicate, courts must consider and apply both the provisions of domestic law and the international treaties to which Romania is a party, according to the differentiations required by Article 20 and Article 148 of the Constitution."*

The reasoning focused on this type of dialogue is developed by including in its scope also the constitutional court. By the same decisions, the Court, stating that *"it is not a positive legislator or court with jurisdiction to interpret and apply EU law in disputes concerning subjective rights of citizens"*, admits that it can use a rule of European law in the constitutional review as a rule interposed to the reference one, provided that certain conditions are complied with: *"this rule must be sufficiently clear, precise and unambiguous in itself or its meaning must have been clearly, precisely and unequivocally established by the Court of Justice of the European Union [...], the rule must be circumscribed to a certain level of constitutional relevance so as its legal content might support the possible infringement by the national law of the Constitution – the only direct reference standard in its review of constitutionality. In such a case the Constitutional Court approach is distinct from the simple application and interpretation of the law, jurisdiction belonging to courts and administrative authorities, or from any issues of legislative policy promoted by the Parliament or Government, as appropriate."* The Court stipulated that *"In the light of cumulative set of conditionality, it is up to the Constitutional Court to apply or not in its constitutional review the judgements of the Court of Justice of the European Union or to formulate itself preliminary questions to determine the content of the European norm"*⁴³.

It appears that by those decisions, the national constitutional judge is taking another step towards strengthening the relationship between the two legal systems and promoting a pluralist conception. This attitude is related – according to the Court – to the *"cooperation between European and national constitutional court and the judicial dialogue between them, without bringing into question aspects of establishing a hierarchy between these courts"*⁴⁴.

⁴² Decision no. 2/2012, Official Gazette no. 131/ 23 February 2012.

⁴³ Competence and responsibility to initiate cooperation with the CJEU lies, in fact, with national courts – see ECJ – Judgment of 14 September 1980, Case 53/79 Office national des pensions des travailleurs salaries/Fioravante Damiani, Rec 1980, p.273 in Simina Tănăsescu "Preliminary reference and fair judicial cooperation", Romanian Journal of European Law no.3 of 30 June 2012.

⁴⁴ It is well known – as an opposite – the situation created, for example, by what the specialised literature called the "ultra vires revolution", when the Czech Constitutional Court (CCC) declared the CJEU's judgment in C-399/09 Landtová "ultra vires" – for details – Jan Komarek – Playing with Matches: The Czech Constitutional Court's ultra vires revolution – <http://verbassungsblog.de/>

2.3. Reference standards for carrying out constitutional review. The Charter of Fundamental Rights of the European Union

If given the aforementioned reasons, the Court acknowledges that a rule of European law can be used in the constitutional review as a norm interposed to the reference standard – which can only be the Constitution – under certain conditions, there is a situation in which the rule of European law may constitute, through a provision of the Constitution, the reference standard itself for the constitutional review.

Thus, taking into account the provisions of Article 20 of the Constitution relating to *International Treaties on Human Rights*, which establish the obligation to interpret constitutional provisions on fundamental rights and freedoms in accordance with international treaties on human rights to which Romania is a party and the priority of international regulations in cases of inconsistencies, except where the national law contains more favourable provisions, the Constitutional Court ruled on the Charter of Fundamental Rights that it is, in principle, applicable in the constitutional review *"insofar as it ensures, guarantees and develops constitutional provisions regarding fundamental rights, in other words, as far as the level of protection thereof is at least at the level of constitutional norms on human rights"*⁴⁵. This is also about a form of judicial dialogue with the European Court, as long as application of the Charter as reference standard in its review of constitutionality complies with the interpretation and meaning established by the CJEU.

Thus, for example⁴⁶, analyzing the scope and conditions of Article 53 of the Constitution – *Restriction on the exercise of certain rights or freedoms*, the Court has made an interpretation consistent with the Charter, using as an instrument the case-law of the CJEU. The Court noted in this regard that the formula used by Article 52 (1) of the Charter, which states that *"Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others"* is inspired by CJEU case law according to which *"restrictions may be imposed on the exercise of those rights, in particular in the context of a common organisation of a market, provided that those restrictions in fact correspond to objectives of general interest pursued by the Community and do not constitute, with regard to the aim pursued, disproportionate and unreasonable interference undermining the very substance of those rights"* (Judgment of 13 April 2000 in Case C-292/97, paragraph 45).

The same importance is granted to the Charter also by other European constitutional courts, such as the Austrian Constitutional Court which, in a decision issued in March 2012, stated that the rights established in the Charter can be invoked directly before the Constitutional Court. A study on this case shows that it represents a review in relation to EU law integrated into the constitutional review⁴⁷. A possible consequence of this form of review could be even creating the framework for submission of preliminary questions by the Constitutional Court for interpretation of the Charter.

⁴⁵ Decision no.871/2010, Official Gazette no.433/28 June 2010.

⁴⁶ Decision no.53/2012, Official Gazette no. 234/6 April 2012.

⁴⁷ Gabriele Kucsko-Stadlmayer, cited paper.

3. The public authorities' constitutional loyalty duty in fulfilling their obligations resulting from the accession instrument

Fulfilment by Romanian authorities of certain obligations resulting from membership to the European Union led also to legal disputes of constitutional nature. We refer to the dispute between the President of Romania and the Prime Minister in relation to the matter of representation of the country in the European Council⁴⁸. In this case, the Court had to determine the rights of the respective authorities pursuant to the Constitution, but in relation to the obligations imposed by the relevant European instrument, an occasion to make some direct connections between the two plans – national and European, this time at institutional level. Certainly the Court's interpretation was related to constitutional provisions, but by means of this interpretation the Court imposed also a certain concept on the institutional relationships in terms of relevant EU instruments, establishing thus the obligations incumbent on national public authorities pursuant to Article 148 (4) of the Constitution.

Without analysing the settlement of this dispute and the reasons for such settlement, we only wish to underline the Court's statement, i.e. *"in carrying out their powers, authorities must be concerned with the proper functioning of the rule of law, thus having the duty to cooperate in the spirit of the rules of constitutional loyalty"*, a statement made also in another somehow related decision, in terms of subject matter, where the Court declared unconstitutional certain provisions of the Law concerning cooperation between Parliament and Government in the area of foreign affairs⁴⁹.

IV. CONCLUSIONS

The brief case law analysis reveals, in terms of constitutional development in the context of EU integration, that there is consistency in national constitutional case-law regarding: the relationship between national law and EU law, the Constitutional Court's jurisdiction, the courts' jurisdiction and the CJEU jurisdiction within this relationship, including the possibility to submit an application to the CJEU for a preliminary ruling, within the constitutional review of the rules transposing into national law EU regulations and reference standards, for the purposes of carrying out the review.

Given the set coordinates, national constitutional court is one of the main actors of the process of Europeanization of national legal system, in respect for national constitutional identity, conclusion demonstrated by the numerous cases in which the Court adjudicated on the obligations of national authorities from the perspective of Article 148 of the Constitution and on the modality to meet these obligations.

The general concept that emerges from all this practice is that of promotion of mutual respect, in other words, constitutional tolerance⁵⁰ based on understanding the phenomenon of multiple constitutional systems in the EU, which must coexist and relate within and in relation to the independent legal order which it entails.

⁴⁸ Decision 683/2012, Official Gazette no.479/12 July 2012.

⁴⁹ Decision no.784/2012, Official Gazette no.701/12 October 2012.

⁵⁰ For details, see J.H.H. Weiler, "Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg" in Kalypso Nicolaidis și Robert Howse, eds, *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU* (Oxford University Press, 2001), 54.

PREMISES FOR THE UNITED STATES OF EUROPE

JAMES K. McCOLLUM*

University of Alabama in Huntsville, USA

We don't know exactly when and where the first idea for a United States of Europe was discussed by scholars and government heads, but we do know that William Penn, a British nobleman who eventually became the governor of the American territory that was later known as the U.S. State of Pennsylvania mentioned it in his writings in 1782. Penn had been given a large grant of land by King Charles II of England to pay a debt to Penn's father. Penn wanted to find a formula to govern the colony in a way that promoted democracy and religious freedom and to avoid ruinous wars. His plan for a United Colonies of America also recommended a similar formula for a "United States of Europe." Penn had seen the terrible aftermath of European wars and hoped that a supranational organization could avoid wars by getting member countries to cooperate with each other.

Another early champion of a European Federation was Albert Einstein. Originally from Switzerland, Einstein was against militarism and nationalism. As a German citizen in 1916, during World War I, he became a member of the liberal and cautiously pacifist "New Fatherland League", a club that pushed for an early peace and the formation of a federal structure in Europe to avoid future conflicts. It published a pamphlet titled "The Creation of the United States of Europe". The group was banned by the German government before the year ended.

So the concept of a United States of Europe was attractive to some of the greatest thinkers of the world, but was never taken seriously by governments until the second half of the 20th Century. Bismarck's wars against Austria and France in the late 19th Century killed and wounded hundreds of thousands of soldiers and civilians, World War I killed and wounded millions of soldiers and civilians, and Hitler's wars killed and wounded millions more. When was enough enough?

Although Western Europe was in a Cold War against the Soviet Union and its satellites in the late 1940's some of the great thinkers of that age decided to try a new approach. To bring about peaceful pursuits instead of implacable nationalism and conflict, French Prime Minister Robert Schumann proposed the "Schumann Plan" to get steel producing countries to work together in a "European Coal and Steel Community." This initiative was badly needed, not only to get former enemies to cooperate, but also to rebuild the economies shattered by World War II. As a modest beginning in 1949, it brought about cooperation of the countries: France, Germany, Luxembourg, Holland, Belgium, and Italy. From this beginning it became the European Economic Community (EEC) of the six countries by the Treaty of Rome in 1959. Over time, more countries joined and governmental bodies were created to integrate the nations together. Now, with the name changed to European Union, the body has 27 European countries as members. Is it a United States of Europe? No, not yet. However, it has achieved a great victory in that its members are so busy with economic pursuits that no member countries have the least inclination to make war on other members.

*Professor Emeritus, University of Alabama in Huntsville, US.

How does the European Union differ from the United States of America (USA)? The USA was forged in a war for independence by thirteen colonies that had many similarities: a common language, common legal system derived from English common law, and a strong desire for developing untamed lands. An early attempt at governing the former 13 colonies after defeating the British was called the “Articles of Confederation,” but it failed because there was not enough central control. In a convention in 1787 called to revise the Articles of Confederation, the Founding Fathers decided to create a new form of government called a “federation” which would have a strong central government, but still allow much power to each of the states.

The American states issue licenses for lawyers and doctors to practice their professions and charters for businesses to operate in the state. The Federal (national) government does not control such activities in the states. The states perform many other functions unfettered by the Federal government unless the Federal government has provided part of the funding for the activity, in which the Federal government does get involved. For example, originally, the states were responsible for public education. Then under President Jimmy Carter, a U.S. Department of Education was created. Now the Federal government involves itself into all public education activities, a situation that is disliked by most citizens. Many recent presidencies have tried to increase the Federal power in the U.S. by taking away functions the states had been performing. A Federation has the greatest power in its central government, but states also have jealously guarded powers.

In that sense, it is similar to the EU in that the Treaty of Maastricht called the EU governing body a federation. Some of the members at that time didn’t like the term “federation” for the EU because they thought it meant losing some of their sovereignty. The exact impact of the treaty on the functioning of the EU left many questions open, uncertainties which have led to calls for another new treaty. The Lisbon Treaty of 2007 greatly increased the administrative powers governing the EU. When its impact is assessed, the biggest winners from Lisbon have been the European Parliament, with its increase in power, and the European Council. The first months under Lisbon have arguably seen a shift in power and leadership from the Commission, the traditional motor of integration, to the European Council with its new full-time and longer-term President. The split between the Commission and European Council Presidents involved overlap, potential rivalry and unwieldy compromises, such as both Presidents attending international summits, in theory each with their own responsibilities, but inevitably with a considerable grey area. There is some expectation that the posts may be merged, as allowed under Lisbon, in 2014 when their two mandates expire.

The European Parliament has used its greater powers over legislation, but also for example over the appointment of the Commission to gain further privileges from President Barroso and it used its budgetary powers as a veto over how the External Action Service should be set up. It also applied its new power over international agreements to rapidly block the SWIFT data sharing deal with the US and threatened to do so over a free trade agreement with South Korea.

Like the Commission, the Council of ministers has, relatively, lost power due to Lisbon. Its dynamic has also changed as member states have lost their veto in a number of areas. Consequently, they have had to come up with stronger arguments faster in order to

win a vote. The Presidency of the Council, which continues to rotate among Member States every 6 months, has lost influence: the Prime minister of the country of a controversy in question no longer chairs the European Council, its foreign minister no longer represents the EU externally (that is now done by the High Representative of the Division of Foreign Affairs).

Other moves toward federation includes the creation of this High Representative of the Division of Foreign Affairs and Security which will lead to a common defense for the EU. Also, the legal expansion allows for plaintiffs who want to appeal the decision of their national court may appeal their case to the Court of Justice of the European Union.

No one can deny that the EU has brought about free trade among the member countries and no travel restrictions for EU citizens wanting to visit other EU countries. At the same time, all of the EU countries are friendly with each other. If they want to contribute to a NATO action outside of Europe, it's an individual country's decision.

We in the United States of America are eager to see more: the creation of the new and powerful United States of Europe. Why? Because at this moment in our history we have to deal with further dangerous enemies: the general warming of the planet, the climate changes, the pollution, the terrorism, the modern slavery and many others that may find us unprepared to defend our traditions and values.

Perhaps, we need not worry about the economical crisis. When united the chances to solve all problems are more robust. The legal system will provide for all European citizens equal opportunities in all fields, education, health care, jobs, they will be all equally protected by the common laws and responsible under the common laws.

Actually the big secret behind the emerging of this new beautiful Federation lies in the common legal system. The adopted law by the large majority of the EU citizens will be the foundation to a stable future. A single unique law system of the Federation should provide the means to control and eventually eradicate corruption. Europe has very fertile land, plentiful resources of clean fresh waters, and many other resources in all fields including the "know how," thus the EU has all the factors needed to be prosperous and developed if well organized and managed.

Many important steps have already been taken. All citizens of the 27 states are at this moment protected by laws that cannot be ignored by the respective governments. Are there at this moment any major differences between the way USA and USE functions? No. You travel free, you can buy property wherever you want and eventually everybody will have the right to work and live where ever he or she pleases anywhere on the surface of USE.

There are of course a lot of small differences that are only normal due to history.

But to act like ONE when faced with any major danger for the planet or for the civilization is the most important thing we can aim for. *E pluribus unum!*

REFERENCE:

Isaac, Walter, (2007) *Einstein: His Life and Universe*, New York: Simon and Schuster.
http://en.wikipedia.org/wiki/Treaty_of_Lisbon

INTELLIGENCE REFORM IN EAST EUROPE

STEPHEN R. BOWERS*

Liberty University, Lynchburg, Virginia, USA

The collapse of communist power in Eastern Europe bought both an opportunity as well as a requirement for reform of intelligence systems in the newly independent states. In the communist era, a security organization was all too often simply an instrument of domestic repression and intimidation rather than an instrument for making and implementing policy. Moreover, there was no meaningful distinction between the security services and the intelligence agencies that served the communist regimes. Therefore, it is essential that intelligence services in the newly independent states be seen as targets for reform within the context of national reforms aimed at creation of civil society.

Two specific themes have emerged as being particularly relevant for the effort to make intelligence services effective in their work and supportive of the national transformation. After enduring a disappointing immediate post-Soviet regime, Georgia's Rose Revolution brought about a change that reflected this concern when it announced in 2004 that it would create a foreign intelligence service that would be a separate structure directly subordinated to the office of the Georgian President. Prior to this time, foreign intelligence was subordinated to the Ministry of Security. The first theme for intelligence reform is information sharing, an absolute necessity for security and intelligence services hoping to coordinate their work, avoid duplication of efforts, and establish their credibility. A second and closely related theme is the need to develop professional work standards. The services will never enjoy credibility in the absence of training programs to ensure that skilled professional direct their labors. This was a concern voiced by Mrs. Anna Zhvania, who became Head of the newly established Georgian Foreign Intelligence Special Services (FISS), when I met with her in Tbilisi in January, 2007. Zhvania was only one of a group of Western oriented Georgian credited with reducing corruption and increasing professionalism among the ranks of government officials.

Intelligence Sharing: In 1993, just two years after the collapse of the USSR, the attack on the World Trade Center raised questions about the adequacy of intelligence sharing concepts. Coordinated attacks on US embassies in Africa underscored the complaints about the nature of the "intelligence failures" which contributed to nations' vulnerability to such attacks. These debates have called attention to the growing problems of uncontrolled migration, expanding drug traffic that, with increasing frequency, supports terrorist activities, the eased acquisition of WMD and other weapons, and trafficking in humans.

These growing problems share a common characteristic in that they are international and impact the international environment. Policy makers now recognize that cross border intelligence sharing is essential for the development of coherent strategies to respond to these new threats. The expansion of NATO into Eastern Europe has generated a series of new problems, each of which has had a security aspect. Few have been more compelling

* Professor of Government, Helms School of Government, Liberty University, Lynchburg, Virginia, US.

than the problem of how to develop an effective system of intelligence sharing and verification among the new as well as the old NATO members. Such a system should also accommodate Partnership for Peace participants as well as National Guard units.

A new concern for Western national security doctrine is the emergence of terrorism as a global challenge to the established political, economic, and social order. Attacks on Western embassies and consulates, such as the disastrous Libyan attack in September, 2012, will not be the last gasp of terrorist forces determined to bring about instability. Eastern Europe has not been immune to terrorist initiatives and political violence continues to inhibit the creation of stable post-communist systems. Ethnic and political divides which emerged in the USSR's final years have not only persisted but have evolved into confrontations which are, with increasing frequency, of international importance. The Chechen conflict, initially seen as an internal Russian crisis, has become a threat to regional stability and a direct challenge to Georgian security. In 2012, George Maior, the director of Romania's intelligence service, highlighted his country's vulnerability now that is part of the anti-missile shield.

Security organizations in Russia, Ukraine, and Moldova have demonstrated a desire to work together after the demise of the USSR. Romania, likewise, has developed a number of relevant and promising reforms. Their initiatives such demonstrate an apparent willingness on the part of the region's governments to take at least limited steps in addressing current deficiencies in intelligence sharing. The implementation of a system for successful and productive intelligence sharing between different agencies requires careful planning and diplomacy. In fact, the same is true even for sharing within a single agency. Working agreements must be established up the 'agency management hierarchy' with commitment and responsibility clearly set at every level so that who talks to whom and what response is required and how it is vetted for release is clearly defined.

In addressing NATO needs, several concerns are apparent. The *first concern* is to determine what intelligence it is that we wish to share. Most intelligence data can be placed into one of two basic categories. Among the more common information is that which can be categorized as *routine and/or strategic*. Information relating to the day to day activities of criminal organizations would be considered routine. The same is true for criminal undertakings such as money laundering, prostitution, or the sale and transfer of stolen merchandise. Monitoring of movements of terrorist agents would also be viewed as a routine matter. Information relating to long-term planning, of course, would be categorized as strategic. Generally, routine/strategic intelligence will not be as time critical as crisis intelligence.

Less common but of greater relevance for international order are those activities that relate to *crisis* situations. The sharing of crisis-related intelligence poses special problems. One of the most visible problems is how to expedite the exchange of information between member states involved in the crisis. The urgency of the situation may, by itself, be sufficient to overcome some of the bureaucratic inertia that otherwise might inhibit intelligence sharing.

Crisis Intelligence may also require immediate access to expertise on chemical, biological or nuclear warfare, communications to command authority and involve police or military action including use of force with consequences reaching to highest political and

national leadership. Crisis intelligence requires an immediate response to critical incidents such as a perceived CBR threat or an actual attack. Intelligence sharing can be advanced through the establishment of a crisis management team that would operate through an operations center that is constantly manned. The crisis management team leader should have broad authority to dispatch a first responder to the incident site under an on-scene commander. Intelligence or information would need to flow freely between the operations center team leader and the on-scene commander. The team leader should have ready access to specialists who would be on call to provide assistance whenever it was needed in response to an event.

A *second concern* is to identify any legal constraints on sharing such information. Such a determination requires an examination of the nature of relationships between the states to be involved in intelligence sharing. Both recent and long-term historical considerations will have a bearing on this aspect of our studies. For the East European states, there are numerous issues which have an impact of their relationships. Long-standing ethnic and border disputes frequently color those relationships in such a way as to inhibit the development of cooperative arrangements in all policy areas. Relationships between intelligence officers will have a major impact on how obstacles to intelligence sharing may be overcome.

It is important to recognize that no general, long term exchange agreement can be obtained. The nature of international relationships is such that the optimum solution is a series of specific exchange agreements for particular and well defined intelligence activity over a specific time intervals. This might be, for example, "Special Project X" etc. on an 'ad hoc' basis. "Points of Contact" with adequate knowledge and authority must be identified and maintained by all parties to these arrangements. Without appropriate current access and release authority no significant intelligence flows across agency or political boundaries, domestic or international. For convenience let us call this requirement "Current Access and Release Authority" or CARA. Where there is no CARA intelligence sharing is not possible. Understanding, planning, implementing and maintaining CARA is the most difficult and critical element of any intelligence sharing program. Establishing and maintaining CARA will require motivation, time and experience on the part of relevant officials within the entire community. CARA is usually conditional upon how intelligence is to be used and who will have access after its release. Security considerations will be imposed on both sides. Once released, intelligence may have severe constraints as to who will have access and know its source. There will have to be provisions for handling this material at all levels on both sides. A single mistake could result in an embarrassment that would destroy the CARA and create a barrier to creation of another.

One way of developing this kind of cooperation could be to hold a series of working sessions that would address the issue of intelligence sharing and verification within NATO's membership and related organizations. An overall goal of these workshops should be to address intelligence sharing on two levels: the international and the internal or domestic. Such workshops could include as participants representatives of the law enforcement and intelligence community from relevant states. These representatives would be individuals with day to day responsibilities in this area and would be drawn primarily from the operational rather than the executive levels of their organizations.

Professional Standards: As noted above, in 2007, Mrs. Anna Zhvania, newly installed as Head of Georgia's Foreign Intelligence Special Service (FISS) elaborated on the need for enhancing professional development among Georgia's intelligence and security services. In January of that year, Mrs. Zhvania explained that, as part of the process of implementing Georgia's democratization, she hoped to develop a new professional elite to conduct the work of her nation's main intelligence organization. According to Zhvania, the Georgian intelligence community in general and FISS in particular enjoyed the services of many young people who were committed to the notions of professionalism as well as the values of a democratic society. The problem, she explained, was that the senior leadership positions were all too often occupied by individuals who were products of the Soviet system. Therefore, Mrs. Zhvania was determined to provide educational opportunities for the young specialists whom she saw as the eventual replacements for the old cadre of intelligence professionals.

As a first step in creating opportunities for professional development, Mrs. Zhvania arranged for a series of training sessions which she hosted in the FISS headquarters. Both FISS employees as well as analysts from Georgia's Ministry of Interior attended this three day program in January, 2007. The second stage of this program was scheduled for May, 2007.

While Mrs. Zhvania was determined to modernize the FISS, she recognized that there was opposition to her reforms. The extent and intensity of this resistance became clear when Deputy Head of FISS, George Gabunia, assumed direction of the organization during Mrs. Zhvania's long illness. Before creation of FISS, Gabunia served as Head of the Counterterrorist Center of the Ministry of Interior. In this capacity he stopped those reform efforts by confronting and threatening, with a pistol lying on his desk, personnel responsible for the 2007 sessions.

Eventually, Georgia renewed its commitment to reforming its intelligence service without George Gabunia who became Corporate Security Director at the Georgian Lottery Company. In 2008, ex-foreign minister Gela Bezhuashvili accepted the position as head of the Foreign Intelligence Special Service. Seen as a reformer, Bezhuashvili shared Mrs. Zhvania's enthusiasm for improving Georgia's intelligence services. Later in the year, the surprise Russian invasion underscored the need for such an improvement.

Conclusion: It is these experiences which support the operational assumption that overcoming the barrier to intelligence sharing is a continuous process. Success in this area will have a direct impact on efficient border management as well as on border security-military relationships. Long-term, continuing success will be dependent upon involvement by all relevant law enforcement and intelligence agencies in Eastern Europe, the NATO command structure, and key agencies associated with Partnership for Peace participants with the National Guard community.

CONVULSIILE MEDIERII ÎN ROMÂNIA REFLECTATE ÎN PLAN LEGISLATIV ȘI ÎN CEL AL APLICĂRII PRACTICE

KATALIN BARBARA KIBEDI

*fost Secretar de Stat în Ministerul Justiției și Vicepreședinte al Consiliului de Mediere,
București*

Noțiunea de mediere, de fapt existența ei este legată de noțiunea și existența conflictului. Ambele noțiuni au fost definite în multe moduri, dar prezentarea acestor definiții nu face obiectul prezentei expuneri și totuși, una din ele merită să fie redată grație plasticității care o caracterizează: conflictul este o înfruntare de emoții.

De aici rezultă, în mod firesc, faptul că firii omenești îi este specific conflictul, dar tot atât de adevărată este și aplecarea omului către armonie, mai mult decât către conflict. Este suficient să amintim că zeița discordiei a fost alungată de către Zeus din Olimp, pe când Concordiei, zeița bunei înțelegeri, i s-au ridicat statui și temple.

Or, potrivit unui renumit cercetător al miturilor, Joseph Campbell: „Mitologia conține mai mult adevăr decât istoria”, ea fiind cea care exprimă cele mai înalte aspirații, dorințe și ambiții ale imaginației colective.

Pentru păstrarea armoniei dorite, era necesară soluționarea conflictelor iscate și de la această necesitate a început construcția modalităților de soluționare a conflictelor, în strânsă dependență cu evoluția socială.

Medierea este prezentă printre aceste modalități din străvechi timpuri, dar, la rândul ei, nu a fost ferită de confruntări, dispute, convulsii, existente și în zilele noastre, mai ales în susținerea ei ca soluție alternativă sau complementară în raport cu mijloacele jurisdicționale de soluționare a conflictelor.

Reglementarea ei ca soluție alternativă sau complementară justiției, a fost motivată fie ca o modalitate de degrevare a instanțelor sufocate de un volum de cauze greu de gestionat, exemplul SUA, Italiei, României, fie ca o alternativă a sistemului judiciar corupt, exemplul Americii de Sud, în cazul Columbiei medierea ajungând să dobândească o consacrare constituțională.

Uniunea Europeană a văzut în mediere calea potrivită pentru soluționarea litigiilor transfrontaliere din ce în ce mai numeroase, în materie penală și civilă, dar și aici a fost necesar un deceniu ca de la Recomandarea din 1998, să se adopte Directiva 2008/52/CE de către Parlamentul European.

Deși se remarcase, din litigiile aflate pe rolul instanțelor, neputința de a se soluționa cu celeritate și în mod just, cauze, având ca obiect stabilirea drepturilor părintești atunci când cetățenia diferită a părinților reclama competențe și reglementări contrarii sau greu de armonizat, conținute de acte normative aplicabile într-un stat, dar nu și în celălalt (ex. Convenția de la Haga în materia răpirilor internaționale de copii vs. Regulamentele 1 și 2 Bruxelles vizând drepturile părintești și ale minorilor), au fost necesare numeroase confruntări, dezbateri, dispute, schimburi de opinii pentru a se cristaliza în politica Uniunii Europene, un concept al liberului acces la justiție în sensul de a acoperi și accesul la proceduri adecvate de soluționare a litigiilor pentru persoanele fizice și juridice.

Analizând frământările vizând procedura medierii, atât cele de la nivelul Uniunii Europene, cât și cele din interiorul statelor membre, este de concluzionat că ele nu diferă esențialmente și-n consecință se regăsesc și în România.

Adoptată în aprilie 2006 de către Parlamentul României, Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, a fost precedată de două proiecte legislative care au eșuat. Oricum, nici forma care a intrat în vigoare nu a avut rezultatul dorit, precizat în expunerea de motive a legii, de a degreva instanțele și parchetele supraîncărcate ca volum de activitate, singurele cazuri de apelare la procedura de mediere fiind cele din cadrul proiectelor-pilot organizate cu sprijin extern și care s-au sistat, odată cu închiderea proiectului.

Analizând cauzele lipsei de interes față de această modalitate de soluționare a conflictelor, a rezultat, în mod evident, necunoașterea ei, actul normativ nesuscitând interes nici din partea celor care au fost nominalizați la art. 6 din Lege, și-anume organele judiciare și arbitrale, precum și alte autorități cu atribuții jurisdicționale, care aveau atribuția de a informa părțile dintr-un conflict de posibilitatea și avantajele medierii, dar care nu aplicau în practică acest text.

O primă modificare a Legii nr. 192/2006 a oferit posibilitatea de a se corecta lipsa de informare a justițiabililor prin amendamentele care au fost depuse de către reprezentanții mediatorilor, privind obligația părților de a participa la o ședință de informare privind procedura medierii, informare făcută de către un mediator ales de către părți de pe Tabloul Mediatorilor afișat la instanță, obligație întemeiată pe dispoziția judecătorului, sub sancțiunea amenzii pentru neconformare.

Această propunere a fost respinsă, în favoarea celei care instituia obligația de informare în sarcina judecătorului prin transformarea formulării permissive a art. 6 din Lege, într-o formulare imperativă, text adoptat prin Legea nr. 370/2009.

Această modificare și-a dovedit repede neajunsurile, nu numai sub aspectul calității informării, dar și pentru că punea judecătorul în ipostaza de a pierde timp prețios prin procedura de informare, mai ales la instanțele cu încărcătură mare de dosare, ceea ce a avut consecința ca puțini judecători să dea curs acestei dispoziții legale.

Proiectul Legii nr. 202/2010, cunoscută sub denumirea de Mica reformă, a oferit o nouă posibilitate pentru reiterarea amendamentelor care prevedeau ca informarea să fie făcută de către mediator, ca urmare a dispoziției dată de către judecător părților din proces de a se prezenta împreună la mediator, sub sancțiunea amenzii pentru neconformare.

Din nou, opoziția parlamentarilor (îndeobște avocați și notari), s-a materializat prin adăugarea acceptului părților privind participarea la informare, aspect care a golit textul de conținutul care asigura, în sfârșit, o informare profesionistă a părților, care ar fi putut astfel, să decidă în cunoștință de cauză, dacă alegeau procedura medierii sau continuau judecata.

Abia în cursul acestui an, prin adoptarea Legii nr. 115/2012, printre modificările aduse Legii medierii, s-a prevăzut obligația de participare la o ședință de informare privind avantajele medierii, art. 60/1 stabilind în ce materii și în ce condiții se realizează informarea, dovada participării făcându-se prin procesul-verbal întocmit de către mediator.

Aplicarea acestui text se va face, potrivit art. II din Legea nr. 115/2012, la șase luni de la publicarea legii în Monitorul Oficial, respectiv de la data de 9 ianuarie 2013, iar efectele benefice, respectiv neajunsurile sale, vor putea fi observate și analizate după această dată.

Ceea ce constituie însă, un regres în modificările aduse Legii medierii prin acest act normativ, este abrogarea parțială a stimulentei care a fost introdus în prima formă a legii, respectiv restituirea taxei de timbru achitată pentru promovarea acțiunii în justiție, în măsura în care părțile au încheiat un acord de mediere consfințit de către instanță.

Această abrogare este cu atât mai mult criticabilă, cu cât ea este adoptată după ce România a fost evidențiată în rezoluția adoptată ca urmare a evaluării modului în care statele membre ale Uniunii Europene au implementat Directiva 2008/52/CE privind medierea, printre aspectele pozitive relevate ca fiind prezente în legislația noastră internă, figurând, în mod subliniat, stimularea justițiabililor de a apela la această procedură, prin facilitatea financiară asigurată, care se justifică și prin economiile care se fac la bugetul instanțelor, în măsura în care degrevarea de cauze se realizează prin încheierea acordurilor de mediere.

Până la data la care părțile implicate într-un conflict, corect informate privind beneficiile medierii, vor decide în cunoștință de cauză, dacă apelează la procedura medierii sau nu, este util de analizat care sunt cauzele reticenței manifestate de către cei care, deși au obligația informării părților despre procedura medierii, nu o fac, iar din această categorie fac parte judecătorii, procurorii, avocații, polițiștii.

Într-o analiză comparativă, rezultată din expunerile prezentate la Conferința internațională „Medierea în Uniunea Europeană. Stadiu și perspective”, găzduită de România, cu participarea a peste 20 de state, se poate concluziona că motivele reticenței nu diferă mult și se regăsesc în mai toate statele care se afla la începuturile aplicării medierii.

Iată câteva exemple relevante: în Belgia s-a remarcat o opoziție chiar din rândul judecătorilor de pace care, la maxima „Un bun acord valorează mai mult decât un proces slab”, au replicat: „Nu s-a văzut măcelar făcând reclamă bucătăriei vegetariene”; în Elveția ostilitatea judecătorilor este resimțită, aceștia se percep ca mediatori naturali și consideră că nu trebuie să cedeze controlul litigiului; în Ungaria magistrații se tem că vor pierde o parte a activității lor.

În ceea ce privește avocații, notarii, executorii judecătorești, aceștia percep mediatorii ca fiind exponenții unei profesii liberale concurente, nefiind dispuși să-și piardă o parte dintre clienți prin cedarea lor mediatorilor.

În România situația nu diferă și oricare dintre exemplele date sunt întâlnite și în rândul judecătorilor, procurorilor, avocaților care profesază la noi în țară, dar dintre care încep să se desprindă cei care privesc procedura medierii ca un câștig și în niciun caz ca ceva amenințător, păgubos sau inutil.

Această nouă categorie pare să fi înțeles corect ceea ce nici autoritățile care au susținut medierea poate că nu au reușit să scoată în evidență, dincolo de presiunea necesității de decongestionare a instanțelor: medierea nu trebuie să se rezume a fi o soluție alternativă și nici complementară.

De altfel, este de remarcat faptul că inclusiv în definierea obiectivelor politicii Uniunii Europene, printre care asigurarea liberului acces la justiție reprezintă un punct cheie, medierea este inclusă nu doar ca o soluție alternativă sau complementară accesului la justiție, conceptul de liber acces fiind întregit cu cel de acces la proceduri adecvate de soluționare a litigiilor pentru persoanele fizice și juridice.

Ce acoperă formularea utilizată de „proceduri adecvate”? Un judecător dedicat profesiei și cu experiență va ști să explice: este procedura care trebuie aplicată atunci când

într-un proces este mai indicat dialogul decât judecata. Iar astfel de situații nu sunt puține și nu se rezumă doar la litigiile transfrontaliere, care indică prin natura lor, dificultățile unei judecăți, pornind de la stabilirea competenței și terminând cu recunoașterea hotărârii și punerea ei în executare.

Procedura adecvată se referă la acele cauze care fac judecătorul să se întrebe, așa cum primul președinte al Curții de Casație din Franța, Pierre Drai a făcut-o retoric: „Este justiția fără pace o justiție?”, respectiv la cauzele în care este evident că probele nu vor reuși să reconstituie starea de fapt reală, iar adevărata stare a lucrurilor va putea fi dezvăluită printr-un dialog purtat într-un cadru confidențial, de către o persoană instruită în tehnicile medierii și comunicării și care poate să conducă la soluții pe care termenii tehnico-juridici și normele juridice seci nu le pot oferi.

Procedura adecvată include și faptul că elimină riscul apariției celor care, poate că uneori pe nedrept sunt calificați „procesomani”, având în vedere că o hotărâre judecătorească poate declanșa alte litigii, uneori necesare, fiind cauze pendinte, altele doar ca rezultat al adâncirii conflictului dintre părți. (Nu rareori, un conflict imobiliar sau de altă natură, a provocat comiterea unor infracțiuni grave de violență de către părțile antrenate în conflict.) Poate că un exemplu va ilustra mai bine, ce acoperă noțiunea de procedură adecvată.

Unui angajat i se desface contractul de muncă în urma reducerii de personal, iar angajatorul, din pricina greutăților financiare cu care se confrunta, nu poate să-i ofere compensațiile în suma solicitată. În urma unui dialog condus abil, angajatul deschide o societate de turnare piese, iar angajatorul său cumpără de la acesta piesele, iar compensările sunt rezolvate prin contractul încheiat între cei doi. Justiția nu are la îndemână astfel de soluții și stingerea conflictului dintre angajator și angajat pe cale judiciară într-o astfel de speță, comportă un mare semn de întrebare.

Prin urmare medierea, pe de o parte va fi solicitată, iar pe de altă parte va fi promovată, susținută și aplicată de către toți cei care sunt de acord cu remarca vicepreședintei Grupului European al Judecătorilor pentru Mediere, D-na Béatrice Brenneur: „O ființă umană nu poate fi transformată într-o ecuatie juridică”, precum și cu cele spuse de către Sallustius acum două milenii: „Concordia mărește valoarea lucrurilor mici, discordia năruie și valoarea lucrurilor mari”.

INDIGENOUS PEOPLES QUESTION IN NIGERIA: A STITCH IN TIME

OLUGBENGA I. ADEMODI*

Abstract: The objective of this article is to develop a broader world consciousness concerning the problems created due to the intellectual lethargy that has surrounded the Indigenous Peoples Question. This is evident by the non-availability of an official definition of this group of people and the dearth of scholarship in the area. The people have resorted to self-help indicating that the lingering problem might escalate if nothing concrete is done to find a lasting solution to the Indigenous Peoples Question. This article emphasizes that the issue is no longer a local, regional or third world affair, but a global affair which requires the attention of all peace lovers. The author has relied on scholarly literature, a variety of current news sources, and international organizations documents as well as firsthand knowledge from the many years spent living in Nigeria during the author's youth and early years practicing law.

Introduction

As a Nigerian barrister and an international human rights lawyer, this author has seen firsthand the tragedies and desperate plight of the indigenous peoples of his homeland, Nigeria. The purpose of this article is to sensitize the world about the need for legal protection of human rights of Indigenous peoples of Africa and particularly to address the Indigenous Peoples question in Africa and most especially in Nigeria. So many lives have been lost in the pursuit of their rights by the groups of people who strongly believe that they are indigenous and should be entitled to certain rights.

This article will examine the various "working definitions," stating the criteria that must be fulfilled before any group can qualify as an indigenous people, and determine the reasonableness of the underlying criteria. Further, the attitudes of the African governments to the indigenous peoples' plight and the various ways by which the people have been agitating for their rights will be studied. The influence of the transnational companies will also be discussed. Last, the consequences of the insensitivity to this lingering problem will be addressed in connection with this author's plea that the scholarly world take up the standard.

Indigenous peoples definition

The issue of the indigenous peoples definition has generated much confusion because no single definition has been accepted as official. There are several arguments as to who are "indigenous peoples." "Indigenous" means born or produced in a particular land or region;

*LL.B, 1997, Obafemi Awolowo University; B.L, 1999, Nigerian Law School; LL.M., *cum laude*, 2004, Master of Laws in Intercultural Human Rights, St. Thomas University; M.L.S., 2009, Texas Woman's University; and J.S.D., *cum laude*, 2011, Doctor of Juridical Science in Intercultural Human Rights, St. Thomas University.

it also means native or belonging naturally to a region, a soil, and so forth¹. The designation applies generally to peoples that have been invaded and their land was possessed by the invaders. The situations with the American Indians and the aboriginals of Australia provide insight into this point. One argument is that to be considered “indigenous,” the peoples must have been under imperialistic rule by another dominant society. This criterion cannot be strictly applied to the African indigenous peoples because it may be difficult for them to qualify for this status. Second, these peoples must have been adversely affected by the imperialistic dominant society. The situation in Africa, however, is different because the majority of peoples claiming to be “indigenous” have not been put in this position. They have suffered discrimination from the dominant group in their own society, not from invaders. This dominant society discriminating against the minority ethnic groups has made them vulnerable. The discrimination/vulnerability criterion cannot solely qualify any group for indigenous status, but it complements other factors².

Stressing the need for a definition, Professor Wiessner has pointed out that the holders of those rights and the persons entitled to the rights need to be defined with specificity³. Also, in situations where rights may involve claims made in the political sphere, the definition will be determined by the groups concerned which may lead to chaos; and, since some of these rights have been recognized as part of international law, treaty or the customary variety, the need for a definition has become necessary⁴. The International Law Association (ILA) interim report of 2010 reiterates the need for a common understanding of the meaning of the term “indigenous peoples” so as to assess the proper scope of application of the United Nations Declaration of Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) and to prevent nation states from being the sole determinant of who are and who are not indigenous peoples⁵. If nation states are empowered to determine indigenous peoples’ status, groups desirous of indigenous peoples’ status will be at the mercy of nation states which may very well result in unfairness and exclusion of justified claims.

Several attempts have been made to solve this “riddle” including efforts by the Independent Commission on International Humanitarian Issues which listed four elements to be met before any group can claim to be an indigenous people. The elements are as follows: pre-existence, non-dominance, cultural difference, and self-identification as indigenous⁶. The term “indigenous person” is usually used in reference to those individuals and groups who are descendants of the original populations residing in a country⁷. In the

¹ THE OXFORD ENGLISH DICTIONARY (2nd ed. 1989), s.v. “indigenous;” see also JAMES R. FOX, DICTIONARY OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW (Oceana 2003).

² Gunnvor Berge, *Reflections on the Concept of Indigenous Peoples in Africa*, in HANNE VEBER, JENS DAHL, FIONA WILSON, ESPEN WAHLE: “... NEVER DRINK FROM THE SAME CUP.” Proceedings of the conference on Indigenous Peoples in Africa. Tune, Denmark, 235,237-38 (1993) (IWGIA Doc. No.74, Copenhagen, 1993).

³ Siegfried Wiessner, *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Essays in Honor of Professor Koufa*, in THE DIVERSITY OF INTERNATIONAL LAW: ESSAYS IN HONOUR OF PROFESSOR KALLIOPI K. KOUFA 350 (Martinus Nijhoff Publishers, 2010).

⁴ *Idem*.

⁵ International Law Association, “Rights of Indigenous Peoples,” The Hague Conference, Interim Report (2010) 7.

⁶ Aino Law and Changes of Status, Indigenous Question Remains, *Japan Economic Newswire*, May 29, 1997, at 1.

⁷ Ichihi, A.K. Sadruddin, B.T.Hassan. *Indigenous Peoples: A Global Quest for Justice: A Report for the Independent Commission on International Humanitarian Issues*(London: Zed Press, 1987), 6.

majority of cases they are numerical minorities, and as a group they do not control the governments of the countries where they live. Most, but not all, indigenous groups are ethnic minorities who tend to lack power, to feel they are marginalized from the political process, and to be disenfranchised.

The International Labor Organization and Survival International⁸ have also tried to formulate a definition. They have used the term “tribal and indigenous peoples” and in the past “semi-tribal peoples,” while the World Bank’s 1991 Operational Directive on Indigenous Peoples notes that no single definition is appropriate to address the diversity among indigenous peoples. Additionally, the Directive indicates that these peoples may be identified by the following characteristics: a close attachment to ancestral territories and natural resources, self-identification by others as members of a distinct cultural group, possession of an indigenous language that is often distinct from the national language, the presence of customary social or political institutions, and subsistence-oriented production systems⁹.

The working definition proffered by Special Rapporteur Jose R. Martinez Cobo has received the widest approval. He states that “indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with the pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems”¹⁰.

The historical continuity referred to in the working definition has been categorized into the following:

- (a) Occupation of ancestral lands, or at least of part of them;
- (b) Common ancestry with the original occupants of these lands;
- (c) Culture in general, or in specific, manifestations such as religion, living under a tribal system, membership in an indigenous community, dress, means of livelihood, life-style, and such;
- (d) Language whether used as the only language, the mother-tongue, the habitual means of communication at home or in the family or the main, preferred, habitual, general or normal language;
- (e) Residence in certain parts of the country or in certain regions of the world;
- (f) Other relevant factors¹¹.

⁸ Survival is an international organisation supporting tribal peoples worldwide. It was founded in 1969 after an article by Norman Lewis in the UK’s Sunday Times highlighted the massacres, land thefts and genocide taking place in Brazilian Amazonia.

⁹ “World Bank, ‘Indigenous Peoples,’ Operational Directive 4.20,” The World Bank Operational Manual (Washington DC: World Bank 1991).

¹⁰ United Nations. Workshop on *Data Collection and Disaggregation for Indigenous Peoples* (New York, January 19-21 2004) PFII/2004/WS.1/3.

¹¹ Note by the Chairperson-Rapporteur of the Working Group on Indigenous Populations, Ms. Erica-Irene Daes, on Criteria which might be Applied when Considering the Concept of Indigenous Peoples. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3 (1995).

The World Bank's 1991 Operational Directive contains a definition which states that the terms "indigenous peoples," "indigenous ethnic minorities," "tribal groups," and "scheduled tribes" describe social groups with a social and cultural identity, distinct from the dominant society, that make them vulnerable to being disadvantaged in the development process, and they should be referred to as indigenous peoples¹².

A critical examination of the definitions propounded glaringly shows that the "historical continuity" condition or requirement is the only objective element. All of the other elements such as "consider themselves distinct from other factions of the societies" or "they form at present non-dominant sectors of society" are subjective and debatable.

In proving continuity, the relationship to the ancestors of the community or the place in question has to be determined. This is necessary because it could be argued that a group of people living on a particular land does not automatically mean that they have any relationship with the ancestors of the place.

The author quite agrees with the various definitions proposed by eminent scholars and institutions which include but are not limited to those of Jose R. Martinez Cobo and the World Bank Operational Directive 1991; these institutions have similar elements or conditions. For the purpose of this article, it must be stated that the determination of "common ancestry with the original occupants of the land" in question is very vital to making any headway in classifying any group of people as indigenous.

Determination of ancestry

Since it will be difficult to ask a group of people to do a DNA test to confirm whether they have common ancestry with the original occupants of a land, a group's ancestry can simply be determined by asking what ancestry they most closely identify with. Therefore, the members of a group to which they are claiming ancestry must be able to identify them. Since there may be difficulty in getting the written history of such groups, oral history and circumstantial facts will have to be relied upon. The descendants of such a group will have to be verified through oral interviews with the oldest living persons in the community. These interviews will shed more light on the parentage or line of descent of such groups claiming to be indigenous of a place.

Circumstantial facts will also assist in the verification of the relationship and long connection with a region. These facts could include the following: age long shrines such as that of Long Juju of Arochukwu in Nigeria¹³ where people worship according to their beliefs, burial grounds of their fore-fathers, and professions from time immemorial such as farming, hunting, cattle-rearing and so forth. John Alan Cohan has pointed out that many indigenous peoples do not meet all these criteria but they generally have ethnic, religious and linguistic traits that are different from the dominant groups in their countries¹⁴.

¹² "Revised Draft Operational Policy/Bank Procedures (OP/BP 4.10) Indigenous Peoples," (World Bank Management, April 14, 2005) <http://siteresources.worldbank.org/INTINDPEOPLE/Publications/20571164/Issue%20Notes.pdf> (accessed on February 10, 2007).

¹³ T.A. Osae, S.N. Nwabara, and A.T.O. Odunsi, *A Short History of West Africa, AD. 1000 to the Present* (New York: Hill and Wang, 1975), 271.

¹⁴ John Alan Cohan, "Environmental Rights of Indigenous Peoples under the Alien Tort Claims Act, The Public Trust Doctrine and Corporate Ethics, and Environmental Dispute Resolution," *UCLA Journal of Environmental Law and Policy* 20 (2001/2002): 133.

Still, there are some arguments against Jose Martinez Cobo's definition, and these are the condition of the "mandatory link to the phenomena of European colonization and invasion"¹⁵. It is believed this would limit the concept of indigenous communities largely to peoples in the Americas and Oceania. The definition is also seen to "exclude indigenous peoples that were removed from their land and who now find themselves residing in urban areas, but who maintain their indigenous identity"¹⁶.

It has been stated that there are some interwoven strands in indigenous peoples. The first relates to the association of a people "with a particular place" which could be a locality, a region, a country or a state. Here, "place" was held to be the vital factor, because it suggests the link of a people with an ancestral territory, as compared with "persons that are native generally to the region"¹⁷.

The second factor is the "synonymous with prior habitation" element. Thornberry has opined that it is this "priority claim that gives 'indigenous' groups their unique status"¹⁸. If priority cannot be established, their indigenosity is meaningless.

The third factor which could designate the status of some group as "indigenous" is "original or first inhabitants"¹⁹. According to Tsosie, not only are these groups "prior" in a historical sense, but they also assert that they are the "first human beings to inhabit a territory"²⁰. Under such a claim, "origin" refers to "a point in time from which we trace subsequent developments." A claim to first occupancy would enjoy heightened moral and legal relevance, according to Thornberry, as very few people could claim such originality in this sense. It is, however, a fact that the question of who is indigenous is mired in politics²¹.

It is further submitted that the "pre-invasion and pre-colonial" condition in the working definition by Cobo is too strict and most potential indigenous peoples might not be able to meet this condition. Objectively, it would be unfair to insist that unless a group had experienced invasion and colonization, they would not be seen as indigenous. In the post-conquest indigenous society of Nahuas of Central Mexico, it was stated that "the majority of the indigenous population continued to live in their traditional units across the countryside," and "their lives were nonetheless profoundly affected by the conquest and its aftermath"²².

It could be deduced from the above phrase that the Nahuas of Central Mexico were seen as an indigenous society before the Spanish conquest. In view of this fact, the pre-invasion and pre-colonial condition preferred by Cobo cannot be a determinant factor in deciding who are indigenous peoples and who are not. At best, this condition will just be an additional element without much weight being attached.

¹⁵ John A. Mills, "Legal Construction of Cultural Identity in Latin America: An Argument Against Defining 'Indigenous Peoples,'" *Texas Hispanic Journal of Law and Policy* 8 (2002):49.

¹⁶ Siegfried Wiessner, "Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis," *Harvard Human Rights Journal* 12 (1999):57,110.

¹⁷ Rebecca Tsosie, "The New Challenge to Native Identity: An Essay to 'Indigeneity' and 'Whiteness,'" *Washington University Journal of Law and Policy* 18 (2005): 55.

¹⁸ Patrick Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights* (Manchester: Manchester University Press, 2002), 37.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Ibidem*, 38.

²¹ *Ibidem*, 37.

²² Encyclopedia Britannica Online, "History of Latin America," <http://search.eb.com/eb/article-60850> (accessed November 30, 2006).

ATTITUDES OF AFRICAN GOVERNMENTS

Some African nation states are in the habit of using routine and arbitrary definitions in their bid to shy away from their obligations to indigenous peoples in their domain. They tend to lump them together with others who have the similar characteristic of residing in remote areas and being marginal in a socioeconomic sense. A good example of this is Botswana, a nation state with diverse cultures where the government prefers not to differentiate specific populations that are targets of development programs. This is because the government does not wish to be seen as segregating its multiracial peoples on the basis of ethnic identification²³.

In Africa, it is difficult to differentiate people that are indigenous from those that are not because a variety of populations have moved in and out of local areas over time. The majority of Africans always identify themselves as belonging to specific tribal or ethnic groups. Even at that, there are internal subdivisions to which people pay heed, such as a clan affiliation.

The effect of the commercial world and of the western world has extremely influenced the African governments in their economic and developmental drives causing them to start displacing nomadic tribes off their lands without the peoples' consent. This was because the government needed their land for its developmental programs. The Tanzanian government is a good representative of this trend. The government dispossessed 30,000 Baribaigs from their grazing lands for the purpose of wheat production to be sold commercially²⁴. The African governments have showed little regard for the indigenous peoples, their land and their cultures. This is evident by the conversion of the indigenous peoples' lands to parks and game reserves in their bid to preserve Africa's unique wildlife from extinction. The endangered African animals are mostly found on the indigenous peoples' lands. This is probably because of the lands' underdevelopment that the animals tend to use it for shelter²⁵.

Turning to the matter of the attitudes of African governments, some African countries, such as the Republic of Botswana, use a bureaucratic definition to cover their indigenous peoples along with others who have a similar characteristic of residing in remote areas and being marginal in a socioeconomic sense. Multiracial states like Botswana prefer not to differentiate specific populations that are targets of development programs, in part because they do not wish to be seen as practicing a kind of apartheid or separation on the basis of ethnic identification²⁶.

In the case of Africa, this raises particular problems. Africa is the continent with the longest history of human occupation, and it contains the greatest range of human genetic and cultural diversity. In many cases, it is difficult to determine antecedence since a variety of populations have moved into and out of local areas over time. There have been complex

²³ Robert K. Hitchcock & John D. Holm, *Bureaucratic Domination of Hunter-Gatherer Societies: A Study of the San in Botswana*, 24.2 *Development and Change* 305-38 (1993); Saugestad, *supra* note 70, at 60.

²⁴ Alexander Ewen, *Africa and Eurasia*, in *VOICE OF INDIGENOUS PEOPLES*, 145, 145-46 (Alexander Ewen, ed., Clear Light Publishers 1994).

²⁵ *Ibidem* at 147.

²⁶ Robert K. Hitchcock and John D. Holm, "Bureaucratic Domination of Hunter-Gatherer Societies: A Study of the San in Botswana", *Development and Change* 24, no. 2 (1993): 305-28.

interactions between “first peoples” and newcomers, often with the result that the former groups are marginalized²⁷.

The acknowledgement of Saami living in their countries as indigenous peoples by Finland, Norway and Sweden established a precedent for the recognition of a group as indigenous even where the majority population in the state as a whole was indigenous or very old.

It is, therefore, the submission of the author²⁸ that before any group of people may claim “indigenous status” the following conditions must be met:

(1) there must be proof that the group was “traditionally regarded” as the first inhabitants of the said territory, and they must have a special relationship or tie with the land.

(2) there must be proof of age-old subsistence economy by the group; and

(3) the group must be vulnerable; in other words they must be defenseless against the dominant group of society.

(4) The group must be seen to be culturally distinct from the dominant society.

It is the author’s view that the above four vital conditions should be the yardstick for determining whether any group qualifies for “indigenous peoples’ status.” As earlier stated, a group must be traditionally regarded as the first inhabitants of any territory in question and they must show that they have a special relationship or tie with the land or territory this could be substantiated by evidence of their age long land-based religion or worship centers, burial grounds or graves of their fore-fathers. The fact of being descendants of the first inhabitants has to be proven by the group of people claiming to be indigenous. This is where the World Bank characteristic stressing self-identification and identification by others as members of a distinct cultural group comes into play. Such a group must be self-identified and identified by others as members of a distinct cultural group. While it is easier for a group of indigenous peoples to be identified by others, it is always difficult for governments or nation states to identify indigenous people in their territory as indigenous peoples. This problem is rampant in Africa. It also came to the forefront during the adoption of the United Nations Declaration of Indigenous Peoples’ Rights where most nations refused to vote because of their claim that they have no indigenous peoples in their territory. Further, the condition stated by Professor Erica-Irene Daes in her attempt at definition that indigenous peoples must be recognized by nation states will not work in Africa because many nation states there do not recognize any of their people as being indigenous or they recognize all of their people as indigenous²⁹. In other words, the nation-states often recognize no separate group of indigenous peoples. If this condition is made one of the determinative factors for obtaining “indigenous peoples’ status,” potential indigenous peoples on the continent of Africa will be unjustly deprived of their proper status and associated rights.

²⁷ Robert K. Hitchcock and Diana Vinding, *Indigenous People’s Rights in Southern Africa* (Copenhagen, Denmark: International Work Group for Indigenous Affairs, 2004), 8.

²⁸ Olugbenga Ifedayo Ademodi, “*The Rights and Status of Indigenous Peoples in Nigeria*”. 34-36 (Winter Park, CO: Bauu Press 2012).

²⁹ Gumisai Mutume, *Indigenous’ People Fight for Inclusion*, 21.1 AFRICA RENEWAL 1, 2 (January 2007) (United Nations Department of Public Information) available at <http://www.unep.org/indigenous/pdfs/Newsletter-Africa-indigenous-struggle-Eng.pdf>.

The other important condition to be proven is that the people have a subsistence economy. This means that such people must prove that they have a reliable economy since time immemorial that provides them with a means of livelihood. Such ancient occupations could involve hunting and gathering, and cultivation and pastoralism. This condition is employed to demonstrate that they are not only first settlers in a territory, but that there is an age-old occupation that they have engaged in to provide for their needs in order for them to survive.

The vulnerability condition is another important factor that must be proven by groups desiring “indigenous status.” It must be clearly shown that the group is defenseless against the dominant society and as a result, they are suffering all forms of injustices. Professor Wiessner adds that the discrimination against the indigenous group could be “past or present”, thus including now dominant groups such as the ethnic Fijians or for that matter, Bolivians whose majority is indigenous and who now are having a president of their own in the person of Evo Morales. It must be noted that groups discriminated against in the past still need protection just as those presently being discriminated against are in urgent need of human rights protection. While groups discriminated in the past may not be in “urgent need” of human rights protection, they are still entitled to certain specific rights because of their cultural specificity. They need these rights to preserve their cultural identity to be able to transmit it to the coming generations.

The “culturally distinct” condition is another vital factor which must be proven by a group desiring “indigenous peoples” status. It is, however, not enough for a group to claim to be culturally distinct; the distinctiveness must be objectively seen to be so. This is where the factor of “self-identification” that is corroborated with evidence comes in. Self-identification could be used to prove cultural distinctiveness of a group and the willingness to remain different.

Niger - Delta people of Nigeria

The Niger-Delta people of Nigeria comprise the people in the South-south part of Nigeria. There are several groups of people inhabiting this area, but the most popular of these groups is the Ogoni people. This was brought to light when one of its illustrious sons, Ken Saro-Wiwa, was killed by the Nigerian military government for agitating for his people’s rights.

The Ogoni people are predominantly farmers and fishermen and women, making the land paramount to their existence. Central to the Ogoni issue, therefore, is the question of land use and ownership. This is a large problem that is not confined to Ogoniland alone. Various communities are forcibly made to relinquish their rights to their lands. In the Ogoni case, the manner of land acquisition by the Shell³⁰ Company and the government and other concerns is through absolute force. There is no consultation with the local people. Instead, by exploitation through the land use act, the peoples’ lands are simply taken over. Causing unmitigated hardship to the Ogoni people, the refusal to pay adequate compensation for

³⁰ Shell is a global group of oil, gas and petrochemical companies with a broad portfolio of hydrogen, biofuels, wind and solar power interests, <http://www.shell.com/home/Framework?siteId=home> (accessed on January 10, 2007).

farmlands and crops destroyed for pipelines have continued to be a source of distress, frustration and anger³¹.

Part of the Ogoni people's claim is that their lands were devastated by the oil companies. Their atmosphere has been totally polluted. Their lands have been degraded, and their waters have been contaminated. Their trees have been poisoned, so much so that their flora and fauna have virtually disappeared. They are asking for the restoration of their environment. They are asking for the basic necessities of life such as water, electricity, roads, and education. They are also asking, above all, for the right to self-determination so that they can be responsible for their resources and their environment³².

According to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, indigenous peoples have the right of self-determination. By virtue of this right, they may freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development³³.

Repercussions of governmental insensitivity

The insensitivity of the government has led to much unrest in the Niger-Delta area of Nigeria, and this has culminated in the killing of the workers of transnational companies. It has been primarily the oil workers which have been killed by the militants who have arisen to fight for their rights. The militants see the transnational companies (TNC) as their major enemy; it is believed by these helpless groups of people that the TNC induced the government to remain insensitive to their plight because of the high revenue coming into government coffers from the TNC operations. Oil companies doing business in Nigeria, amongst which are Shell, ChevronTexaco and ExxonMobil, operate in Nigeria in ways that would hardly be tolerated in the developed world³⁴.

Fagan in his article stated that in the rush to exploit untouched resources in remote regions of developing nations, multinational corporations and their local governmental partners often trample on indigenous land and culture, at times committing atrocities against the indigenous peoples³⁵. Since indigenous people cannot get justice in their country because of the connivance of the government with these companies, they have turned to the domestic courts of the home countries of the multinational corporations³⁶.

On January 17th, 2007, four persons including a naval officer and a Dutch oil worker were killed in the volatile Niger-Delta when armed militants attacked a boat belonging to

³¹ Civil Liberties Organization, *Ogoni, Trials and Travails*, (Lagos: Civil Liberties Organisation: 1996), 8.

³² C. Bakwuye, "Ogonis Protest Over Oil Revenue," *Daily Sunray*, January 6, 1993, in Andrew Rowell and Stephen Kretzmann, *The Ogoni Struggle – A Project Underground Report*, Initial Research by Lowenstein Nigeria Project, (CT: Yale Law School, 1st ed. November 1, 1996) <http://www.moles.org/ProjectUnderground/motherlode/shell/timeline.html> (accessed on January 7, 2007).

³³ 1993 United Nations Declaration, U.N. Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 45th Sess., Agenda Item 14, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/29/Annex I (1993).

³⁴ Onduku Akpobibibo, "How Globalization Works- and Doesn't Work in Africa," *Knowledge@Wharton*, <http://knowledge.wharton.upenn.edu/createpdf.cfm?articleid=1087>(accessed on January 10, 2007).

³⁵ David N. Fagan, "Achieving Restitution: The Potential Unjust Enrichment Claims of Indigenous Peoples Against Multinational Corporations," *New York University Law Review* 76 (2001): 626.

³⁶ *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, No.96 Civ. 8386, 2002 WL 319887(S.D.N.Y. Feb. 28, 2002).

Hyundai Construction Company at the Bonny River³⁷. This development has made many oil multinationals evacuate thousands of workers from the western side of the Delta region as nine foreign workers are still being held hostage by different armed groups there. Also the Philippine president, Gloria Arroyo, has barred Philippine workers from going to Nigeria until security of their nationals is guaranteed; this is in the aftermath of the kidnapping of six Filipino sailors from a cargo ship in the Niger-Delta area of Nigeria³⁸.

The author's plea

This essay has become necessary because the problem in the Niger-Delta in Nigeria, which has been seen prior to now as strictly a Nigerian problem, has extended beyond the borders of Nigeria. The militant youths of the aggrieved area have decided to take the law into their own hands. This has been manifested by the kidnapping of oil workers. These workers are mostly foreigners from countries such as Britain, America, and China, to name a few. The time has come when the international community can no longer afford to remain aloof but must participate in finding a permanent solution to the complaints of these indigenous peoples.

The indigenous peoples question has lingered for such a long time because this area has not received the scholarly attention that it deserves. It is time to fund and encourage research into the indigenous peoples question. The librarians also have a great role to play; there is a dearth of materials on indigenous peoples issues. Librarians should, therefore, make an extra effort and even a point of duty to ensure that the limited materials on indigenous peoples are available and accessible. Otherwise, the world cannot know that the indigenous peoples question is not a local, regional or third world affair, but a global affair which concerns all peoples. There will be relative peace if this issue can be resolved once and for all. Peace is essential to any meaningful solution. It wounds the heart of this author to see the indigenous peoples of his homeland and other parts of the world languish in sorrow and devastation at the greed-driven hands of the powers that be.

³⁷ Okafor Ofiebor. "More Dies As Delta War Escalates: Army Sends More Troops," *PM News*, January 17, 2007, <http://www.thenewsng.com/modules/zmagazine/article.php?articleid=13202> (accessed on January 17th, 2007).

³⁸ Okafor Ofiebor, "Manila's Arroyo Stops Workers Traveling to Nigeria," Reuters AlertNet, January 22, 2007, <http://www.alertnet.org/thenews/newsdesk/MAN268771.htm> (accessed on January, 22, 2007).

MODIFICĂRI LEGISLATIVE ADUSE DE NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ CU PRIVIRE LA ACTIVITATEA DE EXECUTARE SILITĂ

Prof. univ. dr. FLOREA MĂGUREANU

Facultatea de drept, Universitatea Româno-Americană

magureanu.florea@profesor.rau.ro

floreamagureanu@gmail.com

Abstract: Obiectivul general al lucrării îl constituie o temă de actualitate și de un real interes pentru punerea în aplicare a prevederilor noului Cod de procedura civilă, referitor la activitatea de executare silită.

Analiza prevederilor actualului Cod de procedură civilă și a noului Cod precum și a legii de punere în aplicare a acestuia, ne-a permis să identificăm dimensiunea și principiile generale ale activității de punere în executare a hotărârilor judecătorești și ale altor titluri executorii, în contextul noilor reglementări naționale și ale Uniunii Europene.

În acest scop va fi făcută o analiză a următoarelor obiective: conceptul de executare silită potrivit noilor reglementări procedurale, modificările legislative privind: titlurile executorii, participanții la executare, competența organelor de executare, modalitățile executării, particularitățile privind executarea silită în cazuri derogatorii de la procedura de drept comun, precum și contestația la executare.

Lucrarea poate să contribuie la îmbunătățirea legislației privind activitatea de executare silită, soluționarea cu mai multă operativitate a solicitărilor privind finalizarea procedurii judiciare prin realizarea efectivă a drepturilor creditorului ori cu privire la situațiile în care se invocă neregularități privind activitatea de executare.

Cuvinte cheie: executare silită, titluri executorii, executor judecătoresc, creditor, debitor

Conținut

Asigurarea realizării în concret a dreptului creditorului obținut prin titlul executoriu, constituie însăși rațiunea pentru care legiuitorul a reglementat procedura prin care vor fi parcurse cele două faze ale procesului civil, activitatea de executare silită constituind mijlocul legal pentru realizarea drepturilor și intereselor recunoscute și ocrotite de lege¹.

¹ Pentru un studiu mai amplu privind executarea silită potrivit actualelor reglementări din Codul de procedură civilă și legile speciale, a se vedea: S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, *Drept procesual civil. Executarea silită*, vol. I și II, Ed. Lumina Lex, București, 1996; I. Leș, *Tratat de Drept procesual civil*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 939 și urm.; D. Negulescu, *Execuțiunea silită, Principiile generale*, vol. I, Tipografia Guttenberg, București, 1910; E. Herovanu, *Teoria executării silite*, Ed. Cioflec, București, 1942; I. Stoenescu, A. Hilsenrad, S. Zilberstein, *Tratat teoretic și practic de procedură a executării silite*, Ed. Academiei, București, 1966; C. Sion, *Căile de execuție*, Iași, 1943; I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Tratat de drept procesual civil*, vol. II, Universitatea București, 1981, p. 207 și urm.; Fl. Măgureanu, *Drept procesual civil*, ed. a XII-a, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 599 și urm. M. Tăbărcă, *Drept procesual civil*, Vol. I, Ed. Global Lex, București, 2004. Pentru hotărârile pronunțate în străinătate, a se vedea: Fl. Măgureanu, G. Măgureanu, *Executarea hotărârilor arbitrale străine. Caracterul de extraneitate al acestora*, în RRES nr. 1/2008, pp. 37-46.

Noul Cod de procedură civilă² a prevăzut un ansamblu de mijloace procesuale de natură a face posibilă, cu mai multă ușurință, realizarea efectivă de către creditor a dreptului recunoscut prin hotărârea instanței de judecată, fie prin alt înscris care are putere executorie.

Menționăm în primul rând prevederile de la art. 6 alin. (1) care au preluat reglementările de la art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului³, stabilind că „Orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în termen optim și previzibil, de către o instanță independentă, imparțială și stabilită de lege. În acest scop, instanța este datoră să dispună toate măsurile permise de lege și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecății”. Pentru a extinde aceste reglementări la întreg procesul civil, inclusiv la faza a II-a a acestuia, noul Cod a precizat la alin. (2) că „Dispozițiile alin. (1) se aplică în mod corespunzător și în faza executării silite”. Ca urmare, chiar dacă reglementările din Codul de procedură civilă se referă la obligațiile instanței și ale altor participanți la procesul civil, credem că trebuie înțeles în sensul că, acestea au în vedere și exercitarea atribuțiilor de către executorul judecătoresc, indiferent de faza sau etapa procesului (avem în vedere, spre exemplu, înmânarea citațiilor și comunicarea actelor de procedură civilă, atunci când pentru această activitate se apelează la executorul judecătoresc, aplicarea măsurilor asigurătorii ș.a.).

Ca și în reglementarea actuală, potrivit noilor reglementări prevăzute la art. 663 alin. (1) C. pr. civ., dreptul de a porni executarea silită, aparține, potrivit principiului disponibilității titularului dreptului sau interesului legitim căruia i s-a recunoscut acel drept sau interes, dacă prin lege nu se prevede altfel.

Cu privire la momentul de la care operează noile reglementări ale Codului de procedură civilă, punere în aplicare a normelor referitoare la executare silită, potrivit prevederilor legii de punere în aplicare a noului Cod de procedură civilă, dispozițiile privind această fază a procesului civil, se aplică numai executărilor silite începute după intrarea în vigoare a noului Cod. Prin această prevedere, legiuitorul se îndepărtează de principiul aplicării imediate a legii noi.

Același proiect de lege, stabilește că dispozițiile referitoare la titlurile executorii se aplică și hotărârilor judecătorești sau altor înscrisuri pronunțate sau, după caz, întocmite înainte de intrarea în vigoare a Codului de procedură civilă. Acestea pot fi puse în executare chiar dacă nu au fost învestite cu formula executorie, având în vedere că după intrarea în vigoare a noului Cod, potrivit prevederilor art. 10 din proiectul legii menționate, hotărârile judecătorești sau alte înscrisuri pentru care se prevede în prezent învestirea cu formula executorie, vor fi puse în executare fără învestire.

Cu privire la competență

Potrivit prevederilor art. 651 alin. (1) C. pr. civ., dacă prin lege nu se dispune altfel, hotărârile judecătorești și celelalte titluri executorii se execută de către executorul judecătoresc din circumscripția curții de apel, în raza căreia urmează să se facă executarea.

² Republicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 545 din 3 august 2012. A fost adoptat prin Legea nr. 134/2010, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 485 din 15 iulie 2010 și modificat prin Lege nr. 76/2012, pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 365 din 30 mai 2012.

³ Ratificată de România prin Legea nr. 30/1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 135 din 31 mai 1994. A se vedea și Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, ratificat de România prin Decretul nr. 212/1974, publicat în Buletinul Oficial nr. 146 din 20 noiembrie 1974.

Extinderea competenței teritoriale a executorului judecătoresc de la nivelul circumscripției judecătorești pe lângă care funcționează, dacă prin lege nu se dispune altfel, cu excepția birourilor de executori judecătorești cu sediul în municipiul București, care se întinde pe tot cuprinsul municipiului, la nivelul circumscripției curții de apel, s-a făcut prin Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor⁴.

Competența executorilor judecătorești, reprezintă o condiție extrinsecă de valabilitate a actelor întocmite de către aceștia. Potrivit prevederilor art. 651 alin. (4), nerespectarea dispozițiilor referitoare la actele realizate de executorul judecătoresc atrage nulitatea necondiționată a actelor de procedură efectuate, fiind o nulitate absolută, necondiționată de vătămare.

Dacă se efectuează mai multe executări silite de către executori judecătorești diferiți, instanța de executare în circumscripția căreia a început prima executare, la cererea persoanei interesate sau a oricărui dintre executori, le va conexa, dispunând să se facă o singură executare de către executorul judecătoresc care a îndeplinit actul de executare cel mai înaintat, iar dacă executările sunt în același stadiu, de către executorul judecătoresc care a început cel dintâi executarea.

Executorul judecătoresc poate refuza înregistrarea cererii și deschiderea dosarului de executare silită, pentru motive care privesc:

- necompetența sa;
- hotărârea judecătorească sau înscrisul ce constituie titlul executoriu nu sunt investite cu formulă executorie dacă legea prevede obligativitatea acestei investiții;
- nu s-a atașat cererii titlul executoriu în original ș.a.

Declanșarea procedurii de executare

La primirea cererii de executare, executorul judecătoresc, prin încheiere, va dispune înregistrarea acesteia, fără citarea părților și deschiderea dosarului de executare⁵.

Încheierea prin care se dispune înregistrarea cererii și deschiderea dosarului de executare silită se comunică creditorului.

Considerăm ca această reglementare trebuie să țină cont de modalitatea executării silite: poprirea, spre exemplu, nu se face cu aducerea la cunoștința debitorului a declanșării procedurii⁶.

Cu privire la încuviințarea executării silite, și viitoarea legislație procesual civilă va menține procedura încuviințării, Codul de procedură civilă renunțând la investirea cu formulă executorie, activitate ce se va realiza odată cu încuviințarea, prin aceeași hotărâre a instanței de executare (art. 665 C. pr. civ.)⁷.

⁴ Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor, a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 714 din 26 octombrie 2010.

⁵ Pentru creanțele fiscale, a se vedea G. Măgureanu, *Considerații privind termenul de prescripție a dreptului de a cere executarea silită a creanțelor fiscale*, în RRES nr. 2/2011, pp. 71-83.

⁶ A se vedea și I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ed. Europa Nova, București, 1995, pp. 13-24.

⁷ A se vedea și Decizia Curții Constituționale nr. 458/2009 referitoare la admiterea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 373¹ din actualul Cod de procedură civilă, astfel cum au fost modificate prin art. I pct. 13 din Legea nr. 459/2006, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 256 din 17 aprilie 2009, prin care Curtea constată că dispozițiile art. 373¹ C. pr. civ., sunt neconstituționale și constată că modificarea art. 373¹ din Codul de procedură civilă, prin dispozițiile art. I pct. 13 din Legea nr. 459/2006, a determinat

Pentru încuviințare, executorul judecătoresc este obligat să se adreseze instanței pentru încuviințare, în termen de cel mult 3 zile de la înregistrarea cererii. La rândul ei, instanța este obligată să soluționeze cererea de încuviințare în termen de cel mult 7 zile, iar motivarea încheierii se face în cel mult 7 zile de la pronunțare. Cu certitudine că menținerea acestei reglementări va conduce la prelungirea executării silite, întrucât instanța, de regulă, nu respectă acest termen datorită volumului mare de activități cu care este investită, termen la care se adaugă și cel pentru redactarea încheierii de încuviințare care, de asemenea, în practică este uneori și de luni de zile.

În baza încheierii prin care se admite cererea de încuviințare a executării silite, executorul judecătoresc poate proceda la executarea silită a prestației stabilite prin titlul executoriu în oricare dintre formele prevăzute de lege [art. 665 alin. (4) C. pr. civ.].

Încuviințarea executării silite valabilă și pentru titlurile executorii care se vor emite de executorul judecătoresc în cadrul procedurii de executare silită (art. 665 C. pr. civ.)⁸.

Instanța de executare poate respinge cererea de încuviințare a executării silite dacă:

- cererea de executare silită este de competența altui organ de executare decât cel sesizat;

- hotărârea sau, după caz, înscrisul nu constituie, potrivit legii, titlu executoriu;

- înscrisul, altul decât o hotărâre judecătorească, nu întrunește toate condițiile de formă cerute de lege;

- creanța nu este certă, lichidă și exigibilă;

- debitorul se bucură de imunitate de executare;

- titlul cuprinde dispoziții care nu se pot aduce la îndeplinire prin executare silită;

- există alte impedimente prevăzute de lege [art. 665 alin. (5) C. pr. civ.].

Creditorul poate să facă plângere în termen de 15 zile de la data comunicării încheierii de refuz. Competența de soluționare a plângerii, aparține instanței de executare [art. 664 alin. (2) C. pr. civ.].

O reglementare care va conduce la reducerea perioadei în care se va face executarea silită, o constituie cea de la art. 665 alin. (4), care stabilește că încuviințarea executării silite produce efecte pe întreg teritoriul țării. În reglementarea actuală, de multe ori se impune ca încuviințarea executării să fie solicitată la mai multe instanțe, în funcție de raza de competență teritorială a instanței de executare în care se realizează această activitate.

Pentru creșterea celerității, mai ales în cauzele privind minorii, cererea de încuviințare a executării silite va fi înaintată instanței de executare, de către executorul judecătoresc competent, care are calitate procesuală activă. Cererea trebuie soluționată în termen scurt.

Instanța se pronunță prin încheiere dată în camera de consiliu, fără citarea părților.

desființarea unei importante garanții a dreptului la un proces echitabil al tuturor părților implicate în procedura executării silite, prin înlăturarea controlului instanțelor judecătorești asupra începerii acestei proceduri, fiind încălcate astfel dispozițiile constituționale ale art. 1 alin. (3) și (4), art. 21 alin. (3) și ale art. 126 alin. (1), cu raportare la art. 6 paragraful 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. În ceea ce privește dispozițiile art. 44 din Constituție și cele ale art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, invocate, de asemenea, de autorii excepției în motivarea acesteia, se constată că nu au incidență în cauză.

⁸ Pentru titlurile executorii europene, a se vedea Fl. Măgureanu, G. Măgureanu Poptean, *Titlurile executorii europene*, în RRES nr. 11/2007, p. 12 și urm.

Principiile executării – Prin preluarea, în parte, în prevederile art. 6 alin. (1), a reglementărilor de la art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁹, s-a stabilit că „Orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în termen optim și previzibil, de către o instanță independentă, imparțială și stabilită de lege. În acest scop, instanța este datoră să dispună toate măsurile permise de lege și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecății”. Pentru a extinde aceste reglementări la întreg procesul civil, inclusiv la faza a II-a a acestuia, noul Cod a precizat la alin. (2) că „Dispozițiile alin. (1) se aplică în mod corespunzător și în faza executării silite”. Ca urmare, chiar dacă reglementările din Codul de procedură civilă se referă la obligațiile instanței și ale altor participanți la procesul civil, credem că trebuie înțeles în sensul că, acestea au în vedere și exercitarea atribuțiilor de către executorul judecătoresc, indiferent de faza sau etapa procesului (avem în vedere, spre exemplu, înmânarea citațiilor și comunicarea actelor de procedură civilă, atunci când pentru această activitate se apelează la executorul judecătoresc, aplicarea măsurilor asigurătorii ș.a.).

Spre deosebire de prevederile anterioare, noul Cod de procedură civilă a reglementat în mod expres principiile fundamentale ale procesului civil, consacrate, până în prezent, pe cale doctrinară și de jurisprudență, inclusiv cu privire la activitatea de executare silită. Enumerăm câteva dintre acestea.

Legalitatea, principiu fundamental al activității tuturor organelor de stat chemate să asigure respectarea legii, prevăzut și de art. 124 alin. (1) din Constituție, care stabilește „Justiția se înfăptuiește în numele legii” și din dispozițiile art. 625 alin. (1) C. pr. civ., instituie cerința ca executarea silită să se facă cu respectarea dispozițiilor legii, a drepturilor părților și ale altor persoane interesate, iar la alin. (2), interdicția de a efectua acte de executare alte persoane sau organe decât cele cărora li se recunoaște acest drept.

Dreptul la un proces echitabil, în termen optim și previzibil, se referă și la faza a doua a acestuia. Este un alt principiu important al activității de executare silită, rezultat din prevederile art. 6 alin. (2). Soluționarea cererii privind executarea silită în mod echitabil, presupune ca activitatea desfășurată de executorul judecătoresc să se realizeze cu respectarea tuturor principiilor procesuale cum ar fi: dreptul la apărare, egalitatea, disponibilitatea, contradictorialitatea, cu toate consecințele ce decurg. Soluționarea cererii privind executarea silită în termen optim și previzibil, se poate realiza prin estimarea de către executorul judecătoresc a duratei realizării tuturor procedurilor de executare, fără a fi însă confundată cu aceeași cerință formulată în Codul de procedură civilă pentru judecata cauzei în care s-a pronunțat hotărârea a cărei executare se solicită.

Potrivit prevederilor art. 238 alin. (1) C. pr. civ. „La primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate, judecătorul, după ascultarea părților, va estima durata necesară pentru cercetarea procesului, ținând cont de împrejurările cauzei, astfel încât procesul să fie soluționat într-un termen optim și previzibil”. Și el însă are posibilitatea reconsiderării termenului astfel stabilit pentru motive temeinice, cu ascultarea părților [art. 238 alin. (2) C. pr. civ.].

Durata executării silite poate fi redusă, de asemenea și prin demersul executorului judecătoresc de a-l determina pe debitor să execute de bunăvoie obligația sa, arătându-i

⁹ Ratificată de România prin Legea nr. 30/1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 135 din 31 mai 1994. A se vedea și Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, ratificat de România prin Decretul nr. 212/1974, publicat în Buletinul Oficial nr. 146 din 20 noiembrie 1974.

consecințele la care s-ar expune în cazul continuării executării silite, cheltuielile de executare precum și prevederile art. 188 alin. (2) C. pr. civ. care stabilesc sancțiunile ce pot fi aplicate de către președintele instanței de executare, la cererea executorului, cu amendă judiciară de la 100 lei la 1.000 lei, în cazul nerespectării de către orice persoană a dispozițiilor privind desfășurarea normală a executării silite.

Executorul judecătoresc este de asemenea obligat să informeze debitorul cu privire la cuantumul estimativ al cheltuielilor de executare [art. 627 alin. (2) C. pr. civ.].

Invocarea încălcării principiului privind soluționarea cererii referitoare la executarea silită în mod echitabil, în termen optim și previzibil, poate fi făcută prin contestație la executare.

Cu privire la publicitate, puține dintre activitățile executorului judecătoresc nu se realizează cu publicitate, fiind respectate astfel prevederile art. 6 pct. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului ori ale art. 126 din Constituție.

Noul Cod de procedură civilă prevede în mod expres publicitatea unor activități ce țin de executarea silită, cum ar fi reglementarea de la art. 741 care se referă la publicitatea sechestrului și care, după modificarea adusă de Legea nr. 76/2012 de punere în aplicare a Codului de procedură civilă, stabilește la alin. (1) că „Despre aplicarea sechestrului se va face mențiuni, la cererea executorului judecătoresc, în registrul comerțului, în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, în registrul succesoral ținut de camera notarilor publici sau în alte registre de publicitate, după caz, iar la alin. (2) că, sechestrul devine opozabil tuturor acelorora care, după înscriere, vor dobândi vreun drept asupra bunului respectiv.

Alte prevederi ale noului Cod de procedură civilă privind publicitatea activităților executorului judecătoresc, sunt: publicitatea prin anunțurile de vânzare și publicațiile de vânzare, pe care executorul judecătoresc le va afișa cu cel puțin 5 zile înainte de ținerea licitației la locul licitației [art. 761 alin. (1) C. pr. civ.]; obligația executorului judecătoresc de a reface formalitățile de publicitate, dacă din orice cauză vânzarea se amână [art. 763 alin. (1) C. pr. civ.]; în cazul amânării licitației, reglementată la art. 765 alin. (1), la cererea părții interesate făcută, sub sancțiunea decăderii, înainte de începerea licitației, în cazul nerespectării termenelor de înștiințare a creditorului, debitorului sau terțului deținător ori, după caz, a termenelor de afișare sau publicare a vânzării; publicitatea popririi reglementată de art. 784 alin. (1), în cazul în care creanța poprită este garantată cu ipotecă sau cu altă garanție reală; publicitatea urmării bunurilor imobile, potrivit prevederilor art. 804 alin. (1), prin obligația executorului judecătoresc de a afișa copii certificate ale încheierii de încuviințare a urmării la sediul organului de executare, la instanța de executare și la sediul primăriei în raza căreia se află imobilul, prin publicarea încheierii și într-un ziar local, dacă există și de asemenea, prin trimitere din oficiu, a unei copii certificate de executor, pentru a se face notarea urmării în cartea funciară. Potrivit prevederilor art. 839 alin. (2), dacă se impune urmărirea imobilul unui minor¹⁰ sau al unei persoane puse sub interdicție judecătorească, o copie de pe publicația de vânzare a imobilului se comunică și la parchetul de pe lângă instanța de executare.

Publicitatea este o garanție a corectitudinii și imparțialității executorului judecătoresc, a independenței sale.

¹⁰ A se vedea și G. Măgureanu, *Reglementări ale noului Cod de procedură civilă privind executarea hotărârilor judecătorești referitoare la minori*, în RRES nr. 4/2011, pp. 48-59.

Principiul bunei-credințe, reglementat în noul Cod civil la art. 14, unde legiuitorul indică la ce ne obligă și nu care îi este definiția. Astfel art. 14 alin. (1) C. civ. stabilește că „Orice persoană fizică sau persoană juridică trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri”, iar alin. (2), faptul că buna-credință se prezumă până la proba contrară.

Codul de procedură civilă a reglementat și el buna credință în același sens, stabilind la art. 12 alin. (1) obligația părților de a-și executa drepturile procesuale cu bună-credință, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți, fără însă a o defini.

Buna-credință în raporturile dintre debitor și creditor, în raporturile dintre aceștia și instanța de executare ori alți participanți la executarea silită, se prezumă, contrariul – reaua-credință impunându-se a fi dovedită și motivată.

Potrivit prevederilor art. 12 alin. (1) C. pr. civ., „Drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credință, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți”, ceea ce obligă părțile să solicite exercitarea unui drept ce decurge din buna desfășurare a procedurii de executare, în limitele prevăzute de lege și numai dacă legea recunoaște și ocrotește pentru partea respectivă acel drept procesual.

Buna-credință trebuie avută însă în vedere și cu privire la exercitare obligațiilor, alin. (3) al aceluiași articol stabilind în sarcina părții care se face vinovată de neexecutarea cu bună credință a obligațiilor procesuale, obligația de a răspunde pentru prejudiciile cauzate, materiale sau morale și de asemenea, va putea fi obligată, și la plata unei amenzi judiciare, potrivit prevederilor art. 182 alin. (1) C. pr. civ.

Reaua-credință a fost definită în literatura juridică de specialitate ca fiind atitudinea unei persoane care îndeplinește un act sau un fapt ce contravine legii, fiind în același timp deplin conștientă de caracterul ilicit al conduitei sale¹¹.

Noul Cod de procedură civilă menționează reaua-credință, sub aspectul consecințelor exercitării drepturilor procesuale [art. 167 alin. (5)], a sancțiunilor ce intervin [art. 187 alin. (1), art. 526 alin. (1), art. 565 lit. d) pentru arbitrii] ori a unor motive pentru exercitarea unor căi de atac [art. 509 alin. (1) pct. 4].

Mențiuni exprese cu privire la reaua-credință, se fac și referitor la împiedicarea executorului judecătoresc de a-și exercita rolul activ prin refuzul nejustificat al debitorului de a se prezenta ori de a da lămuririle necesare, precum și darea cu rea-credință de informații incomplete, în vederea realizării integrale și cu celeritate a obligației prevăzute în titlul executoriu [art. 627 alin. (3) C. pr. civ.].

În cazul contestației la executare, contestatorul poate, potrivit art. 719 alin. (3), fi obligat, la cerere, la despăgubiri pentru pagubele cauzate prin întârzierea executării, iar atunci când contestația a fost exercitată cu rea-credință și la plata unei amenzi judiciare de la 1.000 lei la 7.000 lei.

Principiul disponibilității cu privire la executarea silită, este reglementat de art. 663 alin. (1) C. pr. civ., care stabilește că executarea silită poate porni numai la cererea creditorului, dacă prin lege nu se prevede altfel. Ca urmare, principiul disponibilității dă posibilitatea creditorului să aleagă dacă va declanșa sau nu procedura executării silite pentru

¹¹ A se vedea în acest sens, S. Ghimpu, Gh. Brehoi, Gh. Mocanu, A. Popescu și I. Urs, *Dicționar juridic*, Ed. Albatros, București, 1985.

executarea prestației înscrisă în titlul executoriu ori dacă va alege alte modalități legale de realizare a acesteia (negocieri cu debitorul privind modalitățile de executare, eşalonarea plăților, renunțarea la drepturile conferite de titlul executoriu ș.a.).

În cazul în care creditorul va solicita declanșarea procedurii de executare silită, în cererea de executare, va fi menționată modalitatea de executare solicitată și, dacă este cazul, vor fi atașate înscrisurile prevăzute de lege.

Alte reglementări prevăzute în noul Cod de procedură civilă, privind noile reglementări aduse activității de executare silită, se referă la:

- bunurile urmăribile, includerea în categoria bunurilor insesizabile în mod absolut și a obiectelor indispensabile persoanelor cu handicap sau destinate îngrijirii bolnavilor, precum și amintirile personale și de familie [art. 726 alin. (1) lit. b) C. pr. civ.];

- reglementarea riguroasă a modalităților de valorificare a bunurilor mobile supuse executării silite: vânzarea amiabilă făcută de debitor cu acordul creditorului (art. 753 C. pr. civ.), vânzarea directă săvârșită de executor fără licitație publică (art. 754 C. pr. civ.), vânzarea titlurilor de valoare și a unor bunuri cu regim de circulație special, vânzarea la licitație publică (art. 752, 753, 755 C. pr. civ.) etc.;

- referitor la poprire (art. 780 și urm. C. pr. civ.), au fost reglementate, în mod amănunțit, efectul înființării popririi, publicitatea popririi și procedura de validare – sumar reglementată în Codul de procedură civilă în vigoare, precum și chestiunea desființării popririi și radierii acesteia din registrele de publicitate, nerezolvată în prezent. Așa spre exemplu, potrivit prevederilor art. 780 alin. (3) C. pr. civ., „Poprirea se poate înființa și asupra sumelor sau bunurilor mobile incorporale pe care creditorul le datorează debitorului, dacă ambele creanțe sunt certe și lichide”;

- dispoziții privind urmărirea veniturilor generale ale imobilelor, ținându-se seama de noul sistem de publicitate imobiliară, bazat pe cartea funciară, și de faptul că, din motive economice, vânzarea imobilului nu ar fi eficientă, deoarece existența unor contracte de închiriere sau arendare de lungă durată ar face să scadă prețul de vânzare și interesul pentru cumpărare (art. 794 și urm. C. pr. civ.). Așa spre exemplu, în cazul urmării fructelor neculese, art. 795 prevede posibilitatea și perioada în care pot fi urmărite aceste bunuri, stabilind că „Urmărirea fructelor neculese și a recoltelor prinse de rădăcini nu se va putea face decât în cele 6 săptămâni dinaintea coacerii lor și va fi precedată de o somație cu două zile înaintea urmării. Sechestrarea însă se va putea face în orice timp”;

- în vederea evitării executărilor silite abuzive și efectuării unor cheltuieli de executare excesive în raport cu valoarea creanței, potrivit noii reglementări, nu se poate porni urmărirea imobiliară pentru creanțe a căror valoare nu depășește 10.000 de lei, decât dacă debitorul nu are alte bunuri urmăribile. În acest sens, art. 812 alin. (5) stabilește interdicția de a vinde la licitație bunurile imobile ale debitorului pentru acoperire unei creanțe de până la suma de 10.000 lei, dacă debitorul are alte bunuri urmăribile, excepție făcând situațiile în care debitorul are alte bunuri urmăribile dar acestea nu pot fi valorificate.

De asemenea, a fost instituită regula privind urmărirea imobilelor pe corpuri funciare, iar nu individual, cu mențiunea că în cazul urmării imobilelor proprietate comună, dacă se urmărește doar cota-parte a debitorului din imobilul aflat în coproprietate comună, coproprietarii vor putea cere punerea în vânzare a întregului imobil aflat în indiviziune (coproprietate).

- atribuirea, prin hotărâre judecătorească, a unui imobil sau obligația de a-l preda, lăsarea în posesie ori în folosință cuprinde și obligația de evacuare a imobilului, chiar dacă prin titlul executoriu nu s-a dispus în mod expres această măsură, deoarece este un efect direct al obligației principale stabilite în sarcina debitorului, nemaifiind, prin urmare, nevoie de un nou proces;

- în cazul predării silite a unui imobil, s-a prevăzut că efectuarea executării silite se va face atât în contra debitorului, cât și împotriva tuturor persoanelor care ocupă imobilul în fapt sau, după caz, fără niciun titlu opozabil creditorului. În acest sens, în temeiul art. 807 C. pr. civ., dacă debitorul ocupă el însuși imobilul ale cărui venituri sunt urmărite, la cererea creditorului, instanța de executare va putea, după împrejurări, să ordone evacuarea, în tot sau în parte, a imobilului fie de îndată, fie într-un anumit termen, în scopul asigurării unei mai bune exploatare a acestuia.

Concluzionând, putem spune că aspectele referitoare la executarea silită a titlurilor executorii, sunt în noul Cod de procedură civilă mai bine reglementate, ceea ce va contribui la creșterea celerității executării silite, la instituirea unei practici unitare privind executarea hotărârilor judecătorești sau a altor titlurilor executorii, la reducerea numărului de situații în care executorii judecătorești nu respectă procedurile privind executarea și la reducerea numărului de contestații la executare, având ca motive nerespectarea prevederilor legale și practicii în domeniu.

BIBLIOGRAFIE

- Codul civil
- Codul de procedură civilă
- Constituția României
- Convenția Europeană a Drepturilor Omului
- Decizia Curții Constituționale nr. 458/2009 referitoare la admiterea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 373¹ C. pr. civ.
- Legea nr. 188/2000 privind executorii judecătorești
- Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă
- Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice
- Cosma D., *Rolul instanțelor judecătorești române în aplicarea Convenției Europene a Drepturilor Omului*, în RRD nr. 6-7/1994
- Deleanu I., *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ed. Europa Nova, București, 1995
- Ghimpu S., Brehoi Gh., Mocanu Gh., Popescu A. și Urs I., *Dicționar juridic*, Ed. Albatros, București, 1985
- Herovanu E., *Teoria executării silite*, Ed. Cioflec, București, 1942
- Leș I., *Tratat de Drept procesual civil*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 939 și urm.
- Măgureanu Fl., *Drept procesual civil*, ed. a XII-a, Ed. Universul Juridic, București, 2010
- Măgureanu Fl., Măgureanu G., *Titlurile executorii europene*, RRES nr. 11/2007, pp. 12 și urm.

- Negulescu D., *Execuțiunea silită, Principiile generale*, vol. I, Tipografia Guttenberg, București, 1910.
- Sion C., *Căile de execuție*, Iași, 1943
- Stoenescu I., Hilsenrad A., Zilberstein S., *Tratat teoretic și practic de procedură a executării silite*, Ed. Academiei, București, 1966
- Stoenescu I., Zilberstein S., *Tratat de drept procesual civil*, vol. II, Universitatea București, 1981
- Tăbârcă M., *Drept procesual civil*, Vol. I, Ed. Global Lex, București, 2004
- Zilberstein S., Ciobanu V.M., *Drept procesual civil. Executarea silită*, vol. I și II, Ed. Lumina Lex, București, 1996

DREPTUL LA UN PROCES ECHITABIL ȘI ACCESUL LIBER LA JUSTIȚIE

Prof. univ. dr. THEODOR MREJERU

*Facultatea de Drept
Universitatea Româno-Americană*

Art. 11 din Constituția României stabilește, cu valoare de principiu, obligația statului român de a îndeplini întocmai și cu bună-credință îndatoririle ce-i revin din tratatele la care este parte, precum și faptul că tratatele ratificate de Parlament fac parte din dreptul intern.

Textul constituțional enunțat face aplicarea unuia dintre principiile încrederii între statele comunității internaționale – *pacta sunt servanda* – și exprimă, în același timp, corelația dintre dreptul internațional și dreptul intern, prin integrarea normelor dreptului internațional în sistemul dreptului național.

Integrarea normelor internaționale consensuale în dreptul intern se realizează prin ratificarea instrumentelor juridice internaționale (acord, convenție, protocol, statut, pact etc.), operațiune prin care acestora li se conferă forță obligatorie de către Parlament; întrucât ratificarea se face prin lege, clauzele instrumentului internațional ratificat sunt integrate în sistemul normelor interne, urmând a avea forța juridică a legii.

Distinct de consacrarea integrării dreptului internațional în sistemul juridic național, legea fundamentală a României conține reglementări specifice referitoare la tratatele internaționale privind drepturile omului.

Astfel, art. 20 din Constituția României stabilește că interpretarea și aplicarea drepturilor și libertăților cetățenești se fac în concordanță cu prevederile tratatelor internaționale la care România este parte și că reglementările internaționale din domeniul drepturilor omului, cuprinse în tratatele ratificate de România, au prioritate față de reglementările interne în cazul în care între ele există neconcordanțe.

Prin Legea nr. 30 din 18 mai 1994, publicată în Monitorul Oficial nr. 135 din 31 mai 1994, România a ratificat Convenția Europeană pentru apărarea Drepturilor Omului (CEDO), precum și protocoalele adiționale la aceasta nr. 1, 4, 6, 7, 9, 10.

În acest mod, conform art. 11 și 20 din Constituție, Convenția și protocoalele ei adiționale au devenit parte integrantă a dreptului intern, având prioritate față de acesta, altfel spus CEDO și protocoalele adiționale au devenit izvor de drept intern obligatoriu și prioritar, ceea ce, în plan național, are drept consecință imediată aplicarea convenției și protocoalelor de către instanțele judecătorești române, iar în plan internațional acceptarea controlului prevăzut de CEDO cu privire la hotărârile judecătorești naționale.

Prin Protocolul nr. 11 al Convenției Europene al Drepturilor Omului, intrate în vigoare la data de 1 noiembrie 1998, a intervenit o reformă a sistemului de control în fața Curții; s-a urmărit menținerea și întărirea eficacității apărării drepturilor omului și libertăților fundamentale prevăzute de Convenție.

Ca o garanție a respectării drepturilor omului, Convenția prevede, în art. 6 pct. 1, dreptul oricărei persoane la un proces echitabil: „Orice persoană are dreptul de a-i fi examinată cauza în mod echitabil, public și într-un termen rezonabil, de către un tribunal independent și imparțial, stabilit prin lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor și

obligățiilor cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptată împotriva sa. Hotărârea trebuie să fie pronunțată în public, dar accesul în sala de ședință poate fi interzis presei și publicului, pe întreaga durată a procesului sau a unei părți a acestuia, în interesul moralității, al ordinii publice ori al securității naționale într-o societate democratică, atunci când interesele minorilor sau protecția vieții private a părților la proces o impun, sau în măsura considerată strict necesară de către tribunal, atunci când, datorită unor împrejurări speciale, publicitatea ar fi de natură să aducă atingere intereselor justiției”.

Rezultă că, în accepțiunea Convenției, dreptul la un proces echitabil are mai multe componente și anume: accesul liber la justiție; examinarea cauzei în mod echitabil, public și într-un termen rezonabil; examinarea cauzei de către un tribunal independent, imparțial, stabilit prin lege; publicitatea pronunțării hotărârilor judecătorești¹.

a) Accesul liber la justiție

Accesul liber la justiție este consacrat, ca drept cetățenesc fundamental, atât prin art. 6 pct. 1 din Convenție, cât și prin art. 21 din Constituția României, prin art. 10 din Declarația universală a drepturilor omului, precum și prin art. 14 pct. 1 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice.

În Constituție, accesul liber la justiție este conceput ca drept al oricărei persoane de a se putea adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime, garantându-se că exercitarea acestui drept nu poate fi îngrădită prin nicio lege.

Ca mijloacele procedurale concrete de care pot uza cetățenii pentru a accede la justiție Codul de procedură civilă prevede cererea de chemare în judecată (art. 109) și căile ordinare și extraordinare de atac împotriva hotărârilor judecătorești (apelul – art. 282, recursul – art. 299, contestația în anulare – art. 317 și art. 318, revizuirea – art. 322), iar Codul de procedură penală prevede plângerea prealabilă [art. 279 alin. (2) lit. a)], căile de atac împotriva măsurilor dispuse de procuror în cursul urmăririi penale (art. 278¹), căile de atac ordinare și extraordinare împotriva hotărârilor judecătorești (apelul – art. 361, recursul – art. 385¹, contestația în anulare – art. 386, revizuirea – art. 393).

Căile procedurale menționate asigură persoanelor interesate accesul la o instanță de judecată, căreia, prin lege, i s-a stabilit competența de a hotărî în materie civilă sau penală.

Acest mod de reglementare al dreptului de acces la justiție este în concordanță cu abordarea europeană a aceluiași concept, căci, în accepțiunea Convenției, exercitarea dreptului de acces la justiție presupune tocmai asigurarea accesului oricărei persoane la un tribunal instituit de lege, adică garantarea unei proceduri judiciare în fața căreia să se poată realiza, efectiv, acest drept.

În ceea ce privește mijloacele concrete de asigurare a accesului liber la justiție, acestea sunt lăsate de Convenție la latitudinea statelor care au ratificat-o, devreme ce prin art. 6 pct. 1 nu s-au prevăzut expres alte asemenea mijloace.

Ca atare, dispozițiile din dreptul intern referitoare la modurile de sesizare a instanțelor judecătorești sunt pe deplin aplicabile, dar aceasta nu înseamnă dreptul de acces la toate structurile judecătorești – judecătorii, tribunale, curți de apel, Înalta Curte de Casație și Justiție – și nici la toate căile de atac prevăzute de lege – apel, recurs, contestație în anulare,

¹ Pentru mai multe detalii, a se vedea și: Fl. Măgureanu, G. Măgureanu, *Organizarea sistemului judiciar*, ed. a VI-a, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 57 și urm.

revizuire, deoarece, așa cum a hotărât Plenul Curții Constituționale prin Decizia nr. 1 din 8 februarie 1994, prin lege pot fi instituite reguli deosebite, în considerarea unor situații deosebite.

Astfel de reguli întâlnim, de pildă, în materia apelului civil, unde, prin art. 282¹ C. pr. civ., sunt reglementate categoriile de hotărâri judecătorești care, prin raportare la obiectul cererilor în care au fost pronunțate, sunt exceptate de la această cale de atac, ori în materia hotărârilor de strămutare a pricinilor civile, care nu sunt supuse niciunei căi de atac – art. 40 alin. (4) C. pr. civ.

Deseori în practica instanțelor naționale a fost invocată de părți, ca măsură de îngădire a accesului liber la justiție, lipsa de gratuitate a procesului civil, prin instituirea în sarcina titularului cererii de chemare în judecată a obligației de plată a unei taxe de timbru și prin neasigurarea asistenței juridice gratuite.

Nici unul din cele două argumente nu justifică o îngădire reală a dreptului de acces la justiție.

Achitarea taxelor judiciare de timbru nu înfrânge principiul gratuității justiției și, implicit, al accesului liber la justiție, deoarece partea căzută în pretenții poate fi obligată la restituirea sumelor avansate în condițiile art. 274-276 C. pr. civ.; mai mult, prin Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru, modificată și actualizată, se prevede scutirea de timbraj pentru anumite categorii de cauze civile, iar legislația națională asigură și alte garanții efective pentru finalizarea procedurii judiciare chiar și în cazul persoanelor cu posibilități materiale reduse.

În acest sens, art. 274 C. pr. civ. prevede, pentru cel care nu e în stare să facă față cheltuielilor unei judecăți, fără a primejdui propria sa întreținere sau a familiei sale, dreptul de a cere instanței de judecată asistență judiciară, iar art. 275 din același cod prevede că în conținutul conceptului de asistență judiciară intră acordarea de scutiri, reduceri, eşalonări, sau amânări pentru plata taxelor de timbru și a timbrului judiciar, precum și apărarea și asistența gratuită printr-un avocat delegat de baroul avocaților.

Față de dispozițiile naționale enunțate, lipsa de gratuitate a procesului civil nu ar putea fi invocată cu succes ca o încălcare a liberului acces la justiție în sensul art. 6 pct. 1 din Convenție.

b) Examinarea cauzei în mod echitabil, public și într-un termen rezonabil

I. Cerința din art. 6 pct. 1 al Convenției, aceea ca o cauză să fie examinată în mod echitabil, trebuie înțeleasă în sensul de a se asigura respectarea principiilor fundamentale ale oricărui proces și anume principiul contradictorialității și principiul dreptului la apărare, ambele asigurând egalitatea deplină a părților în proces.

- Contradictorialitatea este principiul care îngăduie părților din proces să participe în mod activ și egal la prezentarea, argumentarea și dovedirea drepturilor lor în cursul desfășurării procesului, mai precis să discute și să combată susținerile făcute de fiecare dintre ele și să-și exprime opinia asupra inițiativelor instanței în scopul stabilirii adevărului și al pronunțării unei hotărâri legale și temeinice.

În virtutea contradictorialității, părțile își aduc reciproc la cunoștință pretențiile, apărările și probele de care înțeleg să se folosească în proces, prin cererile scrise adresate instanței, judecata nu se poate face decât după legala lor citare, în cursul procesului toate

părțile sunt ascultate în mod egal, inclusiv asupra împrejurărilor de fapt sau de drept puse în discuție de instanță, în vederea aflării adevărului în cauză, încuviințarea probelor se face în ședință publică, după prealabila lor discutare de către părți, iar hotărârile judecătorești sunt comunicate părților, în vederea exercitării căilor legale de atac.

Consacrări indirecte ale manifestărilor principiului contradictorialității, așa cum au fost ele anterior redate, respectând înțelesul art. 6 pct. 1 din Convenție, se regăsesc și în legislația națională, mai precis în reglementarea art. 112, art. 115, art. 114 alin. (1), art. 107, art. 128-129, art. 114 alin. (4) C. pr. civ.

Nu există, deci, neconcordanțe de semnificație juridică a contradictorialității între dispozițiile Convenției și dispozițiile din legea națională și, față de garanțiile pe care aceasta din urmă le instituie pentru asigurarea contradictorialității, sunt toate premisele ca, prin hotărârile pronunțate, instanțele naționale să nu se facă vinovate de încălcări ale dreptului la un proces echitabil, prin nesocotirea principiului contradictorialității.

- Dreptul la un proces echitabil înseamnă și posibilitatea rezonabilă a oricărei părți de a expune cauza sa instanței de judecată, în condiții care să nu o dezavantajeze față de partea adversă, ceea ce se realizează prin asigurarea dreptului său la apărare.

Dreptul la apărare are în dreptul românesc și valoare de principiu constituțional, ținând seama că prin art. 24 alin. (1) din Constituție se stabilește că dreptul la apărare este garantat, iar prin alineatul 2 al aceluiași articol se prevede că în tot cursul procesului părțile au dreptul să fie asistate de un avocat, ales sau numit din oficiu.

În sens material, acest drept include toate drepturile și garanțiile procesuale, care asigură părților posibilitatea de a-și apăra interesele, iar în sens formal el include dreptul părților de a-și angaja un avocat.

Realizarea dreptului la apărare este asigurată și prin modul de organizare și funcționare a instanțelor judecătorești, la baza căruia stau principiile legalității, egalității părților, gratuității, colegialității, publicității, controlului judiciar și al rolului activ al instanței.

Legalitatea semnifică înfăptuirea justiției în numele legii de către instanțele judecătorești prevăzute de lege, în limita competențelor ce le-au fost conferite de legiuitor, precum și supunerea judecătorilor numai în fața legii; egalitatea părților semnifică egalitatea acestora în raporturile procesuale cu instanța, dar și în raporturile dintre ele, prin recunoașterea acelorași drepturi procesuale și impunerea acelorași obligații; gratuitatea înseamnă obținerea unei rezolvări judiciare necondiționat de plata vreunei taxe; controlul judiciar înseamnă posibilitatea verificării, de către o instanță superioară în grad, a legalității și temeiniciei hotărârii pronunțate de instanța inferioară; imutabilitatea semnifică imposibilitatea, de principiu, a modificării cadrului litigiului, sub aspectul părților, obiectului și temeiului de drept; rolul activ al instanței reprezintă, nu o ingerință în interesele părților, ci o garanție a respectării drepturilor și realizării intereselor acestora, deoarece are ca unic scop aflarea adevărului în cauză.

2. Cerința examinării cauzei în public, prevăzută de art. 6 pct. 1 din Convenție, înseamnă publicitatea dezbaterilor, care se realizează, pe de o parte prin asigurarea accesului părților la dezbateri, aceasta fiind o condiție inerentă a exercitării drepturilor lor procesuale, constând în dreptul la apărare și dreptul la dezbateri contradictorii, iar pe de altă parte, prin asigurarea accesului la dezbateri al oricăror persoane.

În același mod este înțeleasă noțiunea de publicitate și în dreptul intern.

Astfel, art. 126 din Constituție, art. 5 din Legea de organizare judecătorească nr. 304/2004 și art. 21 alin. (1) C. pr. civ. proclamă că ședințele de judecată sunt publice, afară de cazurile prevăzute de lege; cazurile de excepție de la regula publicității sunt nominalizate în lege, prin indicarea unor criterii de apreciere, pe baza cărora instanța de judecată trebuie să le determine – alin. (2) al art. 121 C. pr. civ. stabilește că instanța poate să dispună ca dezbaterile să se facă în ședință secretă, dacă dezbaterile publice ar putea vătăma ordinea sau moralitatea publică ori părțile.

Pentru asigurarea publicității, ședințele de judecată se țin la sediul stabil și cunoscut al instanței, în zilele și la orele fixate de instanță, potrivit listei de ședință, care se afișează la ușa sălii de ședință, cu cel puțin o oră înainte de începerea ședinței de judecată (art. 125 C. pr. civ.).

Publicitatea este o garanție a corectitudinii și imparțialității judecătorilor, a independenței acestora, pentru că nu este suficient să se facă dreptate, ci este nevoie să se și vadă acest lucru; pentru acest motiv părțile nu pot fi împiedicate să participe la dezbaterile cauzelor proprii, nici măcar atunci când s-a declarat ședință secretă [art. 121 alin. (2) C. pr. civ.], iar terțele persoane nu pot fi îndepărtate din sala de judecată decât în cazul ședințelor secrete.

Caracterul dezbaterilor nu influențează, însă, pronunțarea hotărârii judecătorești, care se face, întotdeauna, în ședință publică, fapt prevăzut expres în art. 6 pct. 1 din Convenție, dar și în art. 121 alin. (3) C. pr. civ.

3. Cerința Convenției ca examinarea cauzei să se facă într-un termen rezonabil trebuie raportată la fiecare caz în parte, luând în considerare durata procedurii, natura pretențiilor, complexitatea procesului, comportamentul autorităților competente și al părților, dificultatea dezbaterilor, aglomerarea rolului instanței și exercitarea căilor de atac².

Celeritatea judecării proceselor nu este consacrată în legislația națională în mod expres, decât într-un număr limitat de litigii, de pildă, în materia restituirii imobilelor preluate abuziv în perioada comunistă, reglementată prin Legea nr. 10/2001 sau în materia adopțiilor, reglementată prin O.U.G. nr. 25/1997, aprobată prin Legea nr. 87/1998.

Cu toate acestea, în Regulamentul pentru organizarea și funcționarea instanțelor, aprobat prin Ordinul nr. 991/C/1993 al Ministerului Justiției, se reglementează măsurile ce se dispun de instanță la primirea sesizării, stabilindu-se că prin acestea trebuie să se asigure soluționarea cu celeritate a cererilor primite și că aceleași măsuri trebuie luate, în același scop, și de către judecătorul căruia i s-a repartizat cauza spre soluționare (art. 44).

De asemenea, Codul de procedură civilă cuprinde o suită de norme prin care se asigură soluționarea, într-un termen rezonabil, a cererilor deduse judecării, indiferent de natura lor. Dintre acestea, cele mai importante sunt cele din art. 155 alin. (1) și art. 156 alin. (1), care permit amânarea judecării, o singură dată, pe temeiul învoielii părților, respectiv pentru lipsă de apărare temeinic motivată, precum și cele din art. 260 alin. (1) și art. 264 alin. (1) C. pr. civ., potrivit cărora pronunțarea se poate amâna pentru un termen ce nu poate depăși 7 zile, iar redactarea hotărârii se face în termen de 30 de zile de la pronunțarea ei.

² Pentru metode alternative în vederea soluționării cu celeritate a conflictelor, a se vedea G. Măgureanu, *Medierea și perspectivele ei*, în RDC nr. 11/2011, pp. 138-148.

Judecarea procesului într-un termen rezonabil are ca scop înlăturarea incertitudinii în care se găsesc părțile prin restabilirea, cât mai curând posibil, a drepturilor încălcate și prin reinstaurarea legalității, care trebuie să guverneze toate raporturile juridice într-un stat de drept, ceea ce constituie o garanție a unui proces echitabil.

c) Examinarea cauzei să se facă de un tribunal independent, imparțial, stabilit prin lege

I. Independența presupune două laturi și anume independența instanțelor și independența magistratului.

Independența instanțelor, are în vedere că sistemul instanțelor prin care se realizează justiția nu face parte și nu este subordonat puterii executive sau legislative.

Acest aspect este reflectat în art. 126 alin. (1) Constituția României, care prevede că justiția se realizează prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege, adică judecătorii, tribunale și Curți de apel.

În același sens sunt și prevederile art. 126 alin. (3) din Constituție care prevăd că prin lege sunt stabilite competența și procedura de judecată.

Independența judecătorilor este reflectată în art. 124 alin. (2) din Constituția României, care prevede că judecătorii sunt independenți și se supun numai legii.

Aceasta presupune, ca și în cazul instanțelor de judecată, faptul că în realizarea actului de justiție, magistrații nu pot fi influențați de puterea executivă sau legislativă.

Independența, astfel înțeleasă, nu exclude intervenția instanțelor de control judiciar care intervine în urma exercitării căilor de atac împotriva hotărârilor judecătorești.

În același timp trebuie subliniat că nici verificările atribuite prin Legea nr. 304/2004 pentru organizarea judecătorească, în competența conducătorului instanței, nu afectează independența.

Acest control nu vizează în niciun fel activitatea de judecată.

Independența judecătorilor este dată de garanțiile aflate în acest sens, de statutul său.

Astfel, prin dispoziții speciale prevăzute de Legea nr. 304/2004 pentru organizarea judecătorească, sunt reglementate numirea și avansarea în funcție a magistraților.

În același timp, propunerile de numire în funcție a magistraților sunt date în competența Consiliului Superior al Magistraturii, în condițiile legii sale organice [conform art. 125 alin. (2) din Constituția României].

O altă garanție oferită magistraților și care asigură independența acestora, este dată de inamovibilitate.

Aceasta presupune că orice avansare sau transferare nu se poate face decât cu consimțământul judecătorilor.

Inamovibilitatea este reglementată în Constituția României, la rang de principiu; astfel, conform art. 125 alin. (1) judecătorii numiți de Președintele României sunt inamovibili, în condițiile legii. Același text arată în alin. (2) că promovarea, transferarea și sancționarea judecătorilor este de competența Consiliului Superior al Magistraturii, în condițiile legii sale organice.

2. Imparțialitatea, ca element al unui proces echitabil, reprezintă garanția încrederii justițiabililor în magistrații și instituțiile în care aceștia își desfășoară activitatea prin care se realizează actul de justiție.

Importanța acestui aspect este recunoscută prin consacrarea unui întreg titlu din Codul de procedură civilă – titlul V –, care prevede cazurile concrete în care un magistrat și celelalte persoane implicate în actul de justiție sunt incompatibili precum și procedurilor de urmat în cazul intervenirii acestora.

Aspecte vizând imparțialitatea pot fi regăsite și în titlul VI Cod procedură civilă, referitor la strămutarea pricinilor.

În același timp și prin Constituție s-a recunoscut importanța acestei laturi a unui proces echitabil, prevăzându-se că funcția de judecător este incompatibilă cu orice altă funcție publică sau privată, cu excepția funcțiilor didactice din învățământul superior.

3. Stabilirea prin lege a tribunalului, ca element al unui proces echitabil, are în vedere competența de soluționare a cauzei, atât din punct de vedere material cât și teritorial.

În acest context, în legislația internă dispozițiile legale sunt clare și precise, delimitând foarte clar competențele instanțelor de judecată implicate în realizarea actului de justiție.

Sunt întâlnite astfel dispoziții care stabilesc competența după materie (titlul I Cod procedură civilă), competența teritorială (titlul II), cazurile de extindere a competenței (titlul III), precum și procedura în cazul intervenirii unui conflict de competență (titlul IV).

În același timp, trebuie subliniat că prin legi speciale, de reglementare a unui anumit domeniu de activitate, este reglementată competența de soluționare a cauzelor; dispozițiile codului de procedură prevăzând, relativ la competența materială, cazul” în orice materii date prin lege în competența lor” – cu titlul de exemplu, Legea nr. 14/2003 privind partidele politice, republicată.

d) Publicitatea pronunțării hotărârilor judecătorești³

Acest aspect asigură cunoașterea de către justițiabili a hotărârii judecătorești, imediat după deliberarea completului de judecată.

Pronunțarea dispozitivului hotărârii judecătorești, în ședința publică, chiar în lipsa părților, este impusă de art. 258 alin. (2) C. pr. civ.

Pronunțarea în ședință publică, dă posibilitatea părții a cărei cauză a fost soluționată nefavorabil, să renunțe în instanță la calea de atac [art. 267 alin. (1) C. pr. civ.].

³ A se vedea și Fl. Măgureanu, G. Măgureanu, *Organizarea sistemului judiciar*, ed. a VI-a, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 63 și urm.

PROTECȚIA PENALĂ A INTERESELOR FINANCIARE COMUNITARE PRIN INSTRUMENTE JURIDICE ADOPTATE LA NIVELUL UNIUNII EUROPENE

Lect. univ. dr. MARIUS PANTEA

Academia de Poliție „A.I. Cuza”, Facultatea de Poliție

Prof. univ. dr. COSTICĂ VOICU

Universitatea Româno-Americană, Facultatea de Drept

Abstract: A European Criminal Code is at this moment a goal. The regulations in the field are moving steadily towards a harmonization of laws of the Member States of the European Union. Community institutions have already acquired competence in this area. The area of regulation, limited at first, has expanded greatly in the recent years. Social realities resulting from the creation of a European area will inevitably lead to the creation of guidelines and, why not, to the development of measures to unify the criminal laws in areas sensitive to the European Union, such as the protection of financial interests.

Competența instituțiilor europene de a impune reglementări în domeniul dreptului penal a reprezentat o problemă spinoasă de-a lungul timpului. Începând cu *Tratatul de la Roma* și până la începutul anilor '70, Uniunea nu dispunea de competență în domeniul dreptului penal. Singurele excepții priveau mărturia mincinoasă și protejarea secretului nuclear¹. *Acordurile Schengen* au permis pentru prima oară abordarea acestui aspect, dar numai pentru a interzice intervenția directă a Comunităților în acest domeniu². Dreptul penal intră în competența Uniunii odată cu apariția *Tratatului Uniunii Europene*, care institua „*cooperarea judiciară în materie penală*” ca o problemă de interes comun, în sensul art. Kl (care a devenit art. 29 prin *Tratatul de la Amsterdam*)³. Sancțiunea penală apare însă abia în *Tratatul de la Amsterdam*, unde, în art. 31 pct. e) se precizează că „*acțiunea comună în domeniul cooperării judiciare în materie penală vizează între altele, adoptarea progresivă de măsuri instituind reguli minimale privitoare la elementele constitutive ale infracțiunilor și la sancțiunile aplicabile*” în domeniul criminalității organizate, terorismului și traficului de droguri⁴. Această introducere a sancțiunii penale în sfera de competență a Comunităților Europene necesită însă unele precizări.

¹ Art. 194 *Tratatul Euratom*.

² H. Labayle, *L'application du titre VI du Traite sur L'Union europeenne*, RSC, ianuarie-martie 1995, p. 34 și urm.

³ Acest articol prevede ca în scopul realizării obiectivelor Uniunii, în special libera circulație a persoanelor, și fără a aduce prejudicii competențelor Comunităților europene, statele membre consideră domeniile următoare ca fiind chestiuni de interes comun: lupta împotriva toxicomaniei, lupta împotriva fraudei de dimensiuni internaționale, cooperarea judiciară în materie penală, cooperarea polițienească în lupta împotriva terorismului, traficul ilicit de droguri și alte forme de criminalitate internațională.

⁴ V. Robert, *La sanction penale au seiti de „L'espace de liberte, de securite et de justice”*, Agon nr. 33, octombrie-decembrie 2001, p. 2.

Inițial, Comunitățile puteau impune Statelor Membre obligația de a sancționa anumite fapte, dar nu în domeniul dreptului penal. Astfel, statele aveau obligația să ia măsurile necesare pentru a asigura îndeplinirea obligațiilor decurgând din tratat. Pe măsura trecerii timpului, libertatea statelor în alegerea acestor măsuri s-a diminuat. Astfel, Curtea de Justiție a Comunităților Europene estima într-o hotărâre că Statele Membre trebuiau „să vegheze ca atingerile aduse dreptului comunitar să fie sancționate în condiții de fond și de procedură similare celor aplicabile atingerilor aduse dreptului național și care asigura sancțiunii un caracter efectiv, proporțional și descurajator”⁵. De altfel, alegerea mijloacelor de către Statele Membre a început să fie limitată prin prevederea de măsuri din ce în ce mai detaliate și cu o sferă de cuprindere din ce în ce mai mare din partea Comunităților.

Influențarea dreptului penal prin instrumente juridice comunitare a început să se manifeste recent, în două modalități. Astfel, un prim aspect al influenței Comunităților în domeniul dreptului penal îl constituie efectul neutralizant⁶ sau negativ, care se manifestă atunci când sancțiunile penale naționale sunt incompatibile cu sancțiunile comunitare. Este vorba de interzicerea luării de către Statele Membre de măsuri care să aducă atingere dispozițiilor comunitare, ori de abolirea măsurilor astfel luate. Astfel, potrivit principiului proporționalității, *Curtea de Justiție a Comunităților Europene* a decis că orice sancțiune disproporționată față de natura fetei comise constituie o măsură echivalentă unei restrângeri interzise⁷. Pe baza acestui raționament, faptul că un resortisant al unui Stat Membru nu și-a declarat prezența la poliție pe teritoriul altui stat membru în termen de trei zile nu poate fi sancționată cu o pedeapsă privativă de libertate, care ar fi o pedeapsă disproporționată⁸.

Efectul pozitiv al dreptului comunitar asupra dreptului penal este reprezentat de obligația Statelor Membre de a pune în practică directivele de armonizare care vin să completeze piața comună și executarea politicilor comune, cum ar fi politica agricolă. Efectul pozitiv se manifestă sub forma măsurilor luate în domeniul dreptului penal de către Statele Membre în executarea obligațiilor derivând din dreptul comunitar.

Deși Uniunea Europeană poate impune armonizarea în domeniul dreptului penal, influența pe care o exercită asupra legislațiilor naționale rămâne limitată datorită inserării acestui domeniu de competență, cel puțin la prima vedere, în cadrul celui de-al treilea pilon (cooperarea judiciară și polițienească în materie penală).

Includerea dreptului penal prin Tratatul de la Maastricht, Amsterdam și Nisa în domeniul cooperării interguvernamentale ar avea profunde implicații în ceea ce privește adoptarea și implementarea instrumentelor juridice în acest domeniu. Spre deosebire de primul pilon, care fixează domeniile în care competența organelor comunitare este exclusivă, având drept caracteristici elaborarea de norme cu aplicabilitate directă în Statele Membre, în cadrul cooperării judiciare în materie penală procesul decizional este diferit.

⁵ CJCE 21 septembrie 1989, Commission c/Grece, 68/88, Rec.CJCE, p. 2979. Această măsură a fost transpusă apoi în art. 280 TUE, instituind principiul asimilării în materia luptei împotriva fraudei și pentru protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene.

⁶ J. Pradel, G. Corstens, *Droit penal européen*, Ed. Dalloz, Paris, 1999, p. 407.

⁷ CJCE 15 decembrie 1976, Donkerwolke, 41/76, Rec. CJCE 1921.

⁸ CJCE 7 iulie 1976, Watson, 118/75, Rec. CJCE 1185.

Principiile subsidiarității și proporționalității prevăzute în art. 5 din Tratatul privind Comunitățile Europene, care guvernează dreptul comunitar în domenii care nu sunt de competență exclusivă a Comunităților, sunt incidente și în ceea ce privește cooperarea judiciară și polițienească în materie penală. Astfel, Comunitățile vor acționa în acest domeniu, potrivit principiului subsidiarității, numai dacă și în măsura în care acțiunea propusă nu poate fi îndeplinită satisfăcător de către Statele Membre și poate fi mai bine îndeplinită, în consecință, în raport cu întinderea și efectele acesteia, la nivelul Comunității. Potrivit principiului proporționalității, o acțiune a Comunității nu va depăși mijloacele necesare pentru îndeplinirea obiectivelor Tratatului. Deci nu se poate apela la dispoziții de drept penal pentru reglementarea anumitor relații sociale în diferite domenii de activitate decât în situația în care afectarea acestor relații are un caracter transnațional, iar rezolvarea acesteia pe baza regulilor generate privind cooperarea judiciară este anevoioasă și nu produce efecte. De asemenea este necesar ca orice alte măsuri susceptibile de a fi luate pentru reglementarea situației să fie insuficiente, impunându-se cu necesitate adoptarea unor sancțiuni penale.

Procedura decizională în cadrul cooperării judiciare și polițienești în materie penală ține de competența comună a organelor comunitare și a Statelor Membre. Instrumentul juridic aflat la dispoziția organelor comunitare este decizia-cadru⁹. Un alt instrument juridic în acest domeniu, aflat de această dată la dispoziția Statelor Membre este convenția¹⁰. Ambele prezintă inconveniențe în ceea ce privește sancțiunea nerespectării prevederilor acestora privind implementarea dispozițiilor pe care le prevăd. De asemenea procedura decizională prevede unanimitate pentru adoptarea acestor instrumente legislative, unanimitate care este greu de obținut.

Se observă astfel o limitare a acțiunii Uniunii Europene în acest domeniu prin instrumentele juridice aflate la îndemâna Comunităților. Acestea nu au un caracter de constrângere, neputându-se compara cu acțiunea Statelor Membre în domeniul dreptului penal. Astfel, instrumente ca regulamentul sau directiva nu pot fi utilizate pentru a impune Statelor Membre incriminarea unor fapte ca infracțiuni sau aplicarea de sancțiuni penale. Deși o hotărâre a Curții de Justiție a Comunităților Europene a recunoscut că, în anumite condiții, punerea în executare a unei directive poate impune aplicarea unei sancțiuni penale¹¹, această hotărâre a rămas izolată. În același sens, unii autori au calificat drept sancțiuni penale deghizate, sancțiunile administrative aplicate printr-un regulament¹², dar

⁹ Potrivit art. 34 din Tratatul instituind Uniunea Europeană, Consiliul, acționând în unanimitate la inițiativa unui Stat Membru ori a Comisiei, poate adopta decizii-cadru în scopul armonizării legislației Statelor Membre. Deciziile-cadru vor fi obligatorii pentru Statele membre în ceea ce privește rezultatele, dar vor lăsa la latitudinea autorităților naționale formele și metodele de implementare. Deciziile-cadru nu au aplicabilitate directă.

¹⁰ Consiliul, acționând în unanimitate la inițiativa unui Stat membru ori a Comisiei, poate propune Statelor membre spre adoptare convenții cu respectarea dispozițiilor constituționale ale acestora.

¹¹ Potrivit CJCE, 28 ianuarie 1999, C77/97, p. 36, citată de S. Manacorda, *Le droit penal et l'Union Européenne, esquisse d'un système*, RSC, ianuarie-martie 2000, p. 95 și urm., „Dispozițiile pe care Statele membre sunt obligate să le aplice pentru a evita orice publicitate care atribuie anumite caracteristici produselor cosmetice pe care acestea nu le au trebuie să prevadă că o asemenea formă de publicitate constituie o infracțiune sancționată cu o pedeapsă care trebuie să aibă un efect descurajator”.

¹² Regulamentul nr. 2988/95 din 18 decembrie 1995, JOCE 1995, L 312/1. în sensul naturii penale a unora dintre sancțiunile aplicate, a se vedea J. Pradel, G. Corstens, *op. cit.*, p. 494; C. Hennau-Hublet, *Les sanctions en droit communautaire: Reflexions d'un penaliste*, în *La justice penale et l'Europe, sous la direction de F. Tulkens et H.D. Bosly, Bruylant, Bruxelles, 1996*, p. 489; pentru o părere opusă, M. Delmas-Marty, *Union européenne et droit penal*, Cah. Droit européen, 1997, p. 640.

această opinie este departe de a fi îmbrățișată de doctrina ori de practica Curții de Justiție a Comunităților Europene¹³. Art. 280 TCE ar putea servi drept cadru legislativ pentru aplicarea de sancțiuni penale în domeniul comunitar, dar această interpretare rămâne discutabilă, în special datorită referirii exprese la dreptul penal din cadrul articolului¹⁴. Această referire limitează competența legiuitorului comunitar în domeniul dreptului penal, acesta având dreptul de incriminare în sfera protecției penale a intereselor financiare ale Comunităților, însă neputând interveni în domeniul aplicării dreptului penal național.

Să fie oare însă dreptul penal inserat în totalitate în al treilea pilon, cooperarea judiciară și polițienească în materie penală? Ori se pot adopta dispoziții de drept penal în cadrul și cu ajutorul instrumentelor din primul pilon? O decizie recentă a Curții de Justiție a Comunităților Europene vine să clarifice distribuția competențelor între primul și cel de-al treilea pilon în ceea ce privește domeniul dreptului penal¹⁵.

Totul a pornit de la cererea Comisiei Europene adresată Curții de Justiție a Comunităților Europene de a anula Decizia-cadru 2003/80/JAI din 27 ianuarie 2003 privind protecția mediului înconjurător prin mijloace de drept penal¹⁶, care prevedea obligația Statelor Membre de a incrimina și pedepsi faptele îndreptate împotriva mediului înconjurător descrise în decizie. Motivul acestei cereri de anulare l-a constituit baza legală care a servit la adoptarea respectivei decizii cadru, respectiv Tratatul de constituire a Uniunii Europene (TUE), Titlul VI (cooperarea judiciară și polițienească în materie penală). În acest caz Comisia susține că adoptarea dispozițiilor de drept penal din Decizia-cadru nu trebuia făcută în baza dispozițiilor celui de-al treilea pilon (Titlul VI TUE), ci în baza prevederilor primului pilon¹⁷, respectiv art. 175 din Tratatul de constituire a Comunităților Europene (TCE), care prevede adoptarea de măsuri la nivel comunitar pentru protejarea mediului înconjurător.

Curtea a decis anularea deciziei, dar nu pentru că aceasta cuprindea dispoziții de drept penal, ci pentru că baza legală a fost stabilită cu încălcarea art. 47 din Tratatul de constituire a Uniunii Europene în mod greșit în Titlul VI din TUE, în loc de art. 175 TCE¹⁸.

Curtea a stabilit că deși, ca regulă generală, nici dreptul penal nici dreptul procesual penal nu cad în sfera de competență a Comunităților, aceasta nu împiedică legislativul comunitar, atunci când aplicarea unor sancțiuni efective, proporționate și descurajatoare constituie o măsură esențială pentru combaterea unor fapte grave îndreptate împotriva mediului înconjurător, să adopte măsuri în domeniul dreptului penal al Statelor Membre, considerându-le necesare pentru aplicarea efectivă a regulilor comunitare stabilite în domeniul protecției mediului înconjurător.

¹³ CJCE aff. C 240/90 27 octombrie 1992, RFA c/ Commission, C-240/90, Rec. CJCE, p. 53.

¹⁴ Potrivit art. 280 alin. (4), „Consiliul, acționând în conformitate cu prevederile art. 251 și după consultarea Curții de Conturi, poate adopta măsurile necesare în domeniul prevenirii și combaterii fraudei care aduce atingere intereselor financiare ale Comunităților Europene în scopul de a putea asigura o protecție egală în Statele Membre. Aceste măsuri nu privesc aplicarea dreptului penal național ori administrarea justiției”.

¹⁵ CJCE aff. C 176/03 13 September 2005, Action for annulment of the Framework Decision 2003/80/JAI – Protection of the environment.

¹⁶ JOUE nr. L 29 din 5 martie 2003, p. 55.

¹⁷ Protecția mediului înconjurător constituie o politică comunitară, fiind atât de competența instituțiilor comunitare, cât și a Statelor Membre.

¹⁸ Art. 47 stabilește primordialitatea legislației comunitare (Tratatul de constituire a Comunităților Europene) în relația cu Titlul VI (cooperarea judiciară și polițienească în materie penală) din Tratatul de constituire a Uniunii Europene.

Deși această decizie a fost luată numai în ceea ce privește un anumit act normativ și o anumită politică comunitară (mediul înconjurător), totuși ea stabilește principii cu caracter de generalitate care nu se aplică numai politicii comunitare respective, aceleași argumente fiind valabile în totalitate și în ceea ce privește celelalte politici comunitare, precum și în domeniul celor patru libertăți (libera circulație a persoanelor, bunurilor, serviciilor și capitalurilor)¹⁹.

Decizia Curții stabilește faptul că dreptul penal nu constituie o politică comunitară, iar acțiunea Comunităților în acest domeniu se bazează pe competențe implicite asociate unei baze legale specifice. Astfel, măsuri adecvate pot fi adoptate pe baza legislației comunitare numai la nivel sectorial și numai cu condiția existenței unei nevoi clare de combatere a unor fapte grave care împiedică realizarea obiectivelor și implementării legislației comunitare. De asemenea, măsurile de drept penal luate trebuie să asigure aplicarea efectivă a politicilor comunitare ori funcționarea corespunzătoare a libertăților.

Curtea nu face distincție în ceea ce privește natura măsurilor de drept penal adoptate. Abordarea Curții este funcțională. Fundamentul care justifică adoptarea de măsuri de drept penal prin mijloace comunitare îl constituie necesitatea de a asigura respectarea regulilor și regulamentelor comunitare. Necesitatea adoptării de dispoziții penale se va stabili în fiecare caz în parte. Când într-un anumit sector se consideră că asemenea măsuri se justifică pentru a asigura aplicarea efectivă a legislației comunitare, aceste măsuri vor putea include principiul recurgerii la sancțiuni penale, stabilirea elementelor constitutive ale infracțiunilor, și, acolo unde este necesar, natura, sfera de cuprindere și gradul de precizie al sancțiunilor penale, precum și alte instituții ale dreptului penal. Cerințele specifice privind aplicarea politicii comunitare ori libertății respective realizează legătura cu baza legală din Tratatul de constituire a Comunităților Europene, furnizând astfel justificarea pentru adoptarea de măsuri cu caracter penal. De la caz la caz, în funcție de necesitate, se va stabili gradul de implicare al Comunităților în domeniul dreptului penal, dând în același timp prioritate aplicării în Statele Membre, pe măsura posibilităților, a măsurilor orizontale nepenale. Totuși, acolo unde necesitatea implementării legislației comunitare o cere, libertatea Statelor Membre de a alege sancțiunile aplicabile poate fi îngădită, putându-se aplica numai sancțiuni penale.

Deși prin legislația comunitară se poate impune adoptarea de măsuri cu caracter penal pentru atingerea scopurilor propuse, acest lucru poate fi realizat numai cu îndeplinirea a două condiții: necesitate și consistență. Astfel, orice utilizare a unor dispoziții penale trebuie justificată de *nevoia* de a implementa efectiv o politică comunitară. De principiu, răspunderea pentru aplicarea și implementarea legislației comunitare aparține Statelor Membre.

În anumite cazuri, totuși, este necesară direcționarea acțiunii Statelor Membre, explicitându-se tipul de comportament incriminat și/sau tipul de sancțiuni aplicabile ori alte măsuri de drept penal adecvate sectorului vizat. În orice caz, aceste măsuri trebuie să respecte principiile subsidiarității și proporționalității în orice stadiu al procedurii.

Dispozițiile penale adoptate la nivel sectorial pe baza legislației comunitare trebuie să respecte sistematizarea de ansamblu și consistență dreptului penal în general și a legislației Uniunii Europene, indiferent dacă aceste dispoziții sunt adoptate pe baza primului ori celui

¹⁹ O. Florea, *Vulnerabilități ale României în gestionarea fondurilor financiare comunitare*, (teză de doctorat) susținută la Academia de Poliție „A.I. Cuza”, București, 2010 (nepublicată).

de-al treilea pilon, pentru a se asigura integrarea și asimilarea acestora. Aceste dispoziții nu trebuie să fie fragmentate sau contrare altor prevederi adoptate anterior. Dacă într-un anumit domeniu sunt adoptate dispoziții specifice pentru implementarea obiectivelor stabilite prin TCE, relația între aceste dispoziții și cele adoptate la nivel orizontal (la nivelul cooperării judiciare) trebuie clarificată. De asemenea consistență mai presupune verificarea dacă dispozițiile adoptate nu instituie obligații contradictorii persoanelor cărora li se adresează.

Interpretarea dată deciziei Curții de către Comisie a dus la distribuirea competențelor între primul și cel de-al treilea pilon în domeniul dreptului penal după cum urmează:

- dispozițiile de drept penal necesare pentru implementarea efectivă a legislației comunitare intră în sfera de competență a Comunităților pe baza Tratatului de constituire a Comunităților Europene. Aceasta duce la încetarea folosirii mecanismului dublu (directivă sau regulament și decizie-cadru), care a fost deseori utilizat înainte de apariția Deciziei Curții²⁰. Astfel, în această situație, ori este necesară adoptarea unei dispoziții penale pentru aplicarea efectivă a legislației comunitare, și va fi adoptată numai în baza primului pilon, ori nu este nevoie de recurgerea la dreptul penal la nivelul Uniunii, și în acest caz legislația specifică penală nu este introdusă.

- dispozițiile orizontale de drept penal destinate să încurajeze cooperarea judiciară și polițienească în sens larg, incluzând măsuri privind recunoașterea reciprocă a hotărârilor judecătorești, măsuri bazate pe principiul disponibilității, precum și măsuri privind armonizarea dispozițiilor penale în legătură cu crearea spațiului de libertate, securitate și justiție, care nu sunt legate de implementarea politicilor comunitare ori libertăților fundamentale intră în sfera de competență a celui de-al treilea pilon, putând fi adoptate în baza Titlului VI din TUE. Intră de asemenea în sfera de competență comună (a Comunităților și a Statelor Membre) armonizarea dispozițiilor penale în anumite domenii expres prevăzute în Titlul VI (cum ar fi terorismul, traficul de droguri, fraudă internațională etc.).

Prin Constituția Europeană sfera de cuprindere a dispozițiilor de drept penal incidente potrivit dispozițiilor comunitare tinde să se extindă în cadrul celui de-al treilea pilon, cooperarea judiciară și polițienească în materie penală. Este adevărat că în momentul de față Constituția Europeană a determinat o criză în cadrul Uniunii, punându-se sub semnul întrebării posibilitatea adoptării acesteia. Necesitatea elaborării unui cadru legislativ coerent

²⁰ Dispozițiile de drept penal făcând, în opinia instituțiilor comunitare, obiectul Titlului VI din TUE până la apariția acestei decizii, instrumentul comunitar folosit pentru implementarea unor astfel de dispoziții nu poate fi decât cel acolo prevăzut, respectiv decizia-cadru. Astfel, dacă instituțiile comunitare doreau să reglementeze un anumit domeniu de activitate aferent unei politici comunitare, trebuia să adopte două instrumente legislative. Pe de o parte trebuia să adopte un regulament sau o directivă pe baza primului pilon (TCE), care reglementează politica comunitară respectivă, stabilind regulile generale și obligațiile părților. Pe de altă parte trebuia să adopte o decizie-cadru, pe baza celui de-al treilea pilon (Titlul VI TUE), care să stabilească care fapte trebuie incriminate ca infracțiuni și sancțiunile specifice. Cu titlu de exemplu, au fost astfel adoptate Directiva Consiliului nr. 91/308/EEC din 10 iunie 1991 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor, JOCE nr. L 166 din 28 iunie 1991, p. 77 și Decizia-cadru nr. 2001/500/JAI din 26 iunie 2001 privind spălarea banilor, identificarea, sechestrarea și confiscarea instrumentelor sau produsului infracțiunii, JOCE nr. L 182 din 5 iulie 2001, p. 1; Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2005/35/EC din 7 septembrie 2005 privind poluarea din surse navale și introducerea de penalități pentru aceasta, Decizia-cadru nr. 2005/667/JAI din 12 iulie 2005 privind întărirea cadrului legal penal împotriva poluării prin surse navale, ambele publicate în JOCE nr. L 255 din 30 septembrie 2005, p. 11, respectiv 64.

capabil să ofere soluții problemelor pe care le poate ridica integrarea a 27 de state într-un deziderat european comun va duce inevitabil la adoptarea acesteia, chiar dacă în mod sigur ea va fi amendată. Astfel se extind dispozițiile anterioare ale articolului 31 din Tratatul instituind Uniunea Europeană, introducându-se unele elemente noi, de natură să aprofundeze integrarea la nivelul Uniunii Europene în acest domeniu. Ca elemente de noutate, sunt reținute stabilirea principiului recunoașterii reciproce a deciziilor judiciare și extrajudiciare în materie penală (articolul III-270). De asemenea se prevede extinderea regulilor comune minime, care vor fi stabilite prin acte comunitare (legi și legi cadru), la următoarele domenii: admisibilitatea reciprocă a probelor, drepturile persoanei în procedura penală, drepturile victimelor infracțiunilor. Acestor reguli comune pot fi extinse însă asupra oricărui alt aspect al procedurii penale identificat ulterior adoptării Constituției de Consiliu, printr-o decizie adoptată în unanimitate, cu consultarea Parlamentului European²¹.

O prevedere cu caracter extensiv față de dispozițiile art. 31 TUE o constituie stabilirea, prin legi-cadru europene, a unor infracțiuni și pedepse comune: infracțiuni grave, cu implicații transfrontaliere, a căror combatere necesită acțiuni de cooperare, în domeniile terorismului, traficului de ființe umane, exploatarea sexuală a femeilor și copiilor, traficului de droguri și arme, spălării banilor, corupției, falsificării de monede, criminalității informatice, crimei organizate.

Lista domeniilor poate fi extinsă prin decizie, adoptată de Consiliu cu unanimitate, cu avizul conform al Parlamentului European. Totodată, legi-cadru europene pot determina reguli minime pentru armonizarea unor dispoziții penale, în domeniile unde acțiunea Uniunii face ca această armonizare să fie necesară.

Sfera de incidență a dreptului penal s-a extins considerabil ca urmare a deciziei Curții de Justiție a Comunităților Europene prin care s-a admis posibilitatea adoptării de dispoziții cu caracter penal pe baza instrumentelor primului pilon. Astfel, Uniunea Europeană beneficiază în acest moment de o competență extinsă în domeniul dreptului penal pentru protejarea politicilor comunitare precum și a libertăților fundamentale prevăzute în Tratatul de constituire a Comunităților Europene.

Decizia Curții de Justiție Europene a fost însușită de Comisia Europeană²². Rămâne însă de văzut dacă această decizie va fi interpretată în același sens și de către organele legislative comunitare, respectiv Consiliul și Parlamentul European. Ar fi un moment de cotitură în reglementările comunitare, recunoscându-se posibilitatea adoptării de acte normative conținând dispoziții penale cu ajutorul instrumentelor din primul pilon. Astfel, cel puțin la nivel teoretic, pot fi adoptate dispoziții de drept penal prin intermediul regulamentului. Regulamentul este principala sursă de drept derivat, având o sferă generală de cuprindere și caracter obligatoriu pentru Statele Membre în toate elementele sale. Regulamentul este direct aplicabil în ordinea internă a Statelor Membre, conține norme generale și impersonale, produce automat efecte în ordinea juridică internă, fără a fi necesară intervenția statelor, se adresează direct cetățenilor Statelor Membre²³. Principalul

²¹ A se vedea în acest sens C. Voicu, M. Pantea, D. Bucur ș.a., *Securitatea financiară a Uniunii Europene în viziunea Tratatului de la Lisabona*, vol. II, Ed. Pro Universitaria, București, 2010.

²² A se vedea în acest sens Comunicarea Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind implicațiile Deciziei Curții de Justiție a Comunităților Europene din 13 septembrie 2005 (Cazul C-176/03 *Commission v Council*), COM (2005) 583, Brussels, 23 noiembrie 2005.

²³ J. Pradel, G. Corstens, *op. cit.*, p. 20.

efect al unui regulament conținând dispoziții penale ar constitui impunerea de sancțiuni indirecte cu aplicabilitate directă în Statele Membre ale Uniunii Europene.

Sancțiunile impuse de organele comunitare în domeniul dreptului penal se pot clasifica în²⁴: sancțiuni directe, ceea ce presupune impunerea unei sancțiuni comunitare și aplicarea acesteia de către organele comunitare, și sancțiuni indirecte, adică sancțiuni impuse de organele comunitare, dar aplicate de organele naționale după procedura națională. Prima ipoteză corespunde creării unui drept penal comunitar. Ceea de-a doua ține de armonizarea dreptului penal cu prevederile dreptului comunitar.

Spre deosebire de sancțiunile penale indirecte, unde, în anumite domenii, organele comunitare pot impune armonizarea legislațiilor naționale, în ceea ce privește edictarea și aplicarea de sancțiuni penale directe domeniul de competență al Comunităților este practic inexistent în reglementarea actuală. Într-adevăr, dacă se poate imagina adoptarea de către legislativul comunitar de măsuri cu caracter penal care să aibă aplicabilitate directă în Statele Membre, nu există un organism comunitar competent să ducă la îndeplinire efectiv aceste măsuri și să aplice sancțiunile impuse de acestea²⁵. Aceasta ar semnifica existența unei poliții comunitare cu competență pe întreg teritoriul Statelor Membre și existența unei instanțe comunitare competente să judece faptele cu caracter penal săvârșite în oricare din Statele Membre. Ori, până în acest moment, singurul pas care s-a făcut în această direcție este prevederea în Constituția Europeană, preluată de Tratatul de la Lisabona, a înființării unui procuror european cu competență pe întreg teritoriul comunitar. Faptele cu caracter penal vor fi însă judecate de către instanțe naționale ale Statelor Membre, iar recursul în fața Curții de Justiție a Comunităților Europene ar putea privi numai chestiuni de procedură, iar nu chestiuni de fond. Deci crearea unui drept penal comunitar care să semnifice impunerea unei sancțiuni comunitare și aplicarea acesteia de către organele comunitare nu se poate realiza în viitorul apropiat. Crearea unui set general de reguli la nivel comunitar în domeniul dreptului penal, reguli aplicabile de către instanțele naționale ale Statelor Membre ar putea fi însă realizabilă.

În ceea ce privește sancțiunile indirecte se poate face distincție între sancțiunile cu aplicabilitate directă în dreptul intern (adoptate printr-un regulament, potrivit actualei legislații comunitare, ori printr-o lege europeană) și cele care necesită o acțiune ulterioară a Statelor Membre de implementare a dispozițiilor actului comunitar care conține prevederi cu caracter penal (cum este cazul directivei ori deciziei-cadru). De preferat este adoptarea unui act normativ cu aplicabilitate directă, acesta ducând la uniformizarea aplicării pe întreg teritoriul comunitar. Actele normative ce necesită o intervenție ulterioară a Statelor Membre pentru implementarea acestora au dezavantajul de a lăsa la latitudinea acestora, chiar și într-o măsură limitată, alegerea modalității și a formei de realizare a rezultatului. Astfel, dacă există această posibilitate, unele State Membre pot alege aplicarea de sancțiuni administrative în locul unor sancțiuni penale, ori stabilirea diferențiată a elementelor constitutive ale faptelor caracterizate ca infracțiuni, în raport cu actul comunitar. Se poate ajunge astfel la aplicarea diferită a acestui act pe teritoriul Statelor Membre, ceea ce, din

²⁴ Clasificare împrumutată din J. Stuyk, C. Denys, *Des sanctions communautaires*, în *La Justice et l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 1996. p. 423, citat de V. Robert, *op. cit.*, p. 2.

²⁵ A se vedea în acest sens C. Voicu, *Strategia de securitate internă a Uniunii Europene*, Ed. Sitech, Craiova, 2010.

punct de vedere al infracțiunilor cu caracter transfrontalier, poate duce la sancționarea diferită a făptuitorilor în funcție de locul săvârșirii infracțiunii ori de locul judecării faptei.

În situația adoptării unor acte normative comunitare, acestea trebuie să aibă aplicabilitate directă în Statele Membre, mai ales că instituțiile comunitare pot interveni în domeniul dreptului penal numai dacă și în măsura în care acțiunea propusă nu poate fi îndeplinită satisfăcător de către Statele Membre și poate fi mai bine îndeplinită, în consecință, în raport cu întinderea și efectele acesteia, la nivelul Comunității. Momentan nu există decât o decizie a Curții de Justiție a Comunităților Europene care stabilește că pot fi adoptate acte normative de către instituțiile comunitare în domeniul dreptului penal cu ajutorul instrumentelor din primul pilon (incluzând aici și regulamentul).

Competența organelor comunitare în ceea ce privește *aplicabilitatea directă a dispozițiilor cu caracter penal* pare să se regăsească în Tratatul de la Lisabona. Prevederile acesteia vin să extindă competența organelor comunitare, atât prin lărgirea sferei infracțiunilor pentru reglementarea cărora ar putea interveni, cât și în privința luării deciziei și punerii în aplicare a dispozițiilor acesteia.

Astfel, sunt importante prevederile art. 280 din Capitolul 6, *Combaterea fraudei*²⁶, care preiau dispozițiile art. 280 TCE (care reglementează principiul asimilării intereselor financiare comunitare cu interesele naționale), cu două diferențe semnificative: nu se mai face nicio referire la limitarea legiferării în domeniul aplicării dreptului penal național ori administrării justiției, iar instrumentul legislativ pus la dispoziție îl constituie legea sau legea-cadru europeană. Aceasta înseamnă că *instituțiile legislative comunitare dobândesc competența de legiferare în materia dreptului penal, competență care, cel puțin teoretic, este similară celei aparținând Statelor Membre* (dar numai într-un domeniu restrâns, respectiv cel al protecției intereselor financiare ale Uniunii Europene). Foarte importantă este însă prevederea care dă posibilitatea elaborării unei legi europene în materie. Aceasta înseamnă că *în Constituție era prevăzută posibilitatea instituirii unui izvor cu aplicabilitate directă în materia dreptului penal, situație preluată de Tratatul de la Lisabona*. Legea europeană este guvernată de principiile primordialității dreptului comunitar în fața dreptului național și al aplicării directe, având ca efect obligativitatea acesteia pe teritoriul Statelor Membre.

Deși o unificare a dispozițiilor penale în spațiul judiciar european ar fi benefică din punctul de vedere al prevenirii și sancționării infracțiunilor cu caracter transnațional și al egalității de tratament în ceea ce privește infractorii și victimele infracțiunilor, semne de întrebare se ridică în privința *legitimității* adoptării de către organele comunitare a unor astfel de dispoziții.

²⁶ Potrivit art. 280 TRUE, Uniunea și Statele Membre combat fraudă și orice altă activitate ilegală care aduce atingere intereselor financiare ale Uniunii prin măsuri adoptate conform prezentului articol. Aceste măsuri sunt de descurajare și oferă o protecție efectivă în Statele Membre. Statele Membre adoptă aceleași dispoziții pentru combaterea fraudei care aduce atingere intereselor financiare ale Uniunii ca și acelea pe care le adoptă pentru combaterea fraudei care aduce atingere propriilor interese financiare. Fără să aducă atingere altor dispoziții, statele membre își coordonează acțiunea pentru protejarea intereselor financiare ale Uniunii contra fraudei. În acest scop, statele membre organizează împreună cu Comisia, o colaborare strânsă și periodică între autoritățile competente. Legea sau legea-cadru europeană stabilește măsurile necesare în domeniul prevenirii fraudei care aduce atingere intereselor financiare ale Uniunii și al combaterii fraudei, pentru a oferi o protecție efectivă și echivalentă în statele membre. Aceasta se adoptă după consultarea Curții de Conturi

Această chestiune a legitimității competenței Comunităților în domeniul dreptului penal a fost în principal fondată pe două argumente. Primul, de ordin politic, se baza pe ideea că dreptul penal implică dreptul de a pedepsi, care este unul din atribuțiile fundamentale ale suveranității statelor. Al doilea rezultă din funcționarea structurilor comunitare care nu puteau satisface exigențele democratice în materie, neposedând organele necesare, cum ar fi un organ legislativ ales democratic, o poliție europeană, ori o instanță competentă în materie penală²⁷.

Dreptul de a pedepsi constituie într-adevăr un atribut fundamental al suveranității statelor. Însă, având în vedere criza din ultimul timp a sistemelor penale naționale, numeroase state au fost nevoite să adopte noi coduri penale pentru a face față necesităților actuale generate de orientarea tot mai accentuată spre integrarea europeană. De asemenea, în anumite domenii, s-a constatat intensificarea activității infracționale cu caracter transnațional, impunând cu necesitate coordonarea eforturilor pentru identificarea rețelelor de infractori și tragerea la răspundere a acestora. Se impune deci cu necesitate rezolvarea acestor aspecte la nivel comunitar, chiar și prin mijloace de drept penal.

În privința garanțiilor oferite de organele comunitare, situația actuală este de natură să creeze îngrijorare. Fundamentul care legitimează adoptarea de măsuri cu caracter penal la nivelul Statelor Membre îl constituie Constituția națională²⁸, care stabilește drepturile și libertățile fundamentale și principiile democratice pentru ocrotirea acestora.

La nivelul Comunităților, este greu de găsit acest fundament. Comunitățile Europene (și implicit instituțiile care le reprezintă) nu sunt semnatare ale Convenției Europene a Drepturilor Omului. Lipsa unei baze legale în care să se ancoreze principiile fundamentale care guvernează dreptul penal este amplificată de posibilitatea crescută a puterii politice de a impune sancțiuni penale prin instrumente juridice de drept comunitar. Într-adevăr, principalul organ legislativ comunitar este Consiliul, format, în esență, din reprezentanți ai executivului în Statele Membre ale Comunităților. Rolul crescând al Parlamentului European (singurul organ ai cărui membri sunt aleși democratic și direct în Statele Membre) în procesul legislativ nu este de natură a înlătura acest neajuns.

Identificarea acestor deficiențe în ceea ce privește fundamentul adoptării de dispoziții cu caracter penal la nivel comunitar nu trebuie să ducă la ideea respingerii unui sistem penal european, ci doar să tragă un semnal de alarmă pentru stabilirea judicioasă a bazei legale care să confere legitimitate dispozițiilor adoptate la nivel comunitar.

Deși un viitor Cod penal european reprezintă un deziderat în momentul actual, reglementările în materie penală se îndreaptă cu pași siguri spre o armonizare din ce în ce mai accentuată a legislațiilor Statelor Membre ale Uniunii Europene. Organele comunitare au dobândit deja competența de legiferare în acest domeniu. Sfera de reglementare, limitată la început, s-a extins foarte mult în ultimul timp. Realitățile sociale determinate de crearea unui spațiu european vor duce, inevitabil, la crearea unor principii directe, și, de ce nu, la elaborarea unor dispoziții de unificare a legislațiilor penale în anumite domenii sensibile pentru Uniunea Europeană, cum ar fi protecția intereselor financiare ale acesteia. De aici și până la instituirea unui viitor cod penal comunitar nu mai este decât un pas. Va fi acest pas realizabil? Totul depinde, în momentul de față, de transpunerea în practică a Tratatului de la Lisabona.

²⁷ U. Sieber, *Union europeenne et droit penal europeen*, RSC, aprilie-iunie 1993, p. 258.

²⁸ A se vedea în acest sens Peter Alexis Albrecht, Stefan Brown, *Deficiencies in the Development of European Criminal Law*, în *European Law Journal*, vol.V, nr. 3, septembrie 1999, p. 293 și urm.

BIBLIOGRAFIE

1. Albrecht P.A., Brown S., *Deficiencies in the Development of European Criminal Law*, în *European Law Journal*, vol. V, nr. 3, septembrie 1999
2. Comunicarea Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind implicațiile deciziei Curții de Justiție a Comunităților Europene din 13 septembrie 2005 (Cazul C-176/03 *Commission v. Council*), COM (2005) 583, Brussels, 23 noiembrie 2005
3. Decizia-cadru nr. 2001/500/JAI din 26 iunie 2001 privind spălarea banilor, identificarea, sechestrarea și confiscarea instrumentelor sau produsului infracțiunii, JOCE nr. L 182 din 5 iulie 2001
4. Decizia-cadru nr. 2005/667/JAI din 12 iulie 2005 privind întărirea cadrului legal penal împotriva poluării prin surse navale, ambele publicate în JOCE nr. L 255 din 30 septembrie 2005
5. Delmas-Marty M., *Union europeenne et droit penal*, Cah. Droit europeen, 1997
6. Directiva Consiliului nr. 91/308/EEC din 10 iunie 1991 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor, JOCE nr. L 166 din 28 iunie 1991.
7. Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2005/35/EC din 7 septembrie 2005 privind poluarea din surse navale și introducerea de penalități pentru aceasta
8. Florea O., teză de doctorat *Vulnerabilități ale României în gestionarea fondurilor financiare comunitare*, susținută la Academia de Poliție „A.I. Cuza”, București, 2010 (nepublicată)
9. Hennau-Hublet C., *Les sanctions en droit communautaire: Reflexions d'un penaliste*, în *La justice penale et l'Europe*, sous la direction de F. Tulkens et H.D. Bosly, Bruylant, Bruxelles, 1996
10. Labayle H., *L'application du titre VI du Traite sur L'Union europeenne*, RSC, ianuarie-martie 1995
11. Pradel J., Corstens G., *Droit penal europeen*, Ed. Dalloz, Paris, 1999
12. Regulamentul nr. 2988/95 din 18 decembrie 1995, JOCE 1995, L 312/1
13. Robert V., La sanction penale au seiti de *L'espace de liberte, de securite et de justice*, Agon nr. 33, octombrie-decembrie 2001
14. Sieber U., *Union europeenne et droit penal europeen*, RSC, aprilie-iunie 1993
15. Stuyk J., Denys C., *Des sanctions communautaires*, in *La Justice et l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 1996
16. Tratatul Euratom
17. Voicu C., Pantea M., Bucur D. ș.a., *Securitatea financiară a Uniunii Europene în viziunea Tratatului de la Lisabona*, vol. II, Ed. Pro Universitaria, București, 2010
18. Voicu C., *Strategia de securitate internă a Uniunii Europene*, Ed. Sitech, Craiova, 2010

„ECONOMIA SUBTERANĂ” ÎN CONTEXTUL CRIZEI GLOBALE

Lect. univ. dr. MARIUS PANTEA

Academia de Poliție „A.I. Cuza”, Facultatea de Poliție

Dr. DAN BUCUR

Inspectoratul General al Poliției, Direcția de Investigare a Fraudelor

Abstract: At international level, the approach in a more profound and professional way of the underground economy has been done for about two decades. Unexplored as it is this area, so it is important to analyze it for the economic real life. The same novelty character of studying illicit economy explains that there is no agreement among experts regarding the name of this phenomenon. In this paper we are trying to bring to the attention of professionals those terms which define the same reality, underlying, only some aspects of the illicit economy and not whole.

Rezumat: La nivel mondial, abordarea într-o manieră tot mai profundă și profesionistă a acestui domeniu se face de aproximativ două decenii. Pe cât este de neexplorat acest domeniu, pe atât este de importantă analiza lui pentru viața economică reală. Același caracter de noutate al studierii economiei ilicite explică și faptul că nu există un acord între specialiști în ceea ce privește denumirea acestui fenomen (se vehiculează peste 20 de termeni). Desigur, nu toți acești termeni definesc aceeași realitate, surprinzând, aproape fiecare, doar unele aspecte ale economiei ilicite și nu totalitatea lor.

Cert este însă că avem de-a face cu o „altă” economie decât cea obișnuită, cunoscută și care desemnează activitățile ce scapă normelor legale și statistice. În acest noian de denumiri, trebuie amintit efortul lui F. Roubard și M. Seruzizier¹ de a trece în revistă cei mai mulți dintre acești termeni, în funcție de trei caracteristici ale conotațiilor lor². Aceste caracteristici se referă la: neutralitatea termenului, practicile deliberat oculte și judecata pozitivă, iar termeni utilizați pentru desemnarea „altei” economii decât cea oficială sunt: Economie neoficială, Economie neînregistrată, Economie nestructurată, Economie neobservată, Economie nedeclarată, Economie ascunsă, Economie disimulată, Economie submarină, Economie clandestină, Economie ilicită, Economie paralelă, Economie secundară, Economie alternativă, Economie duală, Economie autonomă, Economie ocultă, Economie gri, Economie neagră, Economie marginală, Economie neregulată, Economie invizibilă, Economie periferică, Economie ilegală, Economie informală, Contra economie sau Economie umbră.

¹ F. Roubard, M. Seruzier *Economia neînregistrată de statistică și sectorul informal în țările în dezvoltare*, în Stateco, Revus d'etudes statistiques nr. 68/1991

² A se vedea în acest sens D. Bucur, *Criminalitatea transfrontalieră și economia globalizată*, Ed. Pro Universitaria, București, 2011, pp. 46-59.

Prima familie de termeni adoptă punctul de vedere considerat neutru, la care nu se face nicio judecată de valoare asupra activității în sine și nu se specifică motivația agenților angajați în acest tip de activități. Cea de-a doua familie de termeni desemnează un ansamblu de practici deliberat oculte ale celor care sunt implicați în ele, practici la limita legalității, iar adjectivele folosite au predilect o nuanță negativă. A treia familie de termeni are în vedere comportamentul agenților și definește un spațiu economic alternativ care înglobează și alte aspecte: organizare socială, rețea de solidaritate, originalități culturale. Acest spațiu economic alternativ se manifestă, în general, în alte țări decât cele dezvoltate, combinând formele tradiționale de organizare cu bazele unei „alte dezvoltări”. Acesta este criteriul numit de autori ai „judecății pozitive”.

Termenul include, în sens larg, atât activități ilegale³, cât și activități legale⁴ care, deși cunoscute, nu sunt luate în considerare de către contabilitatea națională și sunt nedecarate pentru plata obligațiilor fiscale.

Partea ascunsă a economiei ilicite cuprinde un grup de activități, așa-numite criminale, și care se referă la activități penale de tipul: producția și distribuția de bunuri (droguri, pornografie, produse contrafăcute etc.), producția și distribuția de servicii (jocuri de noroc ilegale, proxenetism, prostituție), transferuri (falsificarea banilor, furturi, încasare de despăgubiri necuvenite de la instituții de asigurări) și crimele împotriva ființei umane.

Alături de acestea, în economia ilicită se include și economia neagră, care are o definiție standardizată în opinia lui D. Pyle⁵ și se referă la „*acele activități perfect legitime care se concretizează în tranzacții (în natură sau contra plată) între indivizi și care sunt apoi ascunse autorităților, în special celor fiscale*”. Chiar astfel standardizată, definiția economiei negre presupune la diferiți autori diferite accepțiuni și conținuturi atunci când aceștia încearcă estimarea dimensiunilor ei și ale întregii economii ilicite.

Activitățile casnice, observate a fi în creștere odată cu diminuarea timpului de muncă și sporirea timpului liber, cuprind, în esență, activități de preparare a hranei, îngrijirea copiilor, întreținerea locuinței, grădinarit etc. Activitățile benevole presupun efectuarea de fapte pentru asociații și/sau persoane individuale, fiind mult mai răspândite în țările cele mai dezvoltate decât în altele, deoarece cei mai bogați sunt dispuși să transfere o parte din bogăția lor către cei mai săraci. Chiar și în urma acestor clarificări de bază, se remarcă totuși că, dat fiind conținutul foarte bogat al fiecărei activități componente a economiei ilicite, este greu uneori să se facă delimitări foarte exacte privind încadrarea într-o categorie sau alta.

O ultimă observație privind delimitările conceptuale se referă la preferința unor autori de a defini aproximativ aceeași realitate economică cu termenul de economie ilicită pentru țările dezvoltate și cu cel de economie informală pentru țările în curs de dezvoltare⁶. Deși conținutul economic al celor două noțiuni este aproximativ același, diferența pare să fie mai mult de conținut filosofic – în sensul că ultima cuprinde un ansamblu de activități având

³ Activitățile așa-zis ilegale sunt: contrabanda, jocurile de noroc ilegale, munca „la negru” sau concomitent cu încasarea ajutorului social de șomaj, traficul ilicit de droguri, arme și alcool, trocul, conturile de cheltuieli cu contabilitate dublă, prostituția etc.

⁴ Activitățile ilicite „legale”, al căror venit nu este declarat la stat, includ printre altele: profitul pe investițiile de capital, registrele duble de contabilizare a chiriilor, gratuitățile, însușirea unei părți din încasările de casă, activitățile casnice etc.

⁵ D. Pyle *Tax Evasion and the Black Economy*, The MacMillan Press LTD, London, 1989.

⁶ A se vedea în acest sens D. Bucur, *op.cit.*, pp. 46-59.

obiectivul de a asigura supraviețuirea celor care le practică (acțiune de altfel paralelă economiei oficiale) – și nu atât tentația firească și permanentă a agenților economici de a încerca să scape de control și constrângere pentru a-și mări cât mai mult veniturile.

Conceptul de economie subterană a marcat discursul unor importante categorii de specialiști din domeniul social, juridic și presă, înainte de a fi analizat din punct de vedere economic. Termenul în sine este o traducere foarte sugestivă și a căpătat supremație asupra altor expresii apropiate, elementul comun în toate fiind delimitarea economicului între activitatea legală și cea ilegală, în final între bine și rău în economie. Abordările sunt foarte variate, termenul fiind mult mediatizat și folosit în funcție de anumite interese imediate, mai înainte de a căpăta o anumită consistență științifică, conducând în aceste condiții la dificultatea stabilirii unei definiții stricte⁷.

Pornind de la scopul evident economic al activității ilicite, respectiv de maximizare a veniturilor indiferent de metodele și mijloacele ce urmează a fi folosite pentru aceasta, și de la activitățile eterogene atrase în sfera sa de cuprindere, considerăm că poate fi acceptată ca definiție a economiei ilicite: ansamblul activităților economice desfășurate organizat, cu încălcarea normelor sociale și ale legilor economice, având drept scop obținerea unor venituri ce nu pot fi controlate de stat.

Pornind de la această definiție, se constată că apariția economiei ilicite coincide cu apariția statului și impunerea unor reguli, norme și legi, iar dezvoltarea fenomenului este corelată cu etapele istorice ale dezvoltării statului.

Factorii care influențează activitățile economice ilicite

Înainte de a evidenția cele mai semnificative cauze ale apariției și dezvoltării economiei ilicite, trebuie specificate câteva precondiții ale existenței acesteia. Dorința oamenilor de a-și spori venitul real a fost și va rămâne cu siguranță elementul determinant al existenței permanente, în proporții mai mari sau mai mici, a economiei ilicite. Pentru a-și mări veniturile, se angajează atât în activități legale (dar adesea nedeclarate), cât și ilegale. Este clar deci că nivelul activităților din cadrul economiei ilicite depinde, ca și în cazul economiei oficiale, de cererea pentru produsul final pe care îl oferă. Cererea este dată în ambele cazuri de venitul disponibil, de distribuția venitului și de diferențele de preț între bunuri și servicii identice oferite de ambele tipuri de economie⁸.

O altă precondiție a existenței economiei ilicite este fezabilitatea activităților din cadrul ei, care limitează opțiunea agenților pentru acest domeniu. Această fezabilitate depinde de constrângerile instituționale, dintre care cea mai importantă este dimensiunea firmei. Firmele mici și cele care oferă servicii personale pot ascunde, cu mai multă ușurință decât firmele mari, o parte (mai mare) a produsului lor. Procedurile administrative sau practicile de verificare ale autorităților fiscale sau de control reprezintă alte constrângeri. Fezabilitatea activităților desfășurate în afara legii (moonlighting) depinde de simplitatea și productivitatea relativă a acestora în economia neoficială. Nu pot fi obținute produse și nu se pot efectua servicii care cer tehnologii sau echipamente complexe și care, în consecință, sunt foarte scumpe, pentru simplul fapt că procurarea acestora este greu de ascuns.

⁷ A se vedea M. Pantea, *Investigarea Criminalității Economico-Financiare* vol. I, Ed. Pro Universitaria, București, 2010.

⁸ A se vedea C. Voicu, *Globalizarea și criminalitatea financiar-bancară*, Ed. Universul Juridic, București, 2005.

Investițiile în capitalul fix sunt de aceea reduse, limitându-se la cele pentru mijloace circulante. Productivitatea activităților neoficiale trebuie să fie apropiată de cea din sectorul oficial care oferă același output. Mai mult decât atât, superioritatea ei în primul caz este una dintre condițiile de a obține un produs care va fi preferat de viitorul consumator. Acesta alege între produsul economiei oficiale și al „celeilalte” și datorită diferenței între impozitele, taxele, costurile pe care fiecare le plătește.

Dacă precondiția existenței economiei ilicite este dorința oamenilor de a-și spori veniturile reale, atunci cea mai importantă cale de a o împlini este dată de tentația de a păstra în totalitate veniturile rezultate din diverse activități, ascunzându-le organelor de taxare și control, fapt numit generic evaziune.

Factorii esențiali care au permis dezvoltarea exacerbată a economiei ilicite pot fi în principal următorii⁹:

- incertitudinile legislative care au însoțit schimbările economice;
- divizarea economică necontrolată, apariția unor mici întreprinderi cu activitate temporară, speculativă;
- descentralizarea, divizarea puterii prin distribuirea responsabilităților, crescând astfel numărul indivizilor coruptibili;
- atitudinea tolerantă atât a autorităților, cât și a populației față de încălcarea reglementărilor, o oarecare reticentă față de disciplină;
- joncțiunea imediată realizată de reprezentanții pieței paralele existente în perioada socialistă cu cercuri cu preocupări similare din statele vecine și, pe această cale, conectarea la structurile internaționale ale economiei ilicite;
- existența în circulație în afara sistemului bancar a unei mase monetare foarte mari;
- nivelul ridicat al ratei dobânzilor practicate de bănci pentru creditele acordate clienților nebankari, inclusiv guvernamentali;
- volumul redus al tranzacțiilor pe piața de capital fapt ce a generat tranzacționarea acțiunilor prin eludarea legii și apariția transferurilor de proprietate prin metode frauduloase;
- birocratismul exagerat chiar și în situația când acesta nu este reclamat de o normă bancară în acordarea de credite agenților economici, susținerea financiară a acestora, realizându-se prin alte mijloace decât cele legale, ceea ce conduce în final la dificultăți majore în activitatea economico-financiară;
- situațiile de criză economică în care amploarea activităților (oficiale) scade adesea, dar nu scade nevoia și capacitatea oamenilor de a consuma bunuri și servicii. În aceste condiții, tot mai mulți agenți sunt angrenați în activități ilicite care ajută la diminuarea penuriei de produse;

Criza presupune, în esență, o cerere mai mare decât oferta, iar consumatorii – persoane individuale sau firme – care dispun de o putere de cumpărare (monetară și nemonetară) mai mare decât cea posibil de absorbit prin economia oficială, o vor folosi pentru a-și procura cele necesare, în cantitățile și calitățile corespunzătoare, de pe „piața neagră”.

- șomajul, ale cărui dimensiuni influențează, în principal, amploarea fenomenului de muncă la negru. Munca șomerilor este folosită atât de către agenții economici oficiali, care nu plătesc pentru aceștia obligațiile către bugetul de stat și al asigurărilor sociale, cât și de către agenții informalți care-și desfășoară întreaga activitate în economia ilicită;

⁹ A se vedea în acest sens D. Bucur, *op. cit.*, pp. 46-59.

- gradul de fiscalitate și de reglementare din economie, ca elementul cel mai ușor vizibil ce conduce direct la tentația de a acționa într-un alt cadru decât cel oficial și care, dacă ar fi respectat, ar împovăra contribuabili, împingându-i adesea dincolo de limita supraviețuirii sale;

- excesul de reglementare dintr-o economie, care are drept efect tendința de evitare la maximum a cadrului legal și dă naștere la forme alternative de desfășurare a activității;

- numărul de emigranți sau de muncitori străini clandestini. Aceștia sunt o forță de muncă ieftină, folosită de diverse tipuri de companii și care în unele țări influențează considerabil dimensiunile economiei ilicite;

- sporirea timpului liber, care determină indivizii fie să-și ia o a doua sau a treia slujbă (nedeclarată însă), fie să lucreze în propria gospodărie, fie să se angajeze în acțiuni de benevolat, toate fiind până la urmă, elemente care nu se regăsesc contabilizate la nivelul economiei naționale;

- moralitatea unor indivizi: hoți, criminali, considerați a fi la marginea societății, au cel mai adesea anumite caracteristici psihologice, care-i determină să comită acte împotriva ființei umane și să se grupeze de cele mai multe ori în diverse organizații provocatoare de fenomene sociale grave: crimă organizată, jaf, corupție, trafic de toate tipurile, toate aceste fapte implicând tranzacții neimpozabile etc.

În aproape toate studiile și articolele recente, creșterea sarcinii fiscale și a contribuției la asigurările sociale, restricționarea excesivă a piețelor, atitudinea (manifestare subiectivă omenească) și oportunitatea, schimbările economico-sociale ca urmare a trecerii de la un regim politic la altul, slăbiciunile în funcționarea aparatului de stat, inconsecvența și incoerența legislativă sunt prezentate ca fiind unele dintre cauzele principale ale creșterii economiei ilicite¹⁰.

Mulți analiști, în special din rândul celor care nu sunt economiști, consideră că atitudinea și oportunitatea sunt motivațiile definitorii pentru comiterea infracțiunilor economice. În viziunea acestora, activitatea înregistrată a participanților la activitățile economiei ilicite este determinată de câteva motive principale¹¹:

- au o necesitate sau un scop de atins;

- dețin îndemânarea necesară săvârșirii unor infracțiuni;

- valorile și atitudinile lor le permit să conștientizeze că vor comite fapte ilicite inclusiv penale;

- au oportunitatea de a comite infracțiunea.

Pentru mulți cercetători, lăcomia ca motivație umană universală, pare să fie componenta cheie în descifrarea comportamentului participantului la economia ilicită, oferindu-se ca argument discrepanța dintre percepția pozitivă a acțiunilor guvernului și non-conformarea la taxele și reglementările impuse de acesta. Un studiu realizat în Canada la începutul acestui deceniu indică faptul că deși 58% dintre cetățeni consideră că sistemul de taxe era corect, 21% dintre aceștia se sustrăgeau de la plata taxelor, interesantă fiind justificarea oferită de către unul dintre acești participanți: „Toți ceilalți o fac. GST (actul privind taxa) este stupidă și dacă o lege este stupidă, nu văd de ce nu ar trebui încălcată. În afară de asta, plătesc și așa taxe mult prea mari”.

¹⁰ A se vedea C. Voicu, *Investigarea fraudelor*, vol. I, Ed. Sitech, Craiova, 2009.

¹¹ A se vedea în acest sens D. Bucur, *op. cit.*, pp. 46-59.

Există numeroase păreri, inclusiv în România, că economia ilicită este un simptom al schimbării relațiilor economice și sociale. În era „post-industrială”, producția diferențiată, productivitatea ridicată, munca flexibilă, tehnologia înaltă și capitalul redus prezintă caracteristici predominante ale afacerilor de mărime redusă și în egală măsură ale activităților economice ilicite, care nu sunt restricționate de metodele și practicile tradiționale ale afacerilor legale.

Tranziția ca urmare a prăbușirii sistemului comunist în țările din centrul și Estul Europei, însoțită de pierderea autorității statului, reprezintă alături de factorii enunțați mai sus, o cauză majoră a dezvoltării, fără precedent, a economiei ilicite în acest spațiu geografic.

Activitățile în economia ilicită par să fie determinate de două motive economice principale: evaziunea fiscală și evitarea reglementărilor (licențe, standarde legale, proceduri administrative). Definițiile adoptate în această analiză sugerează două cauze fundamentale ale economiei ilicite: povara fiscală și intensitatea reglementărilor. Trebuie menționat faptul că factorii economici nu pot să ofere decât o explicație parțială asupra noțiunii de economie ilicită. Abordările sociologice, psihologice sau culturale care, în mod evident, completează abordarea economică, depășesc scopul acestei analize. În ceea ce privește povara fiscală, este de notorietate faptul că ratele ridicate ale impozitării indirecte determină creșterea cantității bunurilor și serviciilor tranzacționate în economia ilicită. De asemenea, ratele marginale ridicate ale impozitării veniturilor conduc la creșterea muncii ilicite. Stimulentele pentru munca ilicită sunt cu atât mai mari cu cât nivelul brut (incluzând impozitele) al costurilor cu munca, în economia oficială, este mai mare decât nivelul net (excluzând impozitele) al veniturilor forței de muncă. În ceea ce privește intensitatea reglementărilor, economia ilicită poate fi privită ca o reacție a agenților economici care se simt „striviți” de povara intervențiilor statale și aleg strategia „evaziunii”, renunțând la strategia argumentelor pertinente¹². Cel puțin în cazul României, nu numai de intensitatea reglementărilor în sine, ci și comportamentele discreționiste ale autorităților publice în aplicarea reglementărilor sunt relevante din perspectiva deciziei de a trece în economia ilicită. Premisa acestei analize este că economia ilicită apare ca urmare a două tipuri de intervenții guvernamentale: impozitarea și reglementările administrative. Explicarea unui model econometric care să cuantifice corelația dintre dimensiunea economiei ilicite și intensitatea celor doi factori cauzali depășește însă cadrul analizei.

Firmele fantomă

Lipsa unor reglementări legale, carențele existente în cele în vigoare, coroborate cu lipsa de cooperare a instituțiilor responsabile cu înmatricularea și înregistrarea fiscală a societăților comerciale au fost speculate de diverși comercianți inventivi care au înființat o mulțime de firme, care, deși aparent funcționează legal, nu pot fi identificate la sediile declarate. Aceste firme există, dar nu se văd, nu pot fi atinse. De aceea, ele nu se regăsesc în economia reală de la suprafață, locul lor predilect de acțiune constituindu-l economia ilicită, invizibilă. Astfel de firme sunt marii actori ai evaziunii fiscale, ai contrabandei, ai bancrutei frauduloase și ai altor infracțiuni considerate ca generatoare de bani murdari.

¹² A se vedea C. Voicu, *Investigarea fraudelor*, op. cit., p. 89.

Înființarea, înmatricularea și funcționarea firmelor fantomă nu constituie un scop în sine, acestea sunt create cu scopuri bine premeditate pentru a eluda legislația, cel mai adesea în domeniul fiscal. De cele mai multe ori asemenea firme se creează special pentru tranzacționarea unor mari afaceri ilegale, după care acestea dispar din lumea afacerilor, patronii lor procedând la înființarea altor asemenea societăți, utilizate în același scop, după care din nou sunt abandonate și așa mai departe.

Existența unui ridicat nivel al economiei ilicite este în primul rând rezultatul funcționării unor asemenea firme.

Din experiența de până acum rezultă că „marii specialiști” în firme fantomă sunt, în special, cetățenii străini, în special din lumea orientală. De altfel, imensele sume obținute din economia ilicită sunt schimbate în valută și transferate, cu destul de multă ușurință, în străinătate, fără a exista o contraprestație a acestor transferuri, conducând în felul acesta la dezechilibrarea și mai accentuată a balanței de plăți.

Amploarea fenomenului a creat foarte multe probleme instituțiilor responsabile cu perfecționarea legislației în domeniu, precum și organismelor de aplicare a legii.

Constituirea și funcționarea firmelor fantomă

1. Înmatricularea și înregistrarea unor societăți comerciale prin utilizarea unor documente false sau prin neîndeplinirea unor cerințe legale

a) De cele mai multe ori, în special în cazul unor cetățeni străini, pentru înregistrarea societăților comerciale, viitoare fantomă, se utilizează acte de identitate false. Cu toate că astfel de documente au urmat un circuit destul de îndelungat: notari, avocați, Registrul Comerțului, funcționarii administrației financiare, judecători etc., nimeni nu a observat că aceste acte sunt false. De aici se pot trage două concluzii: fie că falsurile au fost făcute atât de perfect, încât acestea nu au putut fi depistate, fie că au existat anumite interese pentru a nu fi depistate asemenea falsuri.

b) Cel mai des utilizat mijloc de înființare a firmelor fantomă îl constituie folosirea unor contracte de închiriere false, pentru a face dovada existenței spațiului în care va funcționa firma respectivă. Falsificarea acestor documente s-a făcut prin mai multe modalități¹³:

- falsificarea ștampilei și a numărului de înregistrare al administrației financiare din raza de acțiune a domiciliului titularului contractului de închiriere. La verificările ulterioare s-a constatat că numărul de înregistrare respectiv nu există în evidența unității financiare respective;

- falsificarea titularului de contract de închiriere, prin utilizarea însă a unui număr corect de înregistrare de la administrația financiară, dar la care apare un alt titular de contract;

- prezentarea unui contract de închiriere la adrese care nu există (de exemplu, un număr de stradă inexistent);

- pentru a fi cât mai credibili, falsificatorii au înscris pe contractele de închiriere și numărul unor chitanțe (evident false) prin care s-a plătit impozitul aferent chiriilor, pe toată durata contractului de închiriere.

¹³ A se vedea în acest sens D. Bucur, *op. cit.*, pp. 46-59.

c) Folosirea unor contracte de proprietate pentru sediul unor firme aparținând unor persoane aflate în relații de rudenie, care ulterior s-au dovedit a fi false.

d) Folosirea, ca dovadă a existenței spațiului pentru sediu, a unor contracte autentice, dar care însă au fost înstrăinate între timp. Practica judiciară a pus în evidență o serie de cazuri în care s-a procedat astfel; contractele de vânzare-cumpărare se întocmesc în mai multe exemplare. Or, dacă apartamentul se înstrăinează din nou, noului proprietar nu i se înmânează toate exemplarele vechiului act de proprietate (de obicei i se înmânează numai unul), astfel că vechiul proprietar rămâne în posesia a cel puțin unui exemplar pe care-l folosește fără știrea noului proprietar.

2. Înstrăinarea societăților comerciale (prin cesionarea părților sociale), fără a se verifica dacă mai sunt îndeplinite condițiile referitoare la existența spațiului pentru sediul social

a) De cele mai multe ori, contractele de închiriere care fac dovada spațiului pentru sediul firmei, se încheie pe o perioadă de un an de zile. Totuși s-au găsit și situații în care această perioadă era de numai o lună sau chiar de 15 zile (asemenea termene scurte erau o dovadă certă că firmele respective s-au înființat de la început ca firme fantomă și totuși au fost legalizate înființările).

În cazul în care firma este cesionată altui comerciant, nu se verifică dacă firma mai îndeplinește condiții legale de funcționare cu privire la spațiul pentru sediul social. De cele mai multe ori, contractele de închiriere erau expirate la data cesionării. Mai mult, aceasta este o metodă de a se pierde urma societății, în special când vechiul proprietar se află în situații litigioase cu organele fiscale. Noii proprietari, de cele mai multe ori, nu mai pot fi găsiți ori declară că nu cunosc nimic despre debitele firmei, deoarece la data achiziționării sale din contabilitatea acesteia nu rezulta nicio datorie; iar eventualele debite care nu figurează în evidența firmei îi privesc pe foștii proprietari.

Situația se prezintă și invers, în sensul că foștii proprietari, urmăriți de organele fiscale, înstrăinează firma cu toate datoriile unor persoane care nu pot fi găsite, uneori asemenea persoane nici nu există, deoarece documentele noilor proprietari sunt false sau falsificate. Pentru a se apăra, foștii proprietari prezintă chiar și chitanțe că au primit banii pe societățile înstrăinate, dar banii respectivi sunt tot ai foștilor proprietari, deoarece aceștia nu pot identifica pe noii proprietari.

b) Cesionarea firmelor, neurmăte de înscrierea de mențiuni la Registrul Comerțului, cu privire la sediu și administratori.

Profitând de perioada de înființare a unor firme scutite de impozit, mulți cetățeni au înființat asemenea societăți, după care le-au înstrăinat, câștigând astfel o sumă de bani deloc neglijabilă. Dar această înstrăinare de firme fără îndeplinirea tuturor procedurilor legale i-a costat pe foștii proprietari, care s-au trezit controlați și chiar anchetați, deoarece aceștia figurau în continuare ca administratori la firmele înstrăinate, iar sediul acestora nu a fost mutat de noii proprietari. Mai mult, înstrăinând documente cu regim special și ștampila societății, noii proprietari au efectuat acte de comerț fără a le înregistra în contabilitate, astfel că organele de aplicare a legii au identificat pe foștii proprietari ca autori ai unor fapte nelegale.

3. Funcționarea în ilegalitate a firmelor fantomă

Cu toată duritatea sancțiunii prevăzute de lege cu privire la evaziunea fiscală, pentru declararea activă făcută de contribuabili sau împuterniciții acestora cu privire la sediul unei

societăți comerciale sau la schimbarea acestuia fără îndeplinirea obligațiilor prevăzute de lege, în scopul sustragerii de la controlul fiscal, totuși firmele fantomă continuă să se înființeze și să funcționeze. Una din explicațiile acestui fapt este aceea că asemenea societăți sunt înființate de cele mai multe ori de cetățeni străini care vin în țară numai pentru o perioadă scurtă de timp, după care dispar, sau nici măcar nu se deplasează în România, utilizând în schimb unele procuri (false) prin care împuternicesc anumite persoane să se ocupe de înregistrarea și funcționarea firmelor respective. Asemenea procuri au în cuprinsul lor mențiunea că titularul procurii poate, la rândul său să împuternicească altă persoană pentru conducerea afacerilor titularului firmei (sau contului, după caz), semnătura acestuia din urmă fiindu-i opozabilă titularului. Or, un astfel de document, acceptat de notari cu destul de multă ușurință, poate crea de la început anumite suspiciuni.

Mizând pe clandestinitatea sediului real (altul decât cel declarat), firmele fantomă încep să funcționeze ca și când ar lucra în condiții normale. Astfel, acestea își confecționează ștampila proprie, se aprovizionează cu documente cu regim special, își deschid cont la bancă (de obicei, mai multe conturi la bănci diferite), efectuează importuri sau exporturi, fac acte de comerț intern (cel mai adesea, utilizând numerarul în locul decontărilor bancare).

Cum firmele fantomă lucrează în economia ilicită, unde predomină ca mijloc de plată numerarul, o dată cu intrarea în vigoare a Legii privind prevenirea și sancționarea spălării banilor, au început să apară la lumină o parte din tranzacțiile lor prin mecanismul de raportare a depunerilor și retragerilor de numerar mai mari de 10.000 euro (sau echivalent), la ONPCSB.

În felul acesta, vălul de mister al secretului bancar fiind ridicat, au început să apară la suprafață afacerile ilegale ale acestor firme fantomă. Iată de ce, în ultimul timp, numărul acestor firme fantomă descoperite este în creștere.

Condițiile care fac posibilă funcționarea firmelor fantomă

1. Verificările superficiale efectuate de organisme în sarcinate cu înregistrarea societăților comerciale

a) Potrivit prevederilor legale, o persoană nu poate fi asociat unic decât la o singură societate cu răspundere limitată. Cu toate acestea, au fost identificate nenumărate cazuri în care nu se respectă această prevedere. În loc ca, odată cu solicitarea înființării unei noi firme cu asociat unic, să se verifice în baza proprie de date acest lucru, Registrul Comerțului solicită o declarație din partea celui care dorește să înființeze o astfel de firmă că îndeplinește condițiile legale. Astfel de declarații s-au dovedit a fi false, iar noile societăți au fost înregistrate în mod ilegal.

b) Utilizând procedura verificării pașapoartelor, Oficiul Registrului Comerțului își poate constitui o bază de date cu copii cel puțin ale pașapoartelor cetățenilor care au înființat deja firme, în felul acesta putându-se identifica actele de identitate false care s-au mai utilizat (prin folosirea de fotografii diferite).

c) Deși certificatul de înmatriculare este emis de Registrul Comerțului, cu ocazia atribuirii numărului fiscal, utilizând baza de date proprie, organele fiscale pot verifica autenticitatea contractelor de închiriere sau a actelor de proprietate. Acest fapt nu se întâmplă, din practica judiciară recentă rezultând că la dosarul fiscal sunt înregistrate contracte de închiriere false, iar la rolul fiscal al titularului spațiului (care este un alt

compartiment din aceeași administrație fiscală), acest contract nu figura ori valabilitatea sa era încetată prin rezilierea între timp a acestuia.

d) Ușurința cu care unii notari autentifică sau legalizează înscrisuri, fără o verificare atentă a identității persoanelor care se prezintă în fața lor. Altfel cum putem să catalogăm efectuarea unor înscrisuri utilizând același pașaport, dar cu fotografiile diferite.

2. Slaba cooperare între instituțiile abilitate cu înființarea societăților comerciale

Cel puțin cinci categorii de instituții sunt implicate în procesul de înregistrare și funcționare formală a societăților comerciale. Aceste instituții sunt abilitate să efectueze următoarele demersuri administrative¹⁴:

- autentificarea actelor și documentelor care sunt necesare procesului de înregistrare a firmelor, activitate executată de notarii publici;

- activitatea de pregătire a documentelor necesare înregistrării, de înregistrare și de gestionare a dosarelor referitoare la înființarea societății și la mențiunile efectuate pe parcurs, activități realizate de Registrul Comerțului;

- activitatea de atribuire a Codului fiscal și cea de înregistrare ca plătitoare de impozite și taxe a societăților comerciale, activități ce reprezintă atribuții ale organelor fiscale;

- magistrații delegați pe lângă Registrul Comerțului, care, în urma verificării îndeplinirii procedurilor legale, decid cu privire la înregistrarea societăților comerciale în Registrul Comerțului;

- organele bancare sunt implicate în două etape în procesul de înființare a societăților comerciale: o primă etapă a depunerii capitalului social într-un cont tranzitoriu sau prin consemnarea depunerii, iar cea de-a doua etapă o reprezintă deschiderea contului bancar cu care va lucra societatea respectivă.

Cu excepția unor măsuri luate în ultimul timp de către Registrul Comerțului și organele fiscale în vederea atribuirii într-un singur loc atât a numărului de înregistrare comercială, cât și a celui de înregistrare fiscală, nu cunoaștem acțiuni sau activități comune ale factorilor enunțați anterior pentru perfecționarea cadrului de cooperare necesar înregistrării societăților comerciale. Lipsa cooperării între instituții se manifestă atât în etapa premergătoare înregistrării, dar mai ales pe parcursul funcționării societăților comerciale.

3. Neacoperirea cu prevederi legale a unor activități ce au loc în procesul înființării și funcționării societăților comerciale

a) Lipsa unor prevederi legale care să îngreiească dreptul de a se putea înființa, la aceeași adresă, un număr nedefinit de societăți comerciale, sediu care cel mai adesea, în cazul firmelor fantomă este situat în același apartament de bloc.

b) Dacă în ceea ce privește procedura de înființare, lucrurile sunt relativ clare, nu același lucru putem să-l spunem despre metodologia înstrăinării societăților comerciale, unde au fost constatate nenumărate probleme și care vor fi prezentate într-un paragraf separat.

c) Inexistența unor prevederi legale în cazul unor societăți ai căror asociați sunt cetățeni străini, privind obligativitatea de a avea în conducerea administrativă vorbitori de limba

¹⁴ A se vedea C. Voicu, „*Insolvența – problema acută a operatorilor economici*”, Ed. Pro-Universitaria, București, 2007.

română care să suplinească necunoașterea limbii și a legislației române de către comercianții străini.

d) Nu există o obligație legală a băncilor de a comunica autorităților fiscale toate conturile deschise de comercianți. În felul acesta, organele fiscale au întâmpinat probleme în a-și îndeplini atribuțiunile în cazul în care s-au urmărit unele debite neachitate de comercianți, deoarece aceștia nu au declarat conturile prin care au efectuat cele mai multe operațiuni și unde dețineau disponibilități bănești. Această situație a fost însă reglementată.

Consecințele funcționării firmelor fantomă

Câmpul de manifestare al firmelor fantomă îl reprezintă economia ilicită. Consecințele funcționării acestui tip de societăți comerciale sunt greu de cuantificat, deși așa cum am arătat, s-a încercat determinarea contribuției financiare la crearea produsului intern brut. Totuși consecințele sunt ample, ele situându-se în domenii cu impact diferit. Ne referim la domenii precum: fiscal, bugetar, bancar, valutar, statistic etc.

a) Consecințele fiscale. Funcționând în clandestinitate, activitățile aducătoare de venit ale firmelor fantomă nu se evidențiază, astfel că avem de-a face cu fenomenul de evaziune fiscală, care conduce la neplata impozitelor și taxelor care se cuvin statului sau autorităților locale. Aceste sarcini fiscale neachitate variază de la impozite directe (impozitul pe profitul realizat, impozitul pe dividende, impozitul aferent salariilor plătite) la impozite indirecte (taxa pe valoarea adăugată, accize), ca și plățile ce trebuie făcute la fondurile speciale, precum: contribuția pentru asigurări sociale, contribuția pentru asigurări de sănătate, plata pensiei suplimentare etc.

b) Consecințe bugetare. Prin nevirarea la bugetul statului a impozitelor și taxelor datorate, veniturile statului nu se realizează și în felul acesta nu se pot finanța unele activități care afectează întreaga populație, precum: învățământul, sănătatea, cultura, apărarea, ordinea publică, infrastructura, administrația, justiția etc. Profitorii firmelor fantomă, la rândul lor, sunt beneficiari ai unor servicii publice, dar la finanțarea cărora nu au contribuit, deși au realizat venituri substanțiale.

c) Consecințe monetare, bancare și valutare. Caracteristica economiei ilicite, acolo unde evoluează firmele fantomă, o constituie plățile în numerar care se fac între asemenea societăți comerciale. Dimensiunea relațiilor dintre firmele fantomă fac ca o mare cantitate de numerar să circule în paralel cu economia de la suprafață, care operează cu plățile bancare, prin virament. Concentrarea unei asemenea cantități de numerar în anumite sectoare comerciale și localități poate conduce la crearea de dezechilibre pe piața monetară internă.

Obținerea de importante sume neimpozabile poate conduce la presiuni artificiale asupra cursului de schimb, deoarece firmele fantomă beneficiază de ușoare avantaje (în privința resurselor financiare) față de firmele care operează legal și care licitează în vederea obținerii de valută¹⁵. Apare, așadar, o concurență neloială între participanții la licitația valutară. Dar, așa cum am arătat, sumele obținute de firmele fantomă, în cea mai mare parte, nu se depun în conturile bancare, iar în aceste condiții procurarea valutei se face de pe piața neagră, încurajându-se schimbul ilegal de valută care, la rândul său, conduce la evaziunea fiscală.

¹⁵ A se vedea în acest sens D. Bucur, *op. cit.*, pp. 46-59.

Beneficiarii acestor fonduri negre găsesc soluții pentru a preîntâmpina deteriorarea profiturilor prin efectele inflației și ale unor eventuale confiscări din partea autorităților statului. Sumele astfel obținute din economia ilicită, în special de către firmele fantomă deținute de cetățeni străini, după ce în prealabil au fost transformate în valută se transferă în străinătate, conducând în felul acesta la accentuarea dezechilibrului balanței de plăți externe, deoarece transferul nu este însoțit de o contraprestație¹⁶. De cele mai multe ori, acest gen de transfer valutar se efectuează sub forma plăților în avans ale unor importuri, care nu se mai realizează. Ușurința unor asemenea transferuri valutare lasă deschisă posibilitatea interconectării grupurilor criminale inclusiv în plan financiar.

d) Consecințele de politică macroeconomică. Activitățile firmelor fantomă nu se regăsesc în documentele oficiale care stau la baza întocmirii diferitelor situații statistice. Aceste statistici, necuprinzând sectorul economiei ilicite vor reflecta deformat realitatea și deci deciziile de politică economică și socială luate de guvern sau de alte autorități nu pot conduce la concluzii corecte. Iată numai două exemple semnificative în acest sens:

Firmele fantomă nu dețin personal încadrat legal (carte de muncă sau convenție civilă de prestări servicii). Salariații care lucrează la acest tip de firme sunt plătiți direct de deținătorii părților sociale, în numerar. Lucrând în aceste condiții, numărul real al șomerilor nu corespunde realității și nici nivelul salariului minim sau mediu pe economie.

Referindu-ne la situația existentă înainte de aderare putem prezenta un al doilea exemplu, din domeniul vamal. Datorită faptului că nu pentru toate mărfurile importate existau tarife vamale stabilite de autorități, în funcție de care se calculau taxele vamale și celelalte taxe plătite la autoritățile vamale, firmele fantomă declarau, pentru mărfurile importate, prețuri mici, pentru a plăti taxe cât mai mici. Diferențele față de prețurile de pe piață erau așa de mari (uneori 10-20 ori) încât importatorii (firmele fantomă) renunțau la recuperarea taxei pe valoarea adăugată care s-a plătit în vamă. Practicarea unor asemenea prețuri conduce la denaturarea balanței comerciale, al cărei sold negativ nu corespunde realității. Asemenea prețuri de import conduc la neluarea sau luarea unor măsuri eronate cu privire la protecția produselor românești în fața unei concurențe nelocale.

e) Consecințe sociale și de siguranță națională. Acumularea unor profituri fabuloase prin metodele frauduloase prezentate poate avea implicații sociale în sensul că asemenea sume pot fi folosite în scopuri care pot aduce atingere siguranței naționale prin: coruperea unor înalți funcționari de stat pentru înlesnirea unor afaceri ilicite, coruperea unor magistrați care să nu-și facă datoria în cazul descoperirii unor ilegalități, finanțarea ilegală a unor partide politice sau a unor politicieni, finanțarea unor grupuri sau persoane din mass-media pentru a propaga interesele deținătorilor de capitaluri ilicite; finanțarea unor organizații naționaliste, șovine și nu în ultimul rând finanțarea grupurilor teroriste.

f) Consecințe cu impact internațional. Evident că funcționarea firmelor fantomă reprezintă un fapt ilegal față de țările paradis fiscal unde firmele acționează la vedere, iar impozitele și taxele nu se plătesc deloc ori nivelul acestora este foarte redus. Integrarea țării noastre în Uniunea Europeană impune luarea măsurilor necesare pentru ținerea sub control a acestui fenomen și reducerea nivelului său la un procent rezonabil, compatibil cu țările din Europa Occidentală. Aceasta implică atât perfecționarea legislației interne și luarea

¹⁶ A se vedea în acest sens C. Voicu, *Strategia de securitate internă a Uniunii Europene*, Ed. Sitech, Craiova, 2010.

măsurilor necesare aplicării mai bune a acesteia, cât și o mai strânsă colaborare zonală, continentală sau chiar mondială în vederea unirii eforturilor pentru diminuarea acestui flagel.

Pătrunderea fondurilor obținute din economia ilicită de către firmele fantomă în circuitul financiar-bancar național și internațional, prin intermediul căruia aceste fonduri se reciclează, face necesară îmbunătățirea colaborării internaționale¹⁷.

Paradisurile fiscale

Libera circulație a capitalurilor face ca acestea să se „așeze” și să „producă”, în acele locuri în care ele se bucură de condiții propice, câștiguri cât mai mari, câștiguri ce stau la baza remunerării deținătorilor de capitaluri. Așadar, practica comercială atestă că, capitalurile se investesc de regulă în acele domenii și teritorii care permit obținerea de randamente maxime. Un randament sporit al capitalurilor investite înseamnă și un nivel ridicat al impozitelor și taxelor care se percep de stat, pentru rezolvarea unor probleme generale ale acestuia. De nivelul de fiscalitate al unui stat depinde într-o bună măsură, atragerea capitalului străin și fuga sau rămânerea în țară a capitalului indigen.

Orice contribuabil este tentat să plătească impozite și taxe cât mai mici sau să nu plătească niciun fel de impozit. Pentru a profita de o astfel de slăbiciune, de-a lungul timpului au existat teritorii care au creat o legislație de atragere a fondurilor financiare, acordându-se facilități deosebite, dintre care cea mai importantă o constituie scutirea de impozite ori nivelul acestora extrem de redus. Aceste teritorii sunt denumite în literatura fiscală paradisuri fiscale.

Ca o definiție generală, prin termenul de paradis fiscal se înțelege orice zonă financiară care nu percepe impozite, ori impozitele sunt reduse pe toate sau doar pe unele categorii de venituri, un nivel ridicat de secret bancar sau comercial, cerințe minime din partea băncii centrale și niciun fel de restricții asupra schimburilor valutare.

Privită prin prisma reducerilor sau scutirilor de impozite, aproape fiecare țară poate fi considerată paradis fiscal, pentru că, într-o formă sau alta, societăților comerciale sau persoanelor individuale străine le sunt oferite diferite stimulente pentru a încuraja investițiile lor și a promova astfel creșterea economică în zonă.

În perioada de tranziție și România a încurajat o astfel de politică, scutind de la plata impozitelor pe profit, a taxelor vamale și a altor impozite, societățile comerciale înființate cu aport străin.

Mai mult, unele din aceste facilități s-au acordat și investitorilor români. Este cunoscut de altfel, fenomenul înființării în serie de firme scutite de plata impozitului pe profit, pe o anumită perioadă de timp. Deși în prezent această practică a încetat, totuși Guvernul, pe proiecte punctuale, a mai aprobat asemenea facilități în cazul unor investiții majore, cu impact important asupra ocupării forței de muncă și transferului de tehnologii.

Dintr-o anumită perspectivă pot fi asimilate paradisurilor fiscale și zonele libere, respectiv zonele defavorizate care, potrivit legislației ce reglementează funcționarea lor, profită de diverse înlesniri fiscale sau de altă natură. Totuși, nu acestea sunt adevăratele paradisuri fiscale sau refugii fiscale. De altfel, asemenea teritorii mai sunt numite adesea și „jurisdicții ale secretului financiar”.

¹⁷ A se vedea C. Voicu, M. Pantea, D. Bucur, ș.a., *Securitatea financiară a Uniunii Europene în viziunea Tratatului de la Lisabona*, vol. II, Ed. Pro Universitaria, București, 2010.

Toate aceste zone precum și statele denumite paradisuri fiscale, impun reglementări stricte ale secretului bancar și comercial și refuză adesea să-și încalce aceste reglementări, chiar când ar putea fi vorba despre o gravă violare a legilor unei alte țări. Trebuie recunoscut dreptul oricărui contribuabil de a evita pe căi legitime plata impozitelor, ceea ce presupune deseori recurgerea la paradisuri fiscale, dar trebuie în aceeași măsură conștientizată subversiunea pe care o reprezintă confidențialitatea oferită, în țările considerate paradisuri fiscale, unor contribuabili certați cu legea în special pentru evaziune fiscală.

Apariția acestor numeroase și convenabile centre financiare a propulsat arta ascunderii banilor, culminând cu tehnicile actuale de reciclare, care folosesc transferurile electronice instantanee a milioane de dolari.

Caracteristicile paradisurilor fiscale.

Principalele caracteristici ale paradisurilor fiscale sunt¹⁸:

a) Impozitele reduse. Majoritatea țărilor considerate paradisuri fiscale fie nu impun niciun impozit pe venituri sau impun impozite doar asupra unor categorii de venituri, fie impun un impozit redus, în comparație cu impozitele impuse de țările de origine ale celor care folosesc paradisurile fiscale respective. Multe dintre paradisurile fiscale din regiunea Caraibelor sunt țări mici, mai puțin dezvoltate, ai căror locuitori sunt, în general, săraci. Proporția redusă a populației cu un venit superior nivelului de subzistență ar putea face ca un sistem de taxare să nu fie satisfăcător. De aceea, guvernele acestor teritorii au considerat mai eficient să-și procure resursele finanțării cheltuielilor publice în alt mod decât cel al impozitelor. Asemenea venituri se realizează din taxele de autentificare, de înmatriculare și reînnoire a firmelor înființate în asemenea teritorii. Se creează, de asemenea, noi locuri de muncă în domeniul consultanței financiare și juridice, se dezvoltă serviciile de telecomunicații și turism etc.

b) Secretul. Dacă în general secretul bancar este greu de penetrat în orice legislație, totuși, cele mai multe țări din lume nu protejează aceste informații în cazul unei anchete solicitate de un guvern străin, mai ales când aceste anchete au la bază un tratat bilateral sau multilateral de asistență juridică. În schimb, țările paradisuri fiscale refuză să divulge secretul bancar și comercial, chiar și atunci când este vorba despre comiterea unei grave încălcări a legilor unei alte țări. Aproape prin definiție, paradisurile fiscale oferă reguli restrictive de secret sau confidențialitate persoanelor care efectuează afaceri, în special cu băncile. Gradul de secret și amploarea restricțiilor variază de la țară la țară. Unele mențin o distincție între evaziunea fiscală și alte infracțiuni, cooperând când este vorba de investigarea cazurilor infracționale din sfera taxelor, dar refuzând să coopereze în cazurile de evaziune fiscală. În altele, gradul de confidențialitate este direct corelat cu tipul de licență sau autorizație de funcționare.

c) Importanța relativă a activității bancare. În cele mai multe țări – paradisuri fiscale – se urmează o politică de încurajare a activității bancare din străinătate. Acest lucru se face prin introducerea unei distincții între activitatea bancară a locuitorilor țării respective și aceea a cetățenilor străini. În general, activitatea cetățenilor străini nu este supusă unor cerințe în ceea ce privește rezerva de fonduri și nu este supusă controalelor exercitate asupra

¹⁸ A se vedea în acest sens D. Bucur, *op. cit.*, pp. 46-59.

schimburilor valutare sau altor controale. Paradisurile fiscale prosperă în mare măsură datorită prezenței băncilor străine. Activitatea financiară generează venituri sub forma onorariilor și a unor simbolice impozite asupra instituțiilor financiare. Activitățile financiare creează o infrastructură care poate fi folosită atât de companiile legitime, cât și de infractori, pentru a-și ascunde fondurile ilicite. În comparație cu comerțul exterior, depunerile bancare din străinătate în jurisdicțiile paradisurilor fiscale sunt considerabil mai mari decât conturile bancare străine în țările care nu sunt paradisuri fiscale. Unele din cele mai mari bănci străine au filiale în țări paradisuri fiscale. Ele și-au stabilit aceste sedii pentru a participa la piața euro-dolarului, acceptând depuneri de la străini și împrumutând sume clienților lor străini.

d) Mijloace de comunicare moderne. Cele mai multe din țările considerate paradisuri fiscale posedă excelente instalații de comunicare, îndeosebi servicii de telefoane, cablu, telex, care le leagă de cele mai importante țări, din care provin fondurile depuse, sau spre care se îndreaptă fluxurile financiare. Progresele realizate de utilizarea calculatoarelor electronice și a internetului în efectuarea decontărilor bancare au făcut din băncile situate în paradisurile fiscale o și mai mare atracție. Fiind situate, în general, în apropiere de coastele continentului american, acestea dispun, de asemenea, și de servicii aeriene cu zboruri regulate. Nu lipsită de importanță este și folosirea limbii engleze, ca limbă principală în paradisurile fiscale, în special cele din zona Caraibelor.

e) Lipsa de control asupra monedei. Multe paradisuri fiscale exercită un sistem de control cu dublă monedă, care face deosebire între rezidenți și nerezidenți și între moneda locală și moneda străină. Regula generală este aceea că fac obiectul controlului monetar și valutar numai locuitorii din țara paradis fiscal, nu și cetățenii nerezidenți. Totuși, în ce privește moneda locală, și străinii trebuie să respecte restricțiile impuse localnicilor. O companie creată într-o țară paradis fiscal care are ca proprietar un nerezident și care își desfășoară activitatea comercială în afara paradisului fiscal este considerată ca entitate cu regim străin referitor la controlul asupra schimburilor valutare.

f) Publicitatea promoțională. Cele mai multe paradisuri fiscale își desfășoară singure publicitatea pe această temă, datorită avantajelor pe care le prezintă atragerea investițiilor străine. Multe din asemenea țări organizează seminarii internaționale, iar reprezentanții lor oficiali colaborează la întocmirea de articole care laudă virtuțile țării lor ca paradis fiscal.

Multe dintre țările paradisuri fiscale văd în activitatea financiară o sursă de venituri relativ stabilă și caută să o promoveze activ. Paradisurile fiscale favorizează interesele acelor investitori interesați să-și recicleze banii și care nu vor să plătească impozite pe profituri sau venituri.

Companiile offshore. Constituire și funcționare

Companiile offshore sunt societăți comerciale care se înregistrează într-o anumită țară, dar care își desfășoară activitatea în afara granițelor acestei țări. Prin urmare, o astfel de companie nu are voie să facă afaceri pe teritoriul pe care s-a înregistrat. Ea este astfel o companie străină. În mod teoretic, o companie offshore se poate înființa oriunde, dar nu toate statele oferă facilitățile de care se bucură astfel de firme. Or, tocmai facilitățile oferite de teritoriile paradisuri fiscale sunt cele care atrag înființarea și funcționarea unor asemenea companii.

Deși există anumite deosebiri între țări, cele mai multe dintre companiile offshore sunt create prin semnarea a numai două documente oficiale: memorandumul de asociere (similar contractului de societate) și articolul de asociere (statutul), care conține regulile de funcționare a companiei. De obicei, aceste documente sunt supuse spre aprobare oficiului de înregistrare a companiilor. Ele pot fi accesibile sau nu inspectării publice. În cele mai multe cazuri, cei numiți ca subscriși sau deținători de acțiuni nu sunt neapărat adevărații posesori beneficiari ai unei companii și, de obicei, nu sunt nimic altceva decât niște nume furnizate de o firmă locală de avocați. După aprobarea celor două documente de oficiul local de înregistrare, se eliberează un certificat de încorporare a companiei.

Tipuri de companii offshore:

a) Companiile ordinare sunt autorizate să facă afaceri oriunde, inclusiv în țara gazdă. Acest tip de companie trebuie să mențină un oficiu înregistrat în țara gazdă și să prezinte declarație de venit în fiecare an.

b) Companiile non-ordinare străine nu pot desfășura afaceri pe teritoriul țării gazdă. Ele trebuie să se conformeze cerințelor de declarare a veniturilor la oficiile locale de înregistrare a companiilor.

c) Companiile scutite de impozite sunt autorizate să desfășoare doar afaceri în afara țării gazdă și nu au permisiunea de a intra în nicio tranzacție cu populația locală, în afară de cele necesare pentru a-și îndeplini activitatea în străinătate și a menține conturile bancare. Ele nu au obligația de a ține niciun registru și nu fac nicio declarație anuală de venit. Acțiunile acestor companii pot fi sub forma instrumentelor la purtător și nu trebuie să aibă nicio valoare nominală.

d) Companiile străine sunt cele încorporate în afara unei țări anumite, dar care mențin un sediu de afaceri în țara respectivă. În afară de furnizarea de copii autentificate ale memorandumului și statutului din țara de origine și o listă de directori (de obicei fictivi), singura cerință este aceea de a avea un agent local, locuitor al țării.

e) Corporațiile de raft sunt înființate în conformitate cu legile locale la o dată oarecare, existând de atunci încolo doar pe raftul din biroul unui avocat. Acesta continuă să achite taxa anuală a guvernului local în scopul menținerii statutului de respectabilitate al companiei, obiectivul real al acestui exercițiu fiind acela de a putea furniza o companie aparent legitimă, cu un trecut, oricui are nevoie de ea. De exemplu, dacă cineva pretinde că fondurile folosite spre a achiziționa un bun cu trei ani în urmă au provenit dintr-un împrumut luat de la o corporație din străinătate, el poate achiziționa o corporație de raft, care exista cu cinci ani în urmă și poate produce apoi documente antedatate ale acestei companii, pentru a dovedi pretinsul împrumut. Un cec eliberat în numele companiei va dovedi că aceasta exista înainte de data împrumutului.

f) Companiile de asigurări, ca și în cazul băncilor, trebuie să obțină o autorizație din partea țării gazdă. De cele mai multe ori companiile de asigurări sunt de tip captiv, adică deserveșc numai adevărații proprietari ai acestora sau un grup restrâns de persoane:

- companii captive de asociație sau reciproce – sunt posedate de un grup de companii comerciale sau industriale, în scopul de a furniza asigurări pentru toate companiile înrudite, care de obicei aparțin aceluiași domeniu de activitate;

- companiile captive superioare – nu oferă numai asigurări pentru riscurile medicale sau polițe de asigurări auto ale companiei înrudite, ci oferă asigurări și angajaților;

- companii active centrale de profituri – nu asigură numai afacerile companiei înrudite, ci acceptă și alte tipuri de afaceri, precum reasigurarea unor entități neînrudite. O astfel de companie nu depinde doar de volumul de asigurări al companiei, ci caută activ afacerile cu alte societăți.

În privința înființării și achiziționării firmelor offshore, există, în principal, trei modalități:

1. Contactul direct cu bănci și agenții guvernamentale străine. Deși această metodă este cea mai ieftină, rareori se recurge la ea. Pentru cineva care nu are obișnuința de a trata cu oficialități străine sau în cazul schimbării legilor și procedurilor de înființare, acest proces solitar se poate dovedi imposibil de realizat. Chiar dacă o persoană este capabilă să completeze singură documentele, ea își poate face cunoscută identitatea reprezentanților guvernamentali oficiali și poate anula astfel scopul pe care vrea să-l atingă în străinătate. Deschiderea de conturi prin poștă sau prin telefon este o procedură mai facilă. Pentru a nu se deconspira adevărata identitate a titularului de cont, operațiile de plăți se pot efectua prin telefon sau prin fax, prin parolă. La fel, extrasele de cont sau alte documente bancare se expediază la altă adresă decât cea reală, uneori la căsuțe poștale, chiar în străinătate.

2. Utilizarea juriștilor străini sau a companiilor specializate în înființarea corporațiilor străine. În cele mai multe paradisuri fiscale, s-a dezvoltat o întreagă industrie pentru asistarea cetățenilor cu rate înalte de impozite în eforturile lor de a profita de secretul, anonimatul și avantajele fiscale oferite de paradisurile fiscale. Contra unui cost rezonabil, acești juriști și companii specializate înființează noi corporații, vând companii gata înregistrate, deschid conturi bancare, acționează ca agenți înregistrați, furnizează o adresă de companie străină, oferă serviciile directorilor și ale funcționarilor de companie, desfășoară orice activitate de afaceri pe care un client o poate solicita.

3. Juriști, consultanți, avocați și companii interne specializate în înființarea și managementul companiilor offshore. În ultimul timp, chiar și în țara noastră au apărut asemenea specialiști care, contra unui onorariu nu prea ridicat, oferă servicii de înființare a firmelor offshore, de achiziționare a unor gata înregistrate, de deschidere de conturi în străinătate etc. De obicei, ele oferă clientului mai multe posibilități, în funcție de interesele sale, cât și de avantajele oferite de un anumit paradis fiscal, dar și de onorariul perceput. După ce o persoană este în posesia unei firme offshore, inclusiv a contului societății, deschis de obicei în bănci cu nume sonore, aceasta își începe activitatea. Cum adevăratul proprietar stă în umbra unui anonim perfect, afacerile firmei offshore sunt conduse, de obicei, de împuternicitul acestuia, care lucrează în baza unui mandat dat de proprietar. Pentru serviciile sale, mandatarul percepe un onorariu. Cel mai adesea, acest mandatar este și cel care a asigurat înregistrarea și vânzarea firmei. El lucrează, de obicei, pentru administrarea și conducerea afacerilor mai multor companii offshore. Deoarece acești împuterniciți lucrează efectiv cu banca, ei deschid conturi în orașele în care își au birourile firmele lor de consultanță. Legătura dintre mandatar și proprietar se realizează fie prin poștă, fie prin telefon, fax, e-mail etc.

BIBLIOGRAFIE

Bucur D., *Criminalitatea transfrontalieră și economia globalizată*, Ed. Pro Universitaria, București, 2011

Pantea M., *Investigarea Criminalității Economico-Financiare* vol. I, Ed. Pro Universitaria, București, 2010

Pyle D., *Tax Evasion and the Black Economy*, The MacMillan Press LTD, London, 1989

Roubard F., Seruzier M., *Economia neînregistrată de statistică și sectorul informal în țările în dezvoltare*, în Stateco, Revus d'etudes statistiques nr. 68/1991

Voicu C., *Globalizarea și criminalitatea financiar-bancară*, Ed. Universul Juridic, București, 2005

Voicu C., *Insolvența – problema acută a operatorilor economici*, Ed. Pro-Universitaria, București, 2007

Voicu C., *Investigarea fraudelor*, vol. I, Ed. Sitech, Craiova, 2009

Voicu C., Pantea M., Bucur D. ș.a., *Securitatea financiară a Uniunii Europene în viziunea Tratatului de la Lisabona*, vol. II, Ed. Pro Universitaria, București, 2010

Voicu C., *Strategia de securitate internă a Uniunii Europene*, Ed. Sitech, Craiova, 2010

PRINCIPIILE GENERALE ALE DREPTULUI UNIUNII EUROPENE: MIJLOC DE PROTECȚIE A DREPTURILOR OMULUI

Conf. dr. CARMEN-NORA LAZĂR
Universitatea Babeș-Bolyai Cluj-Napoca

Abstract: Les principes généraux du droit représentent une catégorie distincte de sources du droit de l'Union s'ils sont non-écrits, c'est-à-dire non trouvables ni expressément, ni implicitement dans les traités de l'Union. En ce sens ils ont été extraits par la jurisprudence unionale, plus précisément par celle de la Cour de Justice, des systèmes nationaux des Etats membres, de tout système juridique organisé et du droit international public, pour combler les lacunes du droit écrit. Toutefois, il y a des principes inscrits dans ou résultant des traités de l'Union qui sont d'une importance fondamentale pour le droit de celle-ci; surtout que la jurisprudence a étendu leur sphère d'application à des cas non-prévus par les traités ou ils ont été inscrits dans ceux-ci après qu'il eurent été dégagés par la Cour. C'est pour cette raison que notre étude se référera aussi à ces principes. Bien sûr, il est impossible objectivement de se référer à tous les principes, écrits ou non-écrits, qui jouent un rôle important dans le droit de l'Union, surtout que quelques-uns ont déjà fait l'objet d'études de notre part. C'est pourquoi la présente étude visera uniquement les principes qui servent à protéger les droits de l'homme: la proportionnalité, la sécurité juridique avec ses corollaires, l'égalité, le droit à un procès correct et le droit d'accès à la justice (ou à une protection juridictionnelle effective).

Cuvinte cheie: principii generale ale dreptului, proporționalitate, egalitate, securitate juridică, proces corect, acces la justiție, jurisprudență

I. INTRODUCERE

Prezentul studiu își propune să trateze câteva dintre cele mai importante principii ale dreptului Uniunii Europene, și anume pe acelea care reprezintă un mijloc de protecție a drepturilor omului sau sunt ele însele drepturi ale omului. Nu numai că a trata într-un singur studiu toate principiile din dreptul Uniunii ar fi o imposibilitate obiectivă, dar unele au făcut deja obiectul unor studii din partea noastră¹.

¹ A se vedea *Considérations sur l'applicabilité directe du droit communautaire* articol în revista *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Europaea* nr. 1-2/2004, pp. 103-112; *Considerații asupra efectului direct al dreptului comunitar*, revista *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Jurisprudentia* nr. 1-2/2004, pp. 89-95; *Drepturile omului în Uniunea Europeană*, volumul 21 al sesiunii de comunicări științifice *Studii și cercetări din domeniul științelor socio-umane* a Academiei Române Filiala Cluj-Napoca, Ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 2011, pp. 37-49; *La supériorité du droit communautaire sur le droit national des Etats membres*, volumul „Aspirations, approches, achievements” al conferinței internaționale *10 ani de Studii europene la Cluj* a Facultății de Studii Europene, Ed. EFES, Cluj-Napoca, 2004, pp. 313-326.

Secțiunea 1 a acestui studiu conține unele considerații generale, secțiunea 2 se ocupă de principiul proporționalității, secțiunea 3 de cel al egalității, secțiunea 4 de cel al securității juridice cu corolarele sale, secțiunea 5 de dreptul la un proces corect iar secțiunea 6 de dreptul la protecție judiciară efectivă.

1. Considerații generale

Principiile generale pot fi scrise – prevăzute expres în tratatele Uniunii – sau nescrise – rezultând implicit din tratate sau preluate din alte surse; conform părerii unor autori, la care ne raliem, doar cele nescrise constituie o categorie distinctă de izvoare ale dreptului Uniunii, cele scrise fiind încorporate în tratate și, deci, intrând în categoria dreptului primar (Jacqué, 2009; Steiner, Woods, 2009). Principiile nescrise au fost extrase de jurisprudența instanțelor Uniunii, mai ales de cea a Curții de Justiție, din tratatele Uniunii, din sistemele juridice ale statelor membre – Curtea făcând o analiză comparativă a acestora, pentru a ajunge la o soluție de mijloc (Groussot, 2006) –, din orice sistem juridic organizat și din dreptul internațional public, Curtea utilizând în acest scop mai multe metode de interpretare, printre care cea teleologică este predominantă. Principiile nescrise s-au dovedit a fi necesare deoarece: lacunele dreptului scris, cauzate de caracterul *sui generis* al dreptului unional și de disfuncțiile instituțiilor cu putere de decizie, ar fi putut duce la o denegare de dreptate pentru instanțe (Groussot, 2006; Jacqué, 2009); în timp au crescut competențele Uniunii și, deci, intervenția instituțiilor acesteia în viața economico-socială, drepturile și libertățile particularilor fiind mai frecvent periclitate (Steiner, Woods, 2009). Lipsa până nu demult a unui catalog de drepturi fundamentale ale Uniunii a determinat astfel includerea drepturilor fundamentale în categoria principiilor generale, ca o subdiviziune distinctă, și degajarea de principii care servesc ca mijloc de protecție a drepturilor omului. Principiile nescrise au fost „prelucrate” de Curte astfel încât să fie compatibile cu obiectivele și specificul Comunităților, apoi ale Uniunii (Groussot, 2006), după care cele preluate din sistemele naționale ale statelor membre s-au reîntors în acele sisteme, aplicându-se în acestea în calitatea lor de izvoare ale dreptului Uniunii. Unele din aceste principii existau de fapt în tratatele Uniunii dar erau prevăzute pentru cazuri specifice, punctuale, fiind extinse de Curte și la alte cazuri; altele au fost consacrate ulterior de tratate.

Principiile generale ale dreptului prezintă importanță din mai multe puncte de vedere. Astfel, ele servesc la interpretarea actelor de drept unional și a celor de drept național; sunt utilizate ca mijloc de control al actelor de drept unional, încălcarea lor fiind un motiv de nulitate; sunt utilizate ca mijloc de control al acțiunilor statelor membre, mai ales că acestea pot fi autorizate să ia măsuri derogatorii de la dreptul Uniunii și că sunt principalii agenți ai aplicării dreptului Uniunii (Steiner, Woods, 2009). Ca mijloace de interpretare, ele pot duce la restrângerea sau la lărgirea sferei de aplicare a normei juridice în discuție (Groussot, 2006). Nu în ultimul rând, principiile generale constituie valori pe care se întemeiază Uniunea, aceasta dobândind datorită lor o mai mare legitimitate (*idem*).

Mai trebuie precizat că principiile generale ale dreptului Uniunii se aplică în sistemele naționale în 3 ipoteze: atunci când particularii invocă în fața autorităților naționale drepturi derivate din dreptul Uniunii, adică din acte cu efect direct; când statele adoptă măsuri derogatorii de la dreptul Uniunii; când statele pun în aplicare dreptul Uniunii (*idem*).

2. Proporționalitatea

Acest principiu a fost pentru prima dată înscris în Actul Unic European din 1985, fiind însă circumscris la domeniul protecției mediului, și generalizat prin Tratatul asupra Uniunii Europene din 1992 (anterior numit Tratatul de la Maastricht), actualmente el figurând în art. 5 par. 4 din Tratatul asupra funcționării Uniunii Europene²; conform definiției date de tratat, el presupune că acțiunea Uniunii nu excede ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivelor tratatelor. Cu toate acestea, Curtea de Justiție l-a recunoscut cu mult înainte, la început implicit³, folosindu-se termenul de „ignorare patentă a situației economice” care stă la baza actului atacat. Se afirmă de către doctrină că proporționalitatea ar fi preluată din dreptul german, în care ea a jucat din timpuri mai vechi un rol foarte important; cu toate acestea, Curtea nu a făcut niciodată referire expresă la dreptul german, așa cum nu face nici în privința altor principii la sistemele naționale din care s-a inspirat, chiar când inspirația este evidentă (Groussot, 2006; Craig, de Burca, 2003).

În doctrina juridică se arată că noțiunea de „proporționalitate” este una vagă, complexă și de aceea flexibilă (Groussot, 2006). În ciuda definiției aparent simple date de tratatele Uniunii, proporționalitatea presupune un test cu 3 etape sau elemente: verificarea caracterului apt, adecvat al mijlocului folosit (măsura legală adoptată) pentru atingerea scopului urmărit; verificarea caracterului necesar al mijlocului folosit în raport cu scopul; verificarea existenței proporționalității propriu-zise. Este de menționat însă că instanțele Uniunii nu analizează totdeauna existența celor 3 elemente în această ordine și uneori nu analizează nici existența tuturor celor 3 elemente, caz în care ele recurg la „comasarea” a două dintre ele (Groussot, 2006); de exemplu, dacă se constată că primul element nu există, nu se mai analizează existența celui de-al doilea (o măsură neadecvată nu poate fi necesară); dacă se constată că cel de-al doilea nu există, nu se mai analizează existența celui de-al treilea (o măsură nenecesară este automat disproportționată). Este de altfel singura atitudine logică, dar, așa cum am arătat, nu întotdeauna instanțele procedează astfel.

Primul element presupune că măsura este pertinentă, relevantă în raport cu scopul urmărit⁴. Este de remarcat însă că, atunci când sunt în discuție măsuri luate de state, instanța unională fie apreciază ea existența acestui aspect⁵, fie îl lasă la aprecierea instanțelor naționale⁶ atunci când măsurile naționale sunt contestate în fața acestora iar intervenția instanțelor Uniunii are loc pe calea chestiunii preliminare, atitudine criticată de doctrină (Groussot, 2005).

Cel de-al doilea element presupune în principiu să nu existe mijloace mai puțin restrictive pentru atingerea obiectivelor, ceea ce, conform unor autori, este un test mai riguros decât cel a rezonabilității măsurii (Steiner, Woods, 2009). Și aici este de precizat însă că, dacă puterea de apreciere a autorului măsurii este mare, el având de evaluat o situație economică complexă, controlul judiciar se va limita de fapt la verificarea existenței unei erori manifeste, a ignorării manifeste a puterii de apreciere; controlul va fi, deci, unul minimal (Groussot, 2006; Steiner, Woods, 2009; Craig, de Burca, 2003). Acest lucru este

² Pe care, din motive de simplificare, îl vom numi T.F.U.E.

³ Hot. „Regatul Țărilor de Jos/Înalta Autoritate” 6/55 din 21 martie 1955.

⁴ Hot. C.J. „Fromançais” 66/82 din 23 februarie 1983.

⁵ Hot. C.J. „Franzen” 189/95 din 23 octombrie 1997.

⁶ Hot. C.J. „Diego Zenatti” 67/98 din 21 octombrie 1999.

explicabil, instanța neputându-se substitui opțiunii legiuitorului, ceea ce ar fi de natură să impiezeze asupra eficacității acțiunilor autorităților publice și să nesocotească separația puterilor (Groussot, 2009). Mai trebuie de asemenea precizat că activitatea Uniunii va fi totdeauna apreciată mai puțin riguros decât cea a statelor, instanțele Uniunii folosind deci standarde duble (Groussot, 2009; Craig, de Burca, 2003). În fine, la fel ca mai sus, când sunt în discuție măsuri ale statelor, uneori instanța unională apreciază ea însăși existența celui de-al doilea element⁷, alteori îl lasă la aprecierea instanțelor naționale⁸.

Cel de-a treilea element – proporționalitatea propriu-zisă – presupune existența unei proporții (balanțe) între interesele contradictorii aflate în joc, de exemplu interesele Uniunii și ale statelor, interesele Uniunii și ale particularilor. Și aici analiza este făcută diferit, după cum instanța are de-a face cu acțiuni ale Uniunii sau cu acțiuni ale statelor, mai ales dacă măsurile acestora din urmă derogă de la dreptul Uniunii (Groussot, 2006; Craig, de Burca, 2003).

Se mai arată că actualmente jurisprudența face distincție între încălcarea unei obligații rezultând din dreptul primar (tratatele) și încălcarea unei obligații rezultând din dreptul secundar, testul de proporționalitate fiind mai riguros în primul caz deoarece încălcarea este în sine mai gravă (Steiner, Woods, 2009).

3. Egalitatea

Această noțiune presupune, așa cum se acceptă în mod unanim, tratament egal în situații similare sau comparabile, respectiv tratament diferit în situații diferite. Pe de altă parte, se face distincția între egalitatea formală (sau de șanse), în fața legii și a autorităților publice, și egalitatea reală (sau de rezultat), ultima implicând discriminarea pozitivă, adică măsuri în favoarea grupurilor aflate într-o situație de inferioritate faptică față de altele. Din punctul de vedere al categoriilor cărora li se aplică egalitatea, poate fi vorba de egalitatea între cetățenii unui stat și cei ai altui stat în fața primului stat, de egalitatea în general, adică fără distincție de rasă, origine etnică, origine națională, sex, orientare sexuală, vârstă, handicap, religie, convingeri etc., în fața autorităților Uniunii și ale statelor, de egalitatea bărbați-femei (ca o ilustrare specifică a egalității în general), de egalitatea între producătorii din Uniune, respectiv între consumatorii din Uniune, de egalitatea între state în raport cu Uniunea etc. În acest sens precizăm că nu înțelegem să tratăm toate formele menționate de egalitate ci doar egalitatea în general, precum și egalitatea bărbați-femei.

Dacă diferitele forme specifice de egalitate au figurat în tratate încă de la fondarea Comunităților, cum ar fi egalitatea între cetățenii unui stat și cei ai altui stat în fața primului stat – legată de libera circulație –, egalitatea între producători, respectiv între consumatori – acestea două fiind strâns legate de crearea și funcționarea pieței comune –, egalitatea bărbați-femei – deși circumscrisă la salarii –, nu același lucru se poate spune despre egalitatea în general, pe criteriile menționate. Abia Tratatul de la Amsterdam introduce prevederi referitoare la egalitatea în general, dispunând (în art. 6A) că Consiliul poate lua măsurile necesare în vederea combaterii discriminării fondate pe sex, rasă, origine etnică, religie, convingeri, handicap, vârstă sau orientare sexuală. De asemenea, în privința egalității între bărbați și femei tot Tratatul de la Amsterdam introduce dispoziții cu caracter

⁷ Hot. C.J. „Familiapress” 368/95 din 26 iunie 1997.

⁸ Hot. C.J. „Franzen” cit.; hot. C.J. „Alpine Investments BV” 384/93 din 10 mai 1995.

mai general; astfel, art. 2 stabilește, printre obiectivele pe care le promovează Comunitatea, egalitatea între bărbați și femei, fără a se mai face referire la salarii; art. 118 stipulează că acțiunile statelor sunt susținute și completate de Comunitate în domeniul, printre altele, al egalității între bărbați și femei în privința șanselor pe piața muncii și a tratamentului la muncă; desigur, dispoziția anterioară referitoare la egalitatea de remunerație rămâne și ea. Pe baza noilor prevederi s-au adoptat două directive: Directiva 2000/43/CE privind combaterea discriminărilor pe bază de rasă sau origine etnică și Directiva 2000/78/CE privind combaterea discriminărilor pe bază de religie, convingeri, handicap, vârstă sau orientare sexuală.

Jurisprudența Curții a consacrat însă înainte de aceste prevederi principiul egalității, fie sub forma egalității bărbați-femei sub orice aspect altul decât salariul⁹, fie sub forma egalității în general¹⁰ (Craig, de Burca, 2003). În acest sens este interesant de notat că orientarea sexuală nu a fost considerată ca fiind inclusă în noțiunea de „sex”, de unde concluzia Curții că discriminarea pe acest criteriu nu este interzisă de dreptul comunitar din acel moment¹¹.

Dată fiind definiția menționată anterior a egalității, se arată (Groussot, 2006) că aprecierea existenței egalității de către instanțe implică un test cu 3 etape: verificarea faptului dacă persoanele în discuție se află în situații similare sau comparabile; verificarea existenței sau, după caz, a inexistenței tratamentului diferit; verificarea existenței unor motive obiective care să justifice diferența sau, după caz, lipsa diferenței de tratament. Aprecierea acestui de-al treilea element implică un test de proporționalitate, dacă se constată că există astfel de motive, pentru a se vedea dacă există un echilibru între scopul urmărit (motivul obiectiv menționat) și mijlocul pentru atingerea lui (diferența sau lipsa diferenței de tratament).

Se mai arată (Groussot, 2006) că discriminările pot fi directe sau fătise (de jure; când reglementarea prevede expres o diferențiere pe unul din criteriile menționate) și indirecte

⁹ Hot. C.J. „Airola/Comisie” 21/74 din 20 februarie 1975 (în discuție nu era sexul ca atare ci cetățenia, aceasta – mai bine zis lipsa cetățeniei statului pe teritoriul căruia lucrează efectiv – fiind una din condițiile de plată a indemnizației de expatriere către funcționarii Comunității; totuși, având în vedere că, prin legislația statului soțului reclamantei, aceasta a dobândit automat și fără să poată renunța cetățenia respectivului stat doar pentru că era femeie – ca în multe alte state –, bărbații nedobândind în niciun stat o cetățenie doar prin efectul căsătoriei, s-a considerat pe bună dreptate că, de fapt, sexul constituie, deși indirect și neintenționat, cauza discriminării); hot. C.J. „Razzouk și Beydoun/Comisie” 75 și 117/82 din 20 martie 1984.

¹⁰ Hot. C.J. „Klensch” 201 și 202/85 din 25 noiembrie 1986 (deși în speță era vorba de egalitatea între producătorii Comunității, consacrată expres de tratate, Curtea a afirmat că aceasta nu este decât o formă specifică a principiului fundamental al egalității); hot. C.J. „Prais/Consiliu” 130/75 din 27 octombrie 1976 (egalitate religioasă); hot. C.J. „Kalanke” 450/93 (egalitate sexuală în sens invers – discriminare pozitivă în favoarea femeilor); hot. C.J. „P” 13/94 din 30 aprilie 1996 (egalitate sexuală – schimbare de sex).

¹¹ Hot. C.J. „Grant” 249/96 din 17 februarie 1998; hot. T. „D/Consiliu” 264/97 din 28 ianuarie 1999 fond și hot. C.J. „D/Consiliu” 122 și 125/99 din 31 mai 2001 recurs (deși în speță era vorba aparent de tipul relației juridice existente între două persoane – parteneriat înregistrat – și nu de orientarea sexuală, motivarea celor două instanțe axându-se pe acest aspect, în realitate, dat fiind că o relație stabilă între două persoane de același sex, chiar înregistrată ca atare în statul de origine, nu avea în cele mai multe state același regim juridic ca o relație stabilă între două persoane de sex diferit, *a fortiori* ca și căsătoria, după cum nicio relație stabilă între persoane de sex diferit nu avea în multe state același regim ca și căsătoria, precum și faptul că pentru persoanele de același sex căsătoria era imposibilă, orientarea sexuală a reclamantului era finalmente cauza discriminării, deși indirect și neintenționat).

(de facto; când reglementarea utilizează un alt criteriu decât cele menționate dar are ca efect o discriminare pe unul din criteriile menționate); acestea din urmă pot fi intenționate sau neintenționate. În timp ce discriminările directe și cele indirecte intenționate fie nu sunt admise, fie, dacă sunt menite să atingă un obiectiv de interes general care nu poate fi atins altfel, sunt admise mai strict și sunt strict interpretabile, cele indirecte neintenționate sunt admisibile mai larg, evident în aceleași condiții (Groussot, 2006; Craig, de Burca, 2003).

Jurisprudența Uniunii înclină în general spre egalitatea formală (Groussot, 2006), ceea ce nu înseamnă că nu se admit și măsuri de discriminare pozitivă (mai ales că chiar tratatele conțin o astfel de prevedere: art. 157 par. 4 T.F.U.E., dispoziție introdusă tot de Tratatul de la Amsterdam), cu condiția ca criteriile prevăzute de acestea să nu se aplice automat, necondiționat¹². Totuși, atunci când egalitatea ca drept fundamental poate fi legată de demnitatea persoanei iar aceasta este încălcată de un tratament care respectă egalitatea formală, jurisprudența înclină spre egalitatea reală¹³ (Groussot, 2006).

4. Securitatea juridică

Acest principiu apare prima dată în jurisprudența comunitară la modul implicit¹⁴, apoi la modul explicit¹⁵. Este un principiu complex, numit și „umbrelă”, deoarece i se subsumează mai multe principii – corolarele sale: neretroactivitatea, respectarea drepturilor dobândite, respectarea așteptărilor (sau, după formula utilizată de autorii francofoni, a încrederii) legitime, autoritatea de lucru judecat (Groussot, 2006; Steiner, Woods, 2009; Foster, 2009). Așa cum rezultă și din jurisprudență¹⁶, securitatea juridică poate veni în contradicție cu principiul legalității, trebuind deci conciliată cu acesta (Groussot, 2006).

4.1. Neretroactivitatea

Așa cum s-a arătat (Craig, de Burca, 2003), ea poate apărea în dreptul Uniunii în două forme: intrarea în vigoare a unui act normativ anterior publicării sale (ceea ce în dreptul românesc ar fi inadmisibil) și aplicarea unui act normativ la situații juridice născute și epuizate anterior intrării sale în vigoare, respectiv la efectele produse anterior intrării sale în vigoare de situații juridice născute anterior și aflate în curs de desfășurare; ambele forme se pot întâlni în practica instituțiilor și, deci, și a instanțelor Uniunii, deși prima mai rar decât cea de-a doua. De asemenea, ambele forme sunt admise de Curte (în lipsa unor prevederi în tratate în acest sens) în anumite condiții: existența unui interes public imperativ, care nu poate fi atins altfel¹⁷, și, dacă actul normativ respectiv îl înlocuiește pe altul care acorda particularilor drepturi sau facilități, respectarea drepturilor dobândite cu bună credință și a așteptărilor legitime¹⁸, acestea din urmă trebuind la rândul lor să îndeplinească condițiile specifice (a se vedea ulterior); are loc o punere în balanță a intereselor aflate în contradicție: interesul public care impune retroactivitatea actului și interesul privat care riscă să fie

¹² Hot. C.J. „Kalanke” cit.

¹³ Hot. C.J. „P” cit.

¹⁴ Hot. C.J. „Algera/Adunarea comună” 7/56 și 3,4,5,6,7/57 din 12 iunie 1957.

¹⁵ Hot. C.J. „S.N.U.P.A.T./Înalta Autoritate” 42 și 49/59 din 22 martie 1961.

¹⁶ Hot. C.J. „S.N.U.P.A.T.” cit.

¹⁷ Hot. C.J. „Rewe-Zentrale” 37/70 din 11 februarie 1971; hot. C.J. “SAFA” 337/88 din 9 ianuarie 1990.

¹⁸ Hot. C.J. „Amylum” 108/81 din 30 septembrie 1982; hot. C.J. „Fedesa ș.a.” 331/88 din 13 noiembrie 1990.

încălcat prin retroactivitate (Groussot, 2006; Isaac, 2001). Condițiile menționate nu se cer pentru actele care sunt favorabile particularilor¹⁹, pentru reglementările de procedură și de competență, precum și pentru reglementările care înlocuiesc reglementări anulate pentru vicii formale. Din contră, nici măcar în aceste condiții retroactivitatea nu este permisă în dreptul penal și în cel administrativ-contravențional²⁰, cu excepția binecunoscută a legii penale sau administrative mai favorabile. Retroactivitatea trebuie să fie expresă și motivată. Așa cum se arată, impunerea unor condiții stricte este justificată de faptul că retroactivitatea încalcă principiile care stau la baza statului de drept, ea cerând indivizilor să-și adapteze conduita la o regulă care nu exista în acel moment și, deci, nu putea fi cunoscută și nici prevăzută; or, trebuie ca indivizii să-și poată planifica viața și activitatea (Craig, de Burca, 3003).

În cazul actelor individuale retroactivitatea este admisă în condiții și mai stricte, exceptând actele care înlocuiesc acte anulate pentru vicii de formă: actele individuale pot fi retroactive doar dacă modifică sau revocă acte individuale ilegale, dacă intervin într-un termen rezonabil (adică cât mai scurt), dacă sunt justificate de un interes public peremptoriu și, în cazul în care actele anterioare acordau drepturi sau facilități, dacă respectă drepturile dobândite cu bună-credință și așteptările legitime (Groussot, 2006; Isaac, 2001).

Neretroactivitatea limitează interpretarea conformă a dreptului național în lumina dreptului Uniunii²¹, de asemenea limitează și efectele în timp ale hotărârilor Curții date în cadrul procedurii preliminară în interpretare²², cu excepția litigiului în care hotărârea e pronunțată (deoarece altfel s-ar încălca dreptul la o protecție judiciară adecvată; Steiner, Woods, 2009) și cu precizarea că în cadrul procedurii preliminară retroactivitatea e regula iar neretroactivitatea excepția (situație justificată de faptul că o hotărâre judecătorească nu e un act normativ sau individual administrativ, ea fiind pronunțată tocmai în baza unor astfel de acte).

4.2. Respectarea drepturilor dobândite

Acest principiu apare în strânsă legătură cu neretroactivitatea, mai precis cu revocarea sau abrogarea actelor ilegale, așa cum s-a văzut până acum. În jurisprudența Uniunii noțiunea de „drepturi dobândite” a fost inclusă cu timpul în cea de „așteptări legitime”, actualmente prima noțiune nemaifiind folosită deloc (Groussot, 2006). Din cauză că legiuitorul nu poate fi împiedicat să schimbe legislația în general, cu atât mai mult să înlocuiască actele ilegale, respectarea drepturilor dobândite trebuie pusă în balanță cu principiul legalității și cu dreptul legiuitorului de a schimba legislația, dându-i-se prioritate unuia sau altuia, de la caz la caz (Groussot, 2006).

4.3. Respectarea așteptărilor legitime

Noțiunea de “așteptări legitime” înseamnă că persoana afectată de un act juridic modificator se așteaptă ca acesta să fie adoptat (deci îl poate prevedea); ea are o sferă mai

¹⁹ Hot. C.J. „Road Air BV” 310/95 din 22 aprilie 1997.

²⁰ Hot. C.J. „Kent Kirk” 63/83 din 10 iulie 1984.

²¹ Hot. C.J. „Pretore di Salo” 14/86 din 11 iunie 1987; hot. C.J. „Kolpinghuis Nijmegen BV” 80/86 din 8 octombrie 1987.

²² Hot. C.J. „Defrenne” 43/75 din 8 aprilie 1976; hot. C.J. „Blaizot” 24/86 din 2 februarie 1988.

largă decât cea de „drepturi dobândite”, deoarece se întâlnește nu numai în caz de aplicare retroactivă a unui act, ci și în caz de aplicare intempestivă, adică fie de intrare în vigoare din momentul publicării, regula prevăzută în tratatele Uniunii fiind intrarea în vigoare în cea de-a 20-a zi de la publicare, fie de aplicare a actului la efectele produse din momentul publicării lui de situații juridice născute anterior și aflate în curs de desfășurare (una din variantele principiului aplicării imediate a legii noi). Aplicarea intempestivă este permisă dacă fie sunt respectate așteptările legitime ale celor vizați de act, fie se urmărește realizarea unui interes public imperativ; deci, în comparație cu retroactivitatea, aici cele două condiții sunt alternative și nu cumulative²³ (Groussot, 2006).

Așteptările legitime pot decurge dintr-un act juridic – normativ²⁴ sau individual²⁵ –, dintr-un act neoficial – ghid, notă, directivă internă, decizie informativă etc.²⁶ –, dintr-o practică a instituției care l-a putut face pe cel interesat să creadă că are de-a face cu un act juridic, din asigurări date de instituție într-un anumit sens²⁷ sau dintr-o omisiune de a da informații²⁸ (Groussot, 2006; Craig, de Burca, 2003); în niciun caz simpla schimbare de legislație nu justifică invocarea încălcării așteptărilor legitime, deoarece nimeni nu are dreptul să speră că o situație juridică existentă nu va fi schimbată.

Se arată (Groussot, 2006; Craig, de Burca, 2003) că stabilirea încălcării așteptărilor legitime presupune și ea un test cu 3 etape: stabilirea existenței unor așteptări decurgând din sursele menționate anterior; stabilirea caracterului demn de protecție al acestor așteptări; verificarea existenței unui interes public superior care ar putea prevala față de așteptările în discuție. În ceea ce privește cel de-al doilea element, este de menționat faptul că așteptările trebuie să fie legitime (adică interesul să nu fie ilicit sau imoral) și rezonabile (adică modificarea legislației să nu fi fost previzibilă pentru un comerciant avizat), actul sau conduita instituției să se bucure de aparența de legalitate iar conduita reclamantului să fi fost și ea legală, reclamantul să fi suferit un prejudiciu. În ceea ce privește cel de-al treilea element, trebuie să existe un interes public imperativ, care nu poate fi atins altfel; numai în cazul aplicării intempestive a unui act juridic, așa cum am văzut, existența interesului public imperativ poate prevala față de protecția așteptărilor legitime, ceea ce se apreciază de la caz la caz. Această etapă este din ce în ce mai puțin vizibilă în contextul unor puteri discreționare ale instituțiilor Uniunii și al unor situații economice fluctuante, când au loc schimbări frecvente – dar neretroactive – de legislație, instanța justificându-și decizia pe motivul că noua reglementare era previzibilă (altfel spus, ea se oprește la etapa a doua; Groussot, 2006).

4.4. Respectarea autorității de lucru judecat

Acesta este un principiu binecunoscut în orice sistem civilizată de drept, el presupunând că o hotărâre judecătorească rămasă definitivă exprimă adevărul legal și nu mai poate fi pusă în discuție decât eventual prin utilizarea unor căi extraordinare de atac, exercitate în

²³ Hot. C.J. „C.N.T.A./Comisie” 74/74 din 14 mai 1975; hot. C.J. „Tomadini” 84/78 din 16 mai 1979.

²⁴ Hot. C.J. „Mulder” 120/86 din 28 aprilie 1988.

²⁵ Hot. C.J. „Forges de Châtillon/Inalta Autoritate” 54/65 din 16 iunie 1966.

²⁶ Hot. C.J. „Louwage/Comisie” 148/73 din 30 ianuarie 1974.

²⁷ Hot. T. „Meyer/Comisie” 72/99 din 27 iunie 2000.

²⁸ Hot. C.J. „Mavridis/Parlamentul european” 289/81 din 19 mai 1983.

condiții restrictive. Jurisprudența Curții de Justiție îl recunoaște, cu consecința că efectele dreptului unional asupra dreptului național (efect direct, supremație) sunt limitate de el²⁹ (Steiner, Woods, 2009).

5. Dreptul la un proces corect

Acesta face parte din categoria drepturilor procedurale și este tratat de literatura de specialitate cu referire la procedurile administrative unionale și la cele preliminare lor, tocmai pentru că pentru aceste proceduri nu există prevederi în tratate și, cu rare excepții, nici în legislația secundară; el are mai multe componente: dreptul de a fi audiat (ascultat), dreptul de a fi audiat într-un termen rezonabil, dreptul de acces la dosar, confidențialitatea, obligația de motivare a măsurii, dreptul de a nu se autoincrimina + prezumția de nevinovăție. Le vom analiza pe rând.

5.1. Dreptul de a fi audiat

Acesta se aplică atunci când urmează a se lua orice tip de măsură defavorabilă împotriva unei persoane, indiferent de domeniu și de tipul măsurii (sanțiune sau nu) și implică dreptul de a-și face cunoscută poziția și punctul de vedere, chiar dacă nu într-o formă anume, dar nu presupune obligația instituției de a informa în mod detaliat persoana asupra tuturor aspectelor (Steiner, Woods, 2009). El a fost recunoscut de Curte ca un drept fundamental³⁰, inspirat din sistemele de common-law (englez, irlandez, unde se folosește noțiunea de „justiție naturală”; Groussot, 2006), limitat însă de necesitatea protecției securității publice³¹ (Steiner, Woods, 2009).

5.2. Dreptul de a fi audiat într-un termen rezonabil

Noțiunea de „termen rezonabil” este inspirată din Convenția Europeană a Drepturilor Omului din 1950 și din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, deși în cadrul Convenției problema se pune cu privire la procedurile judiciare. Acest drept a fost recunoscut și el ca drept fundamental de către jurisprudența unională³² (Groussot, 2006).

5.3. Dreptul de acces la dosar

Jurisprudența Uniunii a recunoscut că acest drept este necesar pentru ca persoana față de care urmează să se ia sau s-a luat deja o măsură defavorabilă să-și poată pregăti o apărare corespunzătoare; ea a făcut în acest sens referire la noțiunea de „egalitate a armelor”, preluată tot din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (Groussot, 2006;

²⁹ Hot. C.J. „Köbler” 224/01 din 30 septembrie 2003; hot. C.J. „Kapferer” 234/04 din 16 martie 2006; în sens contrar a se vedea totuși hot. C.J. „Lucchini” 119/05 din 18 iulie 2007 (e drept că în acest caz hotărârea judecătorească respectivă fusese dată când exista deja o decizie a Comisiei care declara ajutorul de stat incompatibil cu piața comună, această decizie fiind obligatorie și executorie).

³⁰ Hot. C.J. „Alvis/Consiliu” 32/62 din 4 iulie 1963 (în care era vorba de o măsură disciplinară față de un funcționar al Comunității); hot. C.J. TMP/Comisie” 72/74 (în care era vorba de o sancțiune administrativă din materia concurenței); hot. C.J. “Al-Jubail Fertilizers/Consiliu” 49/88 (în care era vorba de o măsură anti-dumping).

³¹ Hot. T. „OMPI/Consiliu” 228/02 din 12 decembrie 2006.

³² Hot. C.J. „Baustahlgewebe/Comisie” 185/95 recurs din 17 decembrie 1998; hot. C.J. „Eurofood IFSC Ltd” 341/04 din 2 mai 2006.

Steiner, Woods, 2009). Inițial dreptul de acces la dosar presupunea obligația instituției de a permite accesul doar la documentele utilizate ca bază pentru măsura luată³³, actualmente accesul vizează toate documentele utilizate în cursul investigațiilor, cu excepția celor care din diverse motive nu pot fi comunicate (cum ar fi documente interne ale instituției, secrete de serviciu ale firmelor, documente confidențiale emanând de la avocați etc.)³⁴.

5.4. Confidențialitatea

Acest drept vizează mai multe aspecte: protecția corespondenței dintre avocat și client³⁵, protecția secretelor de serviciu ale firmelor³⁶ etc. În ceea ce privește primul aspect, Curtea a avut în vedere diferențele semnificative de protecție dintre statele cu sistem de common-law și statele cu sistem de drept scris (acestea din urmă fiind mai puțin avansate în materie), creând principiul confidențialității ca pe o sinteză între aceste sisteme; totuși, deoarece principiul nu li se aplică în concepția Curții decât avocaților independenți, nu și celor cu regim de angajați (salariați), precum și numai avocaților din statele membre și nu și celor din state terțe, protecția asigurată de Curte este considerată nesatisfăcătoare de o parte a doctrinei (Groussot, 2006).

În ceea ce privește cel de-al doilea aspect, este de precizat că el nu presupune dreptul de a nu da instituțiilor Uniunii (mai precis Comisiei) documentele sau informațiile cerute în cadrul unor investigații, ci obligația instituțiilor de a nu dezvălui altora secretele de serviciu de care au luat cunoștință astfel și de a împiedica difuzarea lor către alții (Foster, 2009).

5.5. Obligația de motivare a măsurii

Acesta este un principiu foarte important, prevăzut de altfel în mod expres în tratatele Uniunii atât cu privire la actele normative cât și cu privire la cele individuale. Motivarea este necesară deoarece permite persoanei să-și dea seama de raționalitatea măsurii și permite exercitarea controlului judiciar³⁷; ea devine cu atât mai importantă în acele cazuri în care dreptul de a fi audiat este limitat de considerații de securitate publică (a se vedea anterior). Este însă de precizat că această obligație nu presupune un răspuns detaliat la toate punctele ridicate (Steiner, Woods, 2009).

5.6. Dreptul de a nu se autoincrimina și prezumția de nevinovăție

Deși cele două aspecte nu sunt identice, există între ele o strânsă legătură, unii autori considerând chiar că primul este o altă fațetă a celui de-al doilea (Steiner, Woods, 2009). Dreptul de a nu se autoincrimina nu a fost inițial recunoscut de Curte ca drept fundamental, deci ca principiu general, în procedurile administrative (mai precis în cele administrative finalizate cu sancțiuni asemănătoare celor penale) și în cele preliminare lor, el neputând fi

³³ Hot. C.J. „AEG/Comisie” 107/82 din 25 octombrie 1983; hot. C.J. „VBVB și VBBB/Comisie” 43 și 63/82 din 17 ianuarie 1984.

³⁴ Hot. T. „Hercules Chemicals NV/Comisie” 7/89 din 17 decembrie 1991 și hot. C.J. „Hercules Chemicals NV/Comisie” 51/92 recurs din 8 iulie 1999.

³⁵ Hot. C.J. „AM&S Europe Limited/Comisie” 155/79 din 18 mai 1982 (protecția corespondenței avocat-client).

³⁶ hot. C.J. „AKZO Chemie/Comisie” 53/85 din 24 iunie 1986 (protecția secretului de serviciu față de Comisie); hot. C.J. „SEP/Comisie” 36/92 din 19 mai 1994 recurs (protecția secretului de serviciu față de statele membre).

³⁷ Hot. C.J. „UNECTEF” 222/86 din 15 octombrie 1987; hot. C.J. „Al-Jubail Fertilizers/Consiliu” cit.

invocat în sprijinul refuzului de a da informații sau documente instituțiilor Uniunii³⁸, contrar jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului (*idem*); totuși, pentru a limita puterile instituțiilor și a compensa, astfel, lipsa de recunoaștere, Curtea a invocat „drepturile apărării” (Groussot, 2006), sprijinindu-se în acest sens pe Regulamentul Consiliului 1962/17/CE care reglementa atribuțiile de investigare ale Comisiei în materie de concurență. Explicația care i s-a dat acestei jurisprudențe restrictive constă în dorința Curții de a nu limita puterile de investigație ale Comisiei și de a nu submina astfel eficiența reglementării menționate (*idem*). Ulterior orientarea instanțelor Uniunii s-a schimbat³⁹, actualmente nemaifiind pusă la îndoială existența dreptului de a nu se autoincrimina ca principiu general și în alte proceduri decât cele penale.

La fel, prezumția de nevinovăție a fost recunoscută mai târziu ca drept fundamental în proceduri administrative, cu referire la Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁴⁰.

6. Dreptul de acces la justiție (sau dreptul la o protecție judiciară efectivă)

Este tot un drept de natură procedurală dar aplicabil de această dată Statelor Membre (atunci când ele acționează în sfera dreptului Uniunii), recunoscut de jurisprudența Uniunii ca drept fundamental⁴¹, cu referire la Convenția Europeană a Drepturilor Omului și la tradițiile constituționale ale statelor membre (Groussot, 2006; Steiner, Woods, 2009). El presupune posibilitatea particularilor de a ataca acte juridice naționale care, conform legislației statului respectiv, nu sunt susceptibile de vreo cale de atac. În acest sens, este de remarcat faptul că autonomia instituțională de care se bucură Statele Membre în aplicarea dreptului Uniunii – autonomie care presupune că statele stabilesc organele competente și procedura de urmat în aplicarea, inclusiv jurisdicțională, a dreptului Uniunii, sub rezerva stabilirii de către dreptul Uniunii a altor reguli de procedură – este limitată de necesitatea de a prezerva eficacitatea dreptului Uniunii (efectul direct, supremația, uniformitatea de interpretare și aplicare)⁴², eficacitate care cere ca particularii să poată invoca în justiția națională drepturile conferite de dreptul Uniunii (în cazul actelor unionale cu efect direct), să poată cere o interpretare a legislației naționale conformă cu dreptul Uniunii (invocabilitate de interpretare), excluderea legislației naționale neconforme cu dreptul Uniunii (invocabilitate de excludere) sau reparație pentru încălcarea de către state a drepturilor lor rezultând din dreptul Uniunii (invocabilitate de reparație). Eficacitatea este la rândul ei impusă de principiul cooperării loiale între state și Uniune (Groussot, 2006), principiu ce actualmente figurează în art. 10 T.F.U.E. și care prevede că statele sunt datoare să ia toate măsurile generale sau specifice pe care le implică

³⁸ Hot. C.J. „Orkem/Comisie” 374/87 din 18 octombrie 1989; hot. C.J. „Solvay/Comisie” 27/88 din 18 octombrie 1989.

³⁹ Hot. T. „Mannesmannröhren-Werke AG/Comisie” 112/98 din 20 februarie 2001; hot. C.J. „Otto BV” 60/92 din 10 noiembrie 1993.

⁴⁰ Hot. C.J. „Montecatini/Comisie” 235/92 din 8 iulie 1999 recurs; până atunci instanțele Uniunii au avut o singură ocazie de a se pronunța asupra acestui principiu (a se vedea hot. C.J. „Dow Chemical Iberica ș.a./Comisie” 97, 98 și 99/87 din 17 octombrie 1989), dar au considerat că, dat fiind că susținerile pe fond ale reclamantului nu erau întemeiate, nu mai e cazul să se pronunțe asupra existenței sau inexistenței principiului în dreptul comunitar.

⁴¹ Hot. C.J. „Johnston” 222/84 din 15 mai 1976; hot. C.J. „UNECTEF” cit.; hot. C.J. „Comisia/Austria” 424/99 din 27 noiembrie 2001.

⁴² Hot. C.J. „Deutsche Milchkontor GmbH” 205-215/82 din 21 septembrie 1983.

îndeplinirea obligațiilor, rezultând pentru ele din dreptul Uniunii și să se abțină de la orice măsură care ar periclita atingerea obiectivelor Uniunii. În acest sens, statele trebuie să asigure liberul acces la justiție, acolo unde ele nu o fac instanțele lor fiind datoare să admită acțiuni neprevăzute de dreptul național (Steiner, Woods, 2009; Jensen, 2007); de asemenea, statele trebuie să asigure proceduri și căi nediscriminatorii pentru cetățenii altor state în raport cu ai lor, echivalente cu cele existente pentru apărarea drepturilor rezultând din legislația națională (principiul echivalenței) și eficace, adică care nu fac excesiv de dificilă sau imposibilă apărarea drepturilor rezultând din dreptul Uniunii (principiul eficacității minimale)⁴³. Se observă că principiul eficacității minimale limitează principiul echivalenței, așa cum este el însuși limitat de principii dintre care unele au fost menționate anterior, cum sunt securitatea juridică, autoritatea de lucru judecat, *non reformatio in pejus*, administrarea corectă și eficace a justiției.

7. Concluzii

Așa cum rezultă din toate cele spuse mai sus, jurisprudența Uniunii, mai ales cea a Curții de Justiție, a jucat un rol hotărâtor în consacrarea principiilor generale nescrise ale dreptului unional, precum și în extinderea semnificației sau a sferei de aplicare a celor înscrise expres în tratate sau în reglementările de drept derivat. Principiile nescrise au fost extrase de jurisprudență din tratatele însele – fiind, pe cale de interpretare, considerate implicit cuprinse în ele –, din tradițiile constituționale comune ale statelor și din dreptul internațional public, mai ales din documentele internaționale privind drepturile omului, în rândul cărora Convenția Europeană din 1950 a jucat și joacă un rol predominant. Unele din principiile generale – cele care fac obiectul prezentului studiu – sunt un mijloc de protecție a drepturilor omului sau sunt ele însele drepturi ale omului, devenind astfel foarte importante pentru ordinea juridică a Uniunii. În calitatea lor de izvoare ale dreptului Uniunii ele sunt aplicabile nu numai Uniunii, ci și Statelor Membre atunci când aplică dreptul acesteia sau când sunt autorizate să ia măsuri derogatorii de la dreptul unional.

BIBLIOGRAFIE

- Craig, Paul, de Burca, Graine. 2003. *EU Law. Texts, Cases & Materials*. Oxford: Oxford University Press
- Foster, Nigel. 2009. *Foster on EU Law*. Oxford: Oxford University Press
- Groussot, Xavier. 2006. *General principles of Community Law*. Groningen: Europa Law Publishing
- Isaac, Guy. 2001. *Droit communautaire general*. Paris: Ed. Armand Colin
- Jacqué, Jean-Paul. 2009. *Droit institutionnel de l'Union Européenne*. Paris: Ed. Dalloz
- Jensen, Micaela Vaerini. 2007. *Exécution du droit communautaire par les Etats membres*. Basel: Ed. Helbing Lichtenhahn. Bruxelles: Ed. Bruylant. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence
- Steiner, Josephine, Woods, Lorna. 2009. *EU Law*, New-York: Oxford University Press Inc.
- Site-ul http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7045/

⁴³ Hot. C.J. „Rewe” 33s/76 din 16 decembrie 1976; hot. „Peterbroek ș.a.” 312/93 din 14 decembrie 1995.

FREEDOM OF CONSCIENCE, OF THOUGHT, OF RELIGION AND EQUALITY OF ALL PERSONS INSURANCE: BETWEEN PROTECTION AND LIMITED

MARIANA BORDIAN*

Abstract: Individual conscience is an indispensable element and exercises that justifies its actions. Religious cults are autonomous and separated from state with equal rights before the law and public authorities. The state intervenes in religion through legal regulation of administrative reports. One or another religious discrimination is punishable under the law. The sacrament of Confession is protected by law. The financial and economical activities of religious are under state control. The religious component parts, as well as institutions and enterprises are set up by the tax law. What is the state intervention? Are the religions and their components abstain from publicly expressing and public manifestation of their political preferences or the support of a political party, or socio-political organizations? The State recognizes the importance and the primary role of the Christian Orthodox religion, namely, the Moldovan Orthodox Church in the life, history and culture of Moldova. The state must protect the Orthodox Christian religion in Moldova with other religions risk containment.

Keywords: ensuring equality, religion, anti-discrimination, the expansion of religious activity, a victim of discrimination

Introduction

Individual conscience is the exercise and the indispensable element that justifies its actions. As constitutional freedoms, freedom of conscience and freedom of thought include in the law, and freedom of religion. Legal norms in Moldova protects the religious values and thus is an attractive area for religion.

According to art. 31 and 32 of the Constitution [1], freedom of religion is guaranteed. It must be manifested in a spirit of tolerance and mutual respect. All citizens are guaranteed freedom of thought, opinion and freedom of expression in public through words, pictures or any other means possible.

All religions are free and are organized according to their own statutes under the law. In the relations between religious denominations are prohibited any manifestations of discord. What is the state intervention? Religions and their parts fail it from publicly expressing their political preferences or support of any political party or socio-political organizations? Religious cults are autonomous and separated from the state and enjoys its support, including facilitation of religious assistance in the army, in hospitals, prisons, asylums and orphanages. Forbidden and punishable by law denying and slandering the state and people, calls to war and aggression, ethnic, racial or religious hatred, incitement to discrimination, including separatism, public violence and other actions threatening constitutional order.

*Faculty member of State University, Moldova.

The state intervenes in the religious cults work through legal regulation of administrative reports. One or another religious discrimination is punishable under the law. The sacrament of confession is protected by law.

Moldova's criminal law sanctions criminal actions against freedom of religion and assigns them to the crime of genocide, as art. 135 of the Criminal Code of the Republic of Moldova [2] provides that the commission, in order to destroy in whole or in part a national, ethnic, racial or religious group of any of the following acts: a) Killing members of the group, b) achieve serious bodily or mental group members c) take measures to lower birth within the group, d) child trafficking related to group e) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to lead to the extermination of total physical or part, shall be punished with imprisonment from 16 to 20 years including life imprisonment. Another component of the offense which concerns religious values is included in the category of offenses against public authorities and state security. Thus, in accordance with art. 346 of the Penal Code [2] deliberate actions, public exhortations, including through the media, written and electronic aimed at incitement of hatred or discord national, racial or religious humiliation to honor and national dignity and the limitation direct or indirect to the rights or the establishment of advantages, direct or indirect, citizens according to their nationality, race or religion, shall be punished by a fine of up to 250 conventional units or by unpaid community work 180 to 240 hours, or with imprisonment of up to three years.

In the context of the idea that while stating that religion is independent of the state, we find in fact, from the above, that this is a protected value by the state. In terms of legal, Moldova is a secular state and religious denominations most people are Christian orthodox church represented. This is stated in art. 15 of the Law on freedom of conscience, thought and religion [3] which provides that the State recognizes the importance and the primary role of the Christian Orthodox religion, namely, the Moldovan Orthodox Church in the life, history and culture of Moldova. The same law provides that the state encourages and supports social, moral, cultural and religious charity and their component parts. On one hand, the state recognizes the primacy of the Christian Orthodox religion of its citizens and, on the other hand supports all religious denominations, the provision advantage Muslim organizations in Moldova, namely Spiritual Organization of Muslims in Moldova. In 2005, the Moldovan authorities refused accepting the Muslim community. Therefore addressed the members of the OSCE mission in Moldova that monitored Muslim community attempts to obtain official recognition and registration of the Islamic faith communities and recommended that the Moldovan authorities to register the Muslim community. Conservatism shown by the Moldovan authorities refused official registration of Muslim religion is fully justified because the law does not forbid the religion, or the interests of applicants have for expansion y limiting and restricting other religions. We believe that religious registration should depend on the one hand that the compact how people live confesses that religion, on the other hand, the restrictions and obstacles faced by the manifestation of religious law. Under this legal regulation we see that all priorities for the right to religion and there were no grounds and opportunities to record in 2011 religious Islamic League of Moldova (the League) that brings together Muslim associations in Moldova and represents their interests in country and abroad.

Recently, in order to harmonize Moldovan legislation with European standards and European directives namely [5 and 6], the Law on Ensuring equality [4] which aims to

prevent and combat discrimination and ensure equality of all persons the Republic of Moldova in the political, economic, social, cultural and other spheres of life, regardless of race, color, nationality, ethnic origin, language, religion or belief, sex, age, disability, opinion, political affiliation or any other similar criteria. Moreover, the law [4] requires the establishment of a body vested with powers to prevent and combat discrimination and ensure equality, namely the Council to prevent and eliminate discrimination and ensure equality is a collegial body with legal entity status public.

Analyzing the goals and objectives of the League they detach that are: providing beneficial conditions for believers to manifest religious canons in accordance with the Quran, the Muslim associations to strengthen relations between different nationalities based on religious knowledge, dissemination of accurate knowledge regarding Islam and opposition to extremist ideological currents, giving the Islamic law. From the above we conclude that the league goals can be achieved without state registration in the Republic of Moldova.

Historical retrospective shows that during the reign of Stefan cel Mare there were not built mosque or Muslim places of worship. In this context we left but to believe that the purpose unregistered is the insistence infiltration in various fields by religion. We ask what administrative track records as an Orthodox Christian League in Egypt, Saudi Arabia or any other country where Islam predominates and has rigid unwritten rules in this regard?

The Russian Federation is rigid on the possibilities of expansion of Muslims at the expense of Orthodox Christian population, although it claims to be a secular state. It is noted that Russian law stipulates the right person not belonging to any religion. Despite the fact that Islam was recognized in the Russian Federation since 14th century, is now proving dominance that religion only in places where people live Muslim compact and compact in places where people live the Christian religion is not infiltrating other religions, not to intimidate.

The formal objective that Muslim people want is spreading its beliefs excuse to change world public opinion and create the impression that there are radical Islamists who commit various terrorist acts against mankind and other illegalities, but religious Islamic community are peaceful and tolerant. This aimed to propagate religion without distortion, based on unique beliefs, away from extremes and extremists. We believe that these values can be promoted by culture not necessarily by the League record. More so that the law [3] provides a range of facilities such as: everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion.

This right shall be exercised in a spirit of tolerance and mutual respect and shall include freedom that belongs to a particular religion, to have or belief, to change his religion or belief, to practice one's religion or beliefs individually or jointly, in public or in private, in teaching, practice, worship and observance. Each person can join a religious community free from any religious denomination. Exercise of the freedom to manifest religious beliefs or belief may be restricted, under the law, only if the restriction pursues a legitimate aim and is, in a democratic society, measures necessary for public security, public order, health and morals or for the protection of the rights and freedoms of individuals. State excludes any discretion on the part of the legitimacy of religious beliefs.

Abusive proselytizing is prohibited. Officiating at religious services in places of worship and the territory belonging to them in cemeteries, the home faithful or religious worship and other public places agreed with local authorities. All religions have the right to celebrate religious services in homes, child care centers, boarding schools, homes for the elderly and disabled, prisons, military establishments, health care, education, police and other persons to request they are in general agreement with those institutions. All religions have the exclusive right to found Press for believers to convert, to purchase, import, export and spread religious literature.

Moldovan legislation sets out a number too small to record founding religious cults and religious community. Thus, for the record, the Ministry of Justice denominates a list of at least 100 of founding individuals, citizens of Moldova having residing in Moldova. Religious communities are, on a voluntary basis by individuals under the jurisdiction of the Republic of Moldova, with full legal capacity, to profess together the faith, and for the record, the list of at least 10 founding individuals, citizens of Republic of Moldova having residing in Moldova.

We believe that the number should be higher of the founders namely, to be calculated by the formula related to population density.

In this context we note that the registration resulted from the League is another stage of integration and propagation of Islamic religion. Currently in Moldova is observed clearly insistence Muslim leaders to introduce in schools in Moldova religious history as a school subject and not "religion" as it is called the present. The League is required to coordinate the evolution and development of Islam in Moldova. We wonder if it is so appropriate for Moldova, or a strategy League. It also enhances the appearance of the media in various forms and pretexts Muslim people. Submit ideas and requests the involvement of representatives of various confessions matters. We do not exclude a possible involvement of victimization positions, which under the law as is any action or inaction resulting in adverse consequences as a result of filing a complaint or submission of an action in court in order to ensure that the law or the provision of information, including some testimonies relating to the complaint or action made by another person.

Religious registration is attractive fiscally. The financial and economical activities of religious cults are under state control. The religious component parts, as well as institutions and enterprises set up by them extends by the tax law. The state promotes religious cults from preferential tax policy. Components of the religious places of worship to which they belong, and the land on which they are built, are exempt from taxes on real estate and land according to tax legislation

We will feel the islam subtleties further, the reflections above are found in slightly more than one year from the date of registration of Islamic League of Moldova.

Freedom Islamic religious communities must end where religious freedom Christian community begins. We believe that the legally invasion of other religions is a shock to Christian religious freedom in Moldova.

The state must protect preferential Orthodox Christian religion in Moldova with other religions risk containment.

BIBLIOGRAPHY

1. Moldovan law on freedom of conscience, thought and religion, no. 125 of 11.05.2007, // Official Monitor no.127-130 of 17.08.2007
2. Constitution of Molodva of July 29, 1994 // Official Gazette No. 1 of 18.08.1994.
3. Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, // in the Official Journal of the European Union no. L180 of 19 July 2000
4. Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in respect of employment and employment, // in the Official Journal of the European Union no. L303 of 2 December 2000
5. Criminal Code of the Republic of Moldova No. 985 of 18.04.2002 // Official Gazette no. 72-74 of 14.04.2009
6. Moldova's Law on Gender, No. 121 of 25.05.2012, // Official Gazette no. 103 of 05.29.2012 (effective from 01.01.2013)

OBSERVATIONS REGARDING THE OFFENCES AGAINST PROPERTY SET OUT IN THE NEW CRIMINAL CODE

Ph.D. CONSTANTIN DUVAC

*Associate Researcher – „Acad. Andrei Rădulescu”
Institute of Legal Researches of Romanian Academy
Associate Professor – Faculty of Law and Economics
“AGORA” University of Oradea*

Abstract: The author presents at the outset certain general considerations regarding the special part of the new Criminal Code, subsequently focusing on the offences against property, set out under Title II of the special part of the new Criminal Code of 2009.

He underlines the amendments brought to the matters under review in terms of systematisation and of the legal content of various criminalization norms, highlighting both positive aspects and the arguable ones, in relation to which he puts forward several *de lege ferenda* proposals.

Furthermore, the author achieves a comparative research of the criminalization norms that have a correspondent in the criminal law currently in force, a quick review of the *ex novo* criminalization norms; this analysis is accompanied by several observations and recommendations (*de lege ferenda* proposals) for improving the texts under review.

Keywords: Criminal Code, criminal law, offence, penalty, property

I. GENERAL OBSERVATIONS REGARDING THE SPECIAL PART OF THE NEW CRIMINAL CODE

1. In terms of *systematisation*, the drafters¹ of the new Criminal Code, adopted by Law no. 286/2009², as further amended and supplemented, dropped the structure of our previous criminal codes, first regulating the offences against the person and against the person's rights, followed by the offences against property and only afterwards by the offences against the state's attributes or other fundamental social values. The same structure is found in most of the recent European codes (Austria, Spain, France, Portugal) and it reflects the current concept as to the place of the human being and his/her rights and freedoms in the hierarchy of the values that are also safeguarded by means of criminal law.

¹ The Committee for drafting the Criminal Code, set up at the level of the Ministry of Justice, according to the provisions Art. 26 of Law no. 24/2000 on legal drafting, recast, as further amended and supplemented, is made up of: prosecutor Katalin-Barbara Kibedi, advisor to the Minister of Justice, president of the Committee; Professor Ph.D. Valerian Cioclei, Faculty of Law, University of Bucharest; Professor Ph.D. Ilie Pascu, Faculty of Law and Administrative Sciences, “Andrei Şaguna” University of Constanţa; Associate Professor Ph. D. Florin Streteanu, Faculty of Law, “Babeş-Bolyai” University of Cluj-Napoca; judge Gabriel Ionescu, High Court of Cassation and Justice; judge Ana Cristina Lăbuş, member of the Superior Council of Magistrature; judge Andreea Stoica, Appeal Court of Bucharest; judge Mihail Udrouiu, Court of Bucharest, seconded to the Ministry of Justice; advisor Elena Cismaru, head of sector – Criminal Legislation and Legislation on Misdemeanours, Legislative Council and advocate Marian Nazat.

² Published in “Romania's Official Gazette”, Part I, no. 510 of 24 July 2009.

Thus, the offences set out under the special part of the new Criminal Code have been clustered under 12 titles (offences against persons; offences against property; offences regarding state authority and border; offences against rendering justice; offences of corruption and in relation to the official duties; offences of forgery; offences against public safety; offences that infringe upon the relations that concern social community life; election offences; offences against national security; offences against the fighting capacity of the armed forces; offences of genocide, offences against humanity and war offences), each of them having, as a rule, more subdivisions.

In the special part, 259 texts are enshrined, as compared to 209 texts which are included in the regulation that is currently in force. The increase in the number of the incrimination texts included in the code is justified either by the fact that certain texts from special criminal laws were taken over, with minor amendments (for instance, human trafficking, trafficking in minors, simple fraudulent insolvency, aggravated fraudulent insolvency, computer crime, illegal state border-crossing etc.), or by the fact that new criminalization texts were introduced (for instance, homicide at the victim's request, injuring the fetus, violation of professional seat, violation of private life, breach of trust to the fraud upon creditors, insurance fraud offences, public tender rigging etc.), even if some of them were not claimed by our doctrine and case law.

De lege ferenda, one should consider whether, given the importance of the protected social values and relations or the frequency of their perpetration, as the case may be, it would be appropriate to include under the same code certain criminalization texts such as terrorism or those regarding the illicit drug use and trafficking, or those against intellectual property or even, but not least, offences against environment.

2. The penalty arrangements for the offences enshrined under the special part have been re-positioned within normal limits – according to the opinion of the drafting committee (hereinafter referred to as “the committee”) – so that it enables to turn into practice the contemporary vision regarding the role of the penalty in the social reinsertion of the persons who committed offences³.

Under this concept, the scope and the intensity of criminal repression has to remain under determined limits, first of all depending on the importance of the infringed social value in cases of those who breach criminal law for the first time, and increasing progressively for the persons committing several offences before being finally convicted and even more for the persons in relapse.

In the same vein, mention must be made that, as opposed to the criminal law in force, the new regulation introduces, for instance, the mandatory penalty increase in case of concurrence of offences when only imprisonment penalties are established (cumulative sentencing system with mandatory penalty increase), arithmetic cumulative sentencing system (grand total) as to the penalty arrangements of the post-conviction relapse or mandatory increase by half of the special limits of the penalty established by law for the new offence in the case of the relapse after serving a prison sentence.

This is the reason why the penalty limits provided in the special part have to be in line with the provisions in the general part, which enable a proportional aggravation of the

³ For this purpose, please see the Government Decision no. 1183/2008 for approving the preliminary works of the draft Criminal Code, published in “Romania's Official Gazette”, Part I, no. 686 of 8 October 2008.

penalty treatment set out for concurrence of offences and relapse, both of them being causes for the aggravation of the penalty to be applied to the active subject.

Last but not least, one should mention that the limits of the penalties provided for under the special part of the code are in line with the limits set out in most European criminal codes for similar offences, and also with the penalty limits provided traditionally in our law, both by previous codes and by the Criminal Code that is currently in force, prior to the amendments made by Law no.140/1996⁴.

This opinion, in relation to which we have expressed our reservations on previous occasions⁵, does not confirm in all cases. Thus, for instance, one should consider whether such a dramatic reduction of the special limits of the penalties established for most of the offences against property would contribute to a reduction of these offences. In our opinion, the only answer is a negative one. The promptitude of criminal repression and a firmer response in relation to the causes determining the perpetration of the offences against the property could contribute to the decrease of the number of this category of inconvenient acts or, as the case may be, to the removal of the damages caused thereof.

3. Additionally, the committee has tried and managed mostly *to streamline the criminalization norms* (there is only one exception, namely the legal content of the offence of aggravated theft, which has 16 aggravating circumstantial elements) avoiding the overlaps between various criminalization texts or to reduce the number of aggravating circumstantial contexts having a correspondent in the aggravating circumstances, set out in the general part of the Code.

Thus, when a circumstance is set out under the general part as a general aggravating circumstance, it was not mentioned again in the content of the criminalization norms from the special part, and therefore the general text is to apply. For instance, considering that the aggravating element of the perpetration of an offence by three or more persons – Art. 77 (a) – was set out in the general part, with some exceptions (possible slips of the committee), one dropped the aggravating circumstantial element consisting in the commission of the offence by two or more persons, the differentiation between one and two offenders being adequately made when judiciary individualization is achieved. From this viewpoint, *de lege ferenda* one should consider the removal from the aggravating content of the offences set out under Art. 218 (rape), 219 (sexual assault) of the circumstance of perpetrating these criminal offences by two or more persons together. Similarly, one should remove the circumstance of perpetrating the offence by two or more members of the military together from the content of Art. 414 (desertion) and Art. 418 (constraint of the superior).

4. At the same time, in some cases, certain special aggravating circumstantial elements or variants assimilated to typical criminalization norms or even autonomous criminalization norms were *repealed*, yet without decriminalizing them thereon. Thus, fraud is criminalized in Art. 244 of the new Criminal Code, coming under the category of those offences against

⁴ Published in “Romania’s Official Gazette”, Part I, no. 289 of 14 November 1996.

⁵ For details, please see C. Duvac, *Certain critical observations regarding the draft of a second Criminal Code*, Romanian Forensic Science Review, no. 4, 2009, pp. 147-153; C. Duvac, *Certain critical observations regarding the draft of a second Criminal Code*, in “Cross-border crime at the border between present and future”, bilingual edition (Romanian-Hungarian), T.K.K. Debrecen, Hungary, 2009, pp. 91-106, 373-390.

property that are characterised by breach of trust, laid down in Chapter III of Title II of the special part. The text does not include anymore paras. (3), (4) and (5) of Art. 215 of the previous Criminal Code, apparently decriminalizing fraud in contracts, cheque fraud or fraud producing particularly serious consequences. Yet, repealing the criminalization norms in Art. 215 paras. (3), (4) and (5) of the Criminal Code of 1968 does not mean that these anti-social acts have been decriminalized⁶. Subject to the provisions of Art. 244, they will represent *factual* modalities for the perpetration of the offence of simple fraud or aggravated fraud, as the case may be.

The same reasoning should apply in relation to the offences assimilated to fraud offence, laid down in the Criminal Code that is currently in force. The new criminal law does not include anymore certain offences assimilated to fraud offence, laid down in Art. 296 (deceitful measurement) or in Art. 297 (fraud regarding the quality of merchandises) of the Criminal Code of 1968, yet these offences, insofar as they would be committed⁷, shall come under the provisions of Art. 244 of the new Criminal Code, as *factual* modalities of fraud.

Moreover, the repeal does not equal decriminalization, since the repealed offence may remain criminalized in a different text of law, having the same *nomen iuris* (as it is the case of the fraud offence) or coming under a different name (for instance, the offence of slanderous denunciation, set out in Art. 259 of the Criminal Code of 1968 shall be laid down in Art. 268 of the new Criminal Code that has as marginal name “misleading the judiciary bodies”).

II. OBSERVATIONS ON THE OFFENCES AGAINST PROPERTY (Art. 228 – Art. 256)

1. The criminalization texts of the offences against property, laid down under Title II, were *systematised* in 5 chapters (Chapter I – Theft; Chapter II – Robbery and piracy; Chapter III – Offences against property by breach of trust; Chapter IV – Fraud committed by computer systems and electronic payment means; Chapter V – Destruction and disturbance of possession), considering the factual situations in which the goods as patrimonial entities may be found, as well as the character or the nature of illicit actions by which these factual situations may be modified. For the Romanian criminal law, this systematisation is not made for the first time, yet it means coming back to the tradition: the Criminal Code of 1864 systematised property crimes and misdemeanours under 9 sections, whilst the Criminal Code of 1936 set out the crimes and misdemeanours against the property under Title XIV, which comprised 4 chapters.

The solution of classifying the offences against property under several categories is also promoted in the criminal codes of certain EU member states that have been recently adopted, for instance the French Criminal Code (3rd Part – Crimes and misdemeanours

⁶ In a contrary sense, please see Gh. Ivan, *Criminal Law. Special part*, 2nd edn., Ed. C. H. Beck, Bucharest, 2010, p. 314. With respect to fraud in contracts and cheque fraud, the author asserts that they are not criminalized anymore, “although the factual reality did not require such a decriminalization (*abolitio criminis*)”.

⁷ For this purpose, please see: Supreme Court of Justice, Criminal Section, Dec. no. 4012/2001, “Criminal Law Review” no. 2/2003, p. 158; High Court of Cassation and Justice, Criminal Section, Dec. no. 5524/2003, “Criminal Law Review” no. 1/2005, p. 165.

against goods – comprises two titles, each of them being structured on 4 chapters) or of the Spanish Criminal Code (Title XIII – Offences against property and socio-economic order – that comprises no less than 14 chapters), and also the older codes (for instance, the Italian Criminal Code, the German Criminal Code etc.).

The penalties set out under the criminalization texts of the offences against property are much lower than those set out under the Criminal Code in force. This criminal policy option was grounded on the following reasons:

- a) the penalties applied by courts for this type of offences;
- b) the need to ensure the correlation with the provisions of the general part regarding the mechanisms of punishing the plurality of offences, and also the penalty limits set out for the application of alternative modalities for establishing penalties to be served;
- c) the need to reflect within the legal penalty limits the natural rank of social values that are safeguarded by criminal law means;
- d) the need to come back to the tradition of previous criminal codes (Criminal Code of 1864, the one of 1936 and the Criminal Code that is currently in force, in the form adopted in 1968).

2. Criminalization norms under chapter III are addressed below, considering that many amendments have been brought to them.

Offences against property by breach of trust (Art. 238-Art. 247 of the Criminal Code) are laid down in **Chapter 3**; in this category, apart from certain offences criminalized in the Criminal Code in force, such as: breach of trust, fraudulent management, appropriation of found property (the criminalization norm being given a new (*nomeniuris*) and fraud, new offences were introduced, such as: breach of trust to the fraud upon creditors, simple fraudulent insolvency, aggravated fraudulent insolvency, insurance fraud, public tender rigging and patrimonial exploitation of a vulnerable person.

3. As for the first type of offences (the ones that are also laid down in the Criminal Code in force), certain amendments were brought, so that the texts could provide better responses to the need to repress certain perpetration modalities as to the respective offences, highlighted by the case law. Thus, for the *breach of trust* (Art. 238), a new modality for the perpetration of the offence was introduced, namely by unlawfully utilizing an asset entrusted with a specific purpose, by the person who had received it. In the opinion of the drafters of the new criminal law, the text takes into account both the case where the person did not have the right to utilize the asset (for instance, a vehicle is entrusted by the owner to a mechanic for having it fixed, and the latter drives it for his own benefit or for the benefit of third parties), and also the situation when the person who has received the asset has the right to utilize it, but he uses it for another purpose than the one for which the asset has been entrusted to him (for instance, the perpetrator is given a car to have a ride, but he utilizes it for carrying goods whose weight exceeds the allowed limit for the named car).

By expressing reservations about this systematisation, deemed excessive, in the doctrine one argued that such a rewording of the breach of trust was not needed, as the phrasing of the law currently in force is fully adequate. At the same time, one has argued that the act of disposing of the asset also absorbs the act of utilizing it, so that both notions needn't have been mentioned. Moreover, one has deemed that the purpose for which the

asset was entrusted to the offender is not essential, the important aspect being the one that the temporary use of the asset was handed over, in order to conduct certain material operations to the asset, without the loss of the possession by the possessor or without the loss of the holding of the asset by the holder⁸.

As to this offence, criminal action is initiated upon prior complaint from the injured person.

The prior complaint shall be lodged to the criminal prosecution authority or to the prosecutor, in accordance with the law and it has to be lodged within 3 months from the date when the injured person has found about the perpetration of the offence. If the injured person is a minor or lacks exercising capacity, the term of 3 months runs from the date when the person who is entitled to report the offence has found about the perpetration of the offence. If the prior complaint is made against their legal representative, the aforementioned term runs from the date of appointing another legal representative.

The prior complaint wrongfully lodged is deemed valid only if it was filed in due time at the judiciary authority lacking competence to handle it, which has to submit it, by administrative way, to the judiciary authority having competence to handle it.

The injured person may withdraw his/her prior complaint until a final judgement has been rendered and this circumstance leads to the removal of criminal liability of the person in question.

It should be noted that in the new regulation the withdrawal of prior complaint removes criminal liability only in relation with the person for whom the complaint was withdrawn (*in personam* effect), and it has not effects as to all the perpetrators of the offence (*in rem*)⁹.

4. By Art. 239 an *incriminatio ex novo* was introduced, namely ***breach of trust to the fraud upon creditors*** that may be committed in two variants, either by the act of the debtor to transfer, conceal, mutilate or destroy, either in full or in part, assets or parts of his property or to claim fictitious acts or debts with a view to defrauding his creditors, either by purchasing goods or services, with the debtor knowing, when engaging in a trade, that he could not pay and thus prejudicing his creditor. Both variants of this offence perpetration were indicated by the case law of the past years, yet the judiciary bodies did not have an explicit legal text to enable the repression of such activities. Similar criminalization norms are to be found in Art. 150 and Art. 164 of the Swiss Criminal Code, Art. 313-5 and 314-7 of the French Criminal Code, Art. 227 of the Portuguese Criminal Code, Art. 257-258 of the Spanish Criminal Code, § 282 of the Norwegian Criminal Code etc.

As to the offence set out in para. (1), one has upheld that the perpetrator must objectively be unable to pay, being irrelevant “what he had known”. He might consider

⁸ G. Antoniu, *Observations regarding the first draft of a second new Criminal Code (II)*, cit. supra, p. 18.

⁹ For a detailed analysis of this institution, please see Viorel Pașca, *Lack of prior complaint, withdrawal of prior complaint and reconciliation of parties in the new Criminal Code*, in the collective volume “The new codes of Romania” edited on the occasion of the National Conference of Timișoara, 27-28 May 2011, Ed. Universul Juridic, Bucharest, 2011, pp. 502-509; Vasile Teodorescu, *Lack of prior complaint and withdrawal of prior complaint* (Exemptions from criminal liability), Comments, in “Preliminary explanations of the new Criminal Code (Art. 53-187), vol. II, by George Antoniu (coordinator and co-author), Bogdan-Nicolae Bulai, Constantin Bulai, Ștefan Daneș, Constantin Duvac, Mioara-Ketty Guiu, Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, Ioan Molnar, Ion Ristea, Constantin Sima, Vasile Teodorescu, Ioana Vasui, Adina Vlăsceanu, Ed. Universul Juridic, Bucharest, 2011, pp. 447-454.

himself solvent, although objectively he is not. His criminal liability shall be drawn by the objective situation and not by his mental representation. The offender may not be excused by error of fact since an economic operator who keeps his business records lawfully knows at any moment his financial situation¹⁰.

The purpose set out in the type variant of the offence signifies finality, delineating the intention that the perpetrator must have. As such, the typical offence, although it is an offence against property, from the viewpoint of the immediate consequence, it is an offence of danger and not an offence of result.

In para. (2), offences causing damage to a creditor are criminalized. In this case the offence is one of result, yet without aggravated intention¹¹.

5. The text of Art. 240 para. (1) of the new Criminal Code, criminalizing *simple fraudulent insolvency*¹² has the same content with the one of Art. 143 para. (1) of Law no. 85 of 2006 on insolvency procedure¹³, yet in a different systematization. If the special law first sets forth the penalty and afterwards the description of the offence¹⁴, in the new Criminal Code there is a reversed order: the offence is described first and afterwards the penalty is set out.

Simple fraudulent insolvency consists in the failure to file insolvency or filing insolvency out of the time limit allowed by law, by a debtor who is either a natural person or the legal representative of the debtor legal person, within a term exceeding by 6 months the statutory term, as of the date when insolvency occurred [or 35 days as of the date when insolvency occurred, under the conditions and in the cases laid down in Art. 27 para. (1)¹ and (1)² of the law – our added comment] or filing insolvency after the expiry of the time limit allowed by law.

The *pre-requisite* of simple fraudulent insolvency consists in the existence of a situation of insolvency of a natural or a legal person of private law who also carries out economic activities, of those referred to in Art. 1 of Law no. 85/2006 and who becomes therefore a debtor for the purpose of the same legal instrument.

At the same time, from the viewpoint of the criminal law only the *manifest* insolvency is relevant, as opposed to the imminent one, as only for the first one filing insolvency is mandatory.

The provisions of Art. 240 have the feature of an incomplete norm because a part of the content description of the criminalized offence is to be found in Art. 27 of Law no.

¹⁰ G. Antoniu, *Observations regarding the first draft of a second new Criminal Code (II)*, cit. supra, p. 18.

¹¹ Ibidem, p. 18. In the author's opinion, one could use the phrase "to claim services", as services are not purchased, whilst the phrase "fictitious acts or other acts" should be introduced in the text.

¹² For details, please see C. Duvac, *Simple fraudulent insolvency in the new Criminal Code*, "Criminal Law Review", no. 4, 2011, pp. 67-81.

¹³ Published in Romania's Official Gazette, Part I, no. 359 of 21 April 2006. The declared purpose of this law is to establish a collective procedure (that is a procedure in which secured creditors participate jointly in monitoring and recovering their credits, in the modalities set out by this law) in order to cover the liabilities of the debtor who is under insolvency.

¹⁴ By virtue of Art. 143 para. (1) of Law no. 85/2006: "A person shall be guilty of an offence of simple fraudulent insolvency and shall be liable to imprisonment from three months to one year, or a fine if: the debtor, a natural person, or the legal representative of the debtor legal person fails to file insolvency or files insolvency out of the time allowed by law, 6 months after the term provided in Art. 27".

86/2006, which establishes that the legal term referred to in Art. 240 para. (1) is maximum 30 days as of the date when the state of insolvency has occurred.

In absence of an explanatory legal provision of the phrase “fraudulent insolvency”, the legal content of the offences of simple and aggravated fraudulent insolvency could be analysed only by taking into consideration the legal provisions that regulate the insolvency procedure¹⁵, laid down in Law no. 86/2006, a special procedure which shall take precedence over ordinary law procedure set out in the Civil Procedure Code.

In the criminal doctrine¹⁶, under the influence of the regulation that existed *ab initio* in Art. 876-877 of the Romanian Commercial Code, one expressed the view that aggravated fraudulent insolvency absorbs in its content simple fraudulent insolvency (it had a different legal content than the one provided for under the new Criminal Code), being its aggravated type. Most of the authors, who have examined the legal content of the two offences, did not express any view thereto.

In our view, if the offences laid down in Art. 240 and in Art. 241 of the Criminal Code are committed by the same debtor, rules regarding real concurrence of offences shall apply and not the ones regarding the absorption of simple fraudulent insolvency into aggravated fraudulent insolvency. When describing the forbidden act, the text of Art. 241 of the Criminal Code employs neither any of the terms representing *verbum regens* of simple fraudulent insolvency nor its marginal title to lead to the conclusion that aggravated fraudulent insolvency is a complex offence absorbing simple fraudulent insolvency.

The legislator, by criminalising distinct activities within a sole complex activity, should have named (in a perfect drafting technique) the absorbed offence in a way that leaves no doubt as to this absorption [either by utilizing the terms expressing the material element of the absorbed offence (for instance, aggravated fraudulent insolvency represents, *inter alia*, “the act committed by a person who, to the fraud upon his creditors *falsifies*... the records

¹⁵ Even if the insolvency procedure has a collective character, as opposed to the foreclosure procedure that has an individual character, it does not exclude the possibility for a creditor to request the commencement of the procedure.

¹⁶ Ioan I. Tanoviceanu, *Criminal law textbook*, vol. I, Atelierele Grafice “Socec & Co”, Societatea Anonimă, Bucharest, 1912, p. 677. For the same purpose, please see: M. Pașcanu, *Romanian insolvency law*, Ed. Cugetarea, 1926, pp. 660-661; Vasile Bercheșan, Nicolae Grofu, *Tax evasion and aggravated fraudulent insolvency (Forensic science – theory and practice)*, Ed. Little Star, Bucharest, 2004, p. 192. The authors present aggravated fraudulent insolvency, provided in the Commercial Code, as an aggravated form of simple fraudulent insolvency. In a wrong way, Romanian authors in the ‘90s attribute to Professor Vintilă Dongoroz this hypothesis of the absorption of simple fraudulent insolvency into the aggravated fraudulent insolvency, although in the comments he had made on the manual of his professor, he did not make any reference as to this matter, simply reproducing the idea expressed by Tanoviceanu. Please see, for this purpose, Vintilă Dongoroz, in Ioan I. Tanoviceanu, *Criminal law and criminal procedure law manual*, vol. II, 2nd edn., as revised and supplemented by Vintilă Dongoroz (doctrine), Corneliu Chiseliță, Ștefan Laday (references to the constituencies of Bucovina and Ardeal), Eugen Decusară (case law), Tipografia “Curierul Judiciar”, Bucharest, 1925, p. 300. In a contrary sense (the existence of concurrence of offences): Cas. II no. 852/1901; Cas. II no. 572/1904 and Cas. II no. 423/1905, cited by Paul I. Pastion, Mihail I. Papadopolu, in *The commented Criminal Code*, Ed. Librăriei Socec Comp., Societate Anonimă, Bucharest, 1922, p. 67 and by Constantin Rătescu, H. Asnavorian, I. Ionescu-Dolj, Traian Pop, I. Gr. Periețeanu, Mihail I. Papadopolu, Vintilă Dongoroz, N. Pavelescu, in „*Regele Carol II*” *Criminal Code, commented, general part*, vol. I, Ed. Librăriei Socec & Co., Bucharest, 1937, p. 252. Our former supreme court decided that “when a bankrupt is tried, both for simple fraudulent insolvency, and for aggravated fraudulent insolvency, provisions of Art. 40 of the Criminal Code shall apply, since the elements of both misdemeanours are different and therefore they should be deemed as distinct misdemeanours”.

of the debtor”, which means that as long as the forged document belongs to the debtor’s records, the offence set out in Art. 241 of the Criminal Code is a complex offence that absorbs the offence set out in Art. 322 of the Criminal Code), either by incorporating into the content of the absorbing offence the name of the absorbed offence (e.g. aggravated theft – Art. 229 of the Criminal Code represents “*theft committed under such circumstances:...*”, meaning that it absorbs the theft offence, set out in Art. 228 of the Criminal Code)]. Nonetheless, it follows from the content of the criminalization norm laid down in Art. 241 of the Criminal Code that the legislator did not employ any of the drafting techniques unequivocally showing his intention to absorb into the content of the aggravated fraudulent insolvency the simple fraudulent insolvency, both *explicitly*, and *implicitly* (by utilizing terms that are similar to the ones employed for expressing the material element of simple fraudulent insolvency).

Moreover, one could argue that this was also the reason why the legislator of 2009, when incorporating fraudulent insolvency offences from the special legislation (where they were laid down in a sole text), criminalized them in two autonomous distinct texts.

Criminal action for simple fraudulent insolvency is initiated upon prior complaint from the injured person.

6. The provisions of Art. 241, by which *aggravated fraudulent insolvency* was criminalized¹⁷, reproduce in essence the provisions of Art. 143 para. (2) of Law no. 85/2006 on the insolvency procedure¹⁸, yet phrased with certain amendments. When drafting this text, the legislator of 2009, as opposed to the phrasing utilized when drafting Law no. 85/2006, adopted a different legal drafting technique, first describing the subject-matter of the norm (forbidden actions), and afterwards the related penalty.

Another amendment brought to the legal content of aggravated fraudulent insolvency consists in adding the pre-requisite of “to the fraud upon creditors” to all normative modalities in which this criminal offence may occur, whilst in the regulation that is currently in force, the afore-mentioned requirement was set out only within the last criminalization norm hypothesis [Art. 143 para. (2) letter (c)].

At the same time, the new Criminal Code, as opposed to Law no. 85/2006, establishes the condition of the prior complaint from the injured person in order to initiate criminal action.

Aggravated fraudulent insolvency represents the offence of a person who, aiming at defrauding creditors: falsifies, steals or destroys the records of the debtor or conceals a part of his assets or who claims fictitious debts or presents in any books, papers or other records relating to the debtor’s affairs fictitious debts, or who transfers a part of the assets, in cases of debtor’s insolvency.

It follows from the analysis of Art. 241 that aggravated fraudulent insolvency, in certain normative modalities, is a *complex* offence, as its content incorporates, as a

¹⁷ For details, please see C. Duvac, *Aggravated fraudulent insolvency in the new Criminal Code*, "Criminal Law Review", no. 1, 2012, pp. 42-70.

¹⁸ Pursuant to Art. 143 para. (2) of Law no. 85/2006: „*Aggravated fraudulent insolvency shall be punished by imprisonment from 6 months to 5 years and it represents the offence of the person who: a) falsifies, steals or destroys the records of the debtor or conceals a part of his assets; b) claims fictitious debts or presents in any books, papers or other records relating to the debtor’s affairs fictitious, any of these acts being perpetrated to the fraud upon creditors; c) transfers a part of the assets, to the fraud upon creditors, in cases of debtor’s insolvency.*

constitutive element, both actions or omissions that represent, by themselves, offences laid down by criminal law, such as theft, material forgery of official documents, intellectual forgery, forgery of private documents and destruction. When the content of the criminalization norm of the aggravated fraudulent insolvency is not achieved, the offences shall be punished, if the conditions set out in the criminalization norms of the absorbed offence as theft, forgery or destruction offences are met.

At the same time, if damage was caused to the creditor as a consequence of the transfer of a part of the assets made by the debtor, in case of insolvency, aggravated fraudulent insolvency may be concurrent with the fraud offence, set out in Art. 244.

Under the influence of previous regulations, ample debates are found both in doctrine and case law, as to whether in the legal content of the offence of aggravated fraudulent insolvency, the insolvency represents *de jure* situation (*ens iuris*), and therefore a final court decision stating the insolvency being needed, or *de facto* situation (*ens facti*), by admitting that criminal action for fraudulent insolvency may be initiated even if the insolvency of the trader was or was not officially declared, the default situation being sufficient.

In our opinion, criminal law being of strict interpretation, the pre-requisite consisting in the existence of insolvency (*ens facti*) is needed only in the normative modality of an aggravated fraudulent insolvency set out in Art. 241 para. (1) (c) of the new Criminal Code. As for the other normative modalities of aggravated fraudulent insolvency, whilst not being a constitutive requirement of the offence, it must be deemed as a circumstance having no relevance as to the existence of the offence.

The subjective element for any of the normative modalities of aggravated fraudulent insolvency is the *direct intention aggravated by purpose* – “to the fraud upon creditors”.

The inclusion of fraudulent insolvency (simple or aggravated) in Chapter III of Title II (Offences against property) of the special part is a fair solution and in agreement with the nature and importance of the values and social relations protected by means of these criminalization norms. In this way, these types of offences will be better known by law enforcement authorities (the judiciary bodies being currently rather reserved in detecting and solving this type of offences criminalized in the special laws having criminal provisions even if they are perpetrated quite frequently in reality).

The text would be even more effective in rendering criminal policy of the current legislator if the wording of the criminalization norm were clearer and put the emphasis on the debtor’s fraudulent acts as opposed to other persons who, if assisting the debtor to perpetrate the offence under review shall be liable to penalty as accomplices. In this fashion, the legal content of this offence would meet more properly the needs to defend patrimonial social relations, which are built, developed and conducted provided there is a certain trust that must be stimulated and observed by natural and legal persons, in their civil legal relations, in order to safeguard the interests of the associates, shareholders and bond-holders, of the third-parties that are creditors to the Romanian trade companies and the Romanian state.

Apart from rephrasing the text, it would be necessary *de lege ferenda* to replace the phrase “to the fraud upon creditors” with the phrase “with a view to defrauding creditors”, in order to remove any ambiguity as to the significance of this phrase and consequently to the type of guilt that may exist when committing the criminal offence under review, to the immediate consequence and its accomplishment.

7. *Fraudulent management* (Art. 242), in its type variant, was incorporated into the wording of the law in force, from which the phrase “in bad faith” was rightly removed.

To this variant, an aggravating element was introduced, namely the circumstance in which the typical offence is committed by the administrator, by the liquidator of the debtor’s assets or by their representative or agent.

One should reflect whether in the variant set forth under para. (3), the term “patrimonial” would rather be replaced by the term “material”, currently employed by the law in force.

Criminal action for this type of offence is initiated upon prior complaint from the injured person.

8. *Appropriation of the found property or of the property which came by error into the perpetrator’s possession* (Art. 243) is provided in a form that is similar to the one that exists in the Criminal Code of 1968.

The offence set out in 243 para. (1) has the same content with the one set out in 216 para. (1) of the Criminal Code in force.

As for the species variant of para. (2), the phrase “accidentally” was added, as an alternative normative modality of perpetration, consisting in the omission to give the property back within 10 days as of the date when the perpetrator knows that the property does not belong to him.

In comparison with the provisions of Art. 16 para. (6) of the new Criminal Code, the offences laid down in Art. 243, also in the omissive modality, may only be committed with direct or indirect intent in order to engender the application of the text under review.

The special penalty limits are identical with the ones set forth in Art. 216 of the Criminal Code in force.

9. *Fraud*¹⁹ is criminalized under Art. 244 under two variants, simple and aggravated. The text does not reproduce paras. (3), (4) and (5) of Art. 215 of the Criminal Code in force, apparently decriminalizing the offence of fraud in agreements, cheque fraud or fraud that resulted in particularly serious consequences, yet these will represent, subject to the provisions of Art. 244, *factual* modalities for the perpetration of the offence of simple or aggravated fraud, as the case may be.

The drafters of the new criminal law may have not deemed necessary to take over these paragraphs, from the desire to streamline the text of Art. 215 and considering that, by significantly reducing the special limits of penalty established for fraud, it would be difficult to make their legal diversification circumscribed to certain unequivocal aggravating circumstances.

Thus, the legislator left to the judge’s discretion to take into account these circumstantial elements when establishing the penalty to be enforced. We consider that in matters related to the offences against property, dropping the circumstance about the

¹⁹ For details, please see C. Duvac, *Fraud in the new Criminal Code*, “Law” Review no. 1, 2012, pp. 104-134 and in the collective paper “Justice, rule of law and legal culture”, Ed. Universul Juridic, Bucharest, 2011, pp. 800-814; Idem, *Similarities and differences between fraud and other criminalization norms under the new Criminal Code*, “Law” Review no. 2, 2012, pp. 74-103.

particularly serious consequences caused by its perpetration from the aggravated content of fraud is a contemptuous issue, in particular given the increase in the value threshold from 200.000 lei to 2.000.000 lei.

Mention must be made that in the view of the drafters²⁰ of the first new Criminal Code of 2004²¹, fraud had a legal content that was similar to the one in Art. 215 of the Criminal Code of 1968, to which new normative modalities had been added²².

The legal content of fraud is well defined by the new criminal legislation, the removal of certain normative modalities from its aggravated content representing a matter of criminal policy and legal drafting, yet without signifying a decriminalization of this particular type of misconduct. However, the repeal of para. (4) of Art. 215 of the Criminal Code of 1968 may revive the controversy whether in such a situation only the provisions of Art. 244 or Art. 311 are to be retained (counterfeiting debt securities or payment instruments), or both of them, under concurrence of offences.

One should consider whether such a dramatic decrease in the special penalty limits established for fraud would contribute to a reduction of these offences. In our opinion, the only answer is a negative one. The promptitude of criminal repression and a firmer response in relation to the causes determining the perpetration of fraud could contribute to the decrease of the number of this category of inconvenient acts or, as the case may be, to the removal of the damages caused thereof.

²⁰ Please see G. Antoniu, *The new Criminal Code. The previous Criminal Code. Comparative research*, cit. *supra*, p. 104-106.

²¹ Published in "Romania's Official Gazette", Part I, no. 575 of 29 June 2004. Nonetheless, its entry into force was postponed successively by: the Government Emergency Ordinance no. 58/2005, published in "Romania's Official Gazette", Part I, no. 552 of 28 June 2005; the Government Emergency Ordinance no. 50/2006, published in "Romania's Official Gazette", Part I, no. 566 of 30 June 2006 and the Government Emergency Ordinance no. 73/2008, published in "Romania's Official Gazette", Part I, no. 440 of 12 June 2008), by 1 September 2009. Pursuant to Art. 446 paras. (1) and (2) of Law no. 286/2009 on the Criminal Code, published in "Romania's Official Gazette", Part I, no. 510 of 24 July 2009, Law no. 301/2004 was repealed.

²² Art. 260 – *Fraud*: (1) The act of deceiving a person, by presenting a false fact as being true or a true fact as being false, in order to obtain for oneself or for another unjust material benefit and if damage was caused, shall be punished by strict imprisonment from 1 to 7 years. (2) Deceit committed by using untruthful names or capacities or other fraudulent means, shall be punished by strict imprisonment from 3 to 10 years. (3) The act of deceiving or maintaining the deceit of a person, when concluding or executing a contract, if without this deceit the person would not have concluded or executed the contract in the conditions stipulated, shall be sanctioned by the penalty provided in the para. (1) and (2), according to the distinctions shown therein. (4) The act of issuing a cheque or another payment instrument with regard to a credit institution or a person, while being aware that the supply or cover necessary for its realisation does not exist or shall not exist by the term agreed by the parties, as well as the act of withdrawing the supply, wholly or in part, after the issuing, or of prohibiting the acceptor from paying before expiry of the presentation term, for the purpose in para. (1), if damage was caused against the owner of the cheque or another payment instrument, shall be sanctioned by the penalty provided in para.(2). (5) The act of using fraudulent means in order to eliminate from a public tender a person or to limit tenders or the number of participants shall be punished by strict imprisonment from 1 to 5 years.(6) The penalty provided in para. (1) shall apply to the exploitation of the ignorance or lack of experience of a minor or of the weakness of vulnerable persons due to the age, illness or pregnancy, to determine them to conclude acts that are detrimental to them. (7) The act of deceiving or maintaining the deceit of a person regarding the living conditions from the country of emigration, committed in the conditions of para. (1), in order to determine a person to emigrate, shall be punished according to para. (1). (8) Deceit that resulted in particularly serious consequences shall be punished by severe imprisonment from 15 to 20 years and the prohibition of certain rights. (9) If the fraudulent means represent an offence, the rules for concurrence of offences shall apply.

De lege ferenda, we consider that one should reintroduce as an aggravating circumstantial element the circumstance in which, by the perpetration of the fraud offence, particularly serious consequences have been produced, for the purpose of Art. 183.

10. Insurance fraud²³ (Art. 245) was not regulated under the Criminal Code currently in force in this form, yet certain factual modalities were found in the wider criminalization of fraud in contracts, set out under Art. 215 para. (3) of the Criminal Code of 1968.

By criminalising the insurance fraud as an *assimilated* offence (from the viewpoint of the criminalization) and as an *aggravated* offence (from the viewpoint of the penalty arrangements) of the fraud offence, having a autonomous existence, the legislator of 2009 comes back to the traditional solution enshrined by the Criminal Code of 1936, which set out this offence under Art. 554, text which was reproduced from Art. 642 of the Italian Criminal Code of 1930.

Within Art. 245 of the new Criminal Code, two different offences are criminalized (one dealing with property insurance, another one dealing with person insurance) as distinct offences under a sole marginal title (no *men iuris*), each of them having therefore its own legal content.

The new criminalization on insurance fraud is grounded on the social reality, sanctioning offences whose number has been ever-growing in the past years. Considering the constant development of the insurance market, the rise of the number and the weight of compulsory insurances²⁴, the temptation of certain persons to defraud insurers with a view to obtaining unlawful patrimonial benefits has also increased.

On the other hand, the reasons behind the special criminalization of this type of offences reside in the specific criminalization conditions of the insurance fraud, as opposed to the ones of the fraud, with which it establishes a relation of specialty, whilst by being enshrined in the Criminal Code as an obstacle offence (offence of danger), one aimed at preventing the perpetration of the fraud offence set out under Art. 244 of the new Criminal Code.

In order to fully clarify the meaning of Art. 245 of the new Criminal Code, civil law provisions are relevant.

The legal arrangements regarding insurance²⁵ and reinsurance²⁶ are enshrined by Art. 2199-2241 of the Civil Code, as adopted by Law no. 287/2009, recast²⁷, and Law no. 136/1995 on insurances and reinsurances in Romania²⁸.

²³ For details, please see C. Duvac, *Insurance fraud in the new Criminal Code*, "Law" Review no. 6, 2012, pp. 72-91.

²⁴ Natural or legal persons who own vehicles that are subject to registration in Romania, as well as tramways, are compelled to conclude an insurance policy for civil liability for damages produced by accidents with vehicles within the covered territorial limits and to ensure the validity of the insurance contract by paying the insurance premiums, as well as to apply the vignette on the windscreen or in any other external spot in such a way that is visible.

²⁵ *Insurance* signifies the operation through which an insurer constitutes, on the principle of mutuality, an insurance fund, by the contribution of a number of insured persons, exposed to the occurrence of certain risks and compensates the damaged persons on the basis of the fund constituted from the cashed insurance premiums, as well as from other types of the income stemming from this activity.

²⁶ *Reinsurance* signifies the operation that consists in taking over the risks ceded by an insurer/reinsurer.

²⁷ "Official Gazette of Romania", Part I, no. 409 of 10 June 2011.

²⁸ Published in "Official Gazette of Romania", Part I, no. 303 of 30 December 1995, as further amended and supplemented.

One should think about a possible correlation of the penalty established by law for this offence with the one established for fraud, as it is difficult to admit that an offence of danger and an obstacle offence were punished more severely than a subsequent offence and a result offence, considering that they are kindred (they fall under the same sub-group of offences characterised by the breach of trust).

Moreover, *de lege ferenda* one could introduce as a circumstantial element of aggravation the hypothesis in which the purpose set out under the incrimination norm is achieved. In this vein, one could remove potential controversies that may occur in relation with the two incriminations, provided under Art. 244 and Art. 245 of the new Criminal Code and a fairer punishment of the perpetrator would be ensured in relation to all relevant consequences of the respective act.

11. Public tender rigging²⁹ (Art. 246) was not previously regulated in the Criminal Code of 1968, and this text reproduces in essence the provisions of Art. 260 para. (5)³⁰ (variant of type³¹ within the fraud offence) and it is also influenced by certain provisions of Art. 329³², both of them from the first new Criminal Code of 2004, adopted by Law no. 301/2004³³.

The practice of the past years has proved that in certain cases, the participants to a public tender employed various fraudulent man oeuvres, with a view to removing certain potential participants, and therefore aiming at influencing the adjudication price.

²⁹ For details, please see C. Duvac, *Public tender rigging in the new Criminal Code*, "Law" Review no. 8, 2012, pp. 84-105.

³⁰ Art. 260 para. 5 – *Fraud* – "The act of using fraudulent means in order to eliminate from a public tender a person or to limit tenders or the number of participants shall be punished by strict imprisonment from 1 to 5 years".

³¹ George Antoniu, *The new Criminal Code. The previous Criminal Code. Comparative research*, Ed. All Beck, Bucharest, 2004, p. 105. Professor Antoniu suggested on that occasion that this text should be introduced as a distinct paragraph within Art. 329 since the fraudulent means used by the offender and referred to by Art. 260 para. (5) had as a purpose the prevention or distortion of competition in public tenders; only incidentally the legal object would be patrimonial relations.

³² Art. 329 – *Preventing competition in public tenders*– "(1) Preventing or distorting free competition in public tenders, for the purpose of eliminating competitors thereof, shall be punished by imprisonment from 2 months to 1 year or by days-fine. (2) The same penalty shall apply to the act of the bidder or competitor who claims or receives directly or indirectly money, promises or any other profit in order to refrain from participating in the tender.(3) If the offence provided in para. (1) or (2) is committed by several persons who have colluded for this purpose, the penalty shall be strict imprisonment from 1 to 3 year or days-fine". This criminalisation norm had been introduced in Chapter III (Crimes and misdemeanours against public interests committed by any person) of Title VI – Crimes and misdemeanours against public interests of the special Part of the new Criminal Code din 2004. For a detailed analysis of this criminalisation norm, please see Constantin Duvac, *Preventing competition in public tenders* (Crimes and misdemeanours against public interests committed by any person), in "Criminal law. Special part. The new Criminal Code", university course, vol. I, by Gheorghe Diaconescu, Constantin Duvac, Ed. Fundației România de Măine, Bucharest, 2006, pp. 547-552.

³³ Published in "Romania's Official Gazette", Part I, no. 575 of 29 June 2004. Its entry into force was postponed successively by: Government Emergency Ordinance no. 58/2005, published in "Romania's Official Gazette", Part I, no. 552 of 28 June 2005; Government Emergency Ordinance no. 50/2006, published in "Romania's Official Gazette", Part I, no. 566 of 30 June 2006 and Government Emergency Ordinance no. 73/2008, published in "Romania's Official Gazette", Part I, no. 440 of 12 June 2008), by 1 September 2009. Pursuant to Art. 446 para. (1) and (2) of Law no. 286/2009, Law no. 301/2004 was repealed without having been entered into force.

Until the introduction of this criminalization norm, such offences were included, as the case may be, in the provisions of regarding: fraud, abuse of office, passive corruption, intellectual forgery or material forgery of official documents.

For instance, the case law has decided that the act committed by the defendant who, in his capacity as a bailiff, in the exercise of his duties, during a tender for selling an apartment that was to be conducted in his office, scheduled for 21 July 2003, drew up false minutes of the tender and the related award document (both of them dated 21 July 2003, 9.00 hrs.) – although in his office there was no tender whatsoever – meets the constitutive elements of the offence of intellectual forgery³⁴.

In another case, one upheld that the defendant who, in her capacity as president of A.T.C.O.M. Gorj, claimed from the denouncer, who was the administrator of a trade company, the amount of 25.000 lei and received 10.000 lei, according to the sting operation, in order to facilitate for the denouncer the purchase of a point of sale placed in Rovinari, sold by tender procedure by A.T.C.O.M. Gorj in February – March and, at the same time, in order to favour the same denouncer, following the award, on the 2nd of March 2005, as the defendant failed to apply the clause laid down at point 4 of the sale contract, regarding the termination of contract in case of failure of the purchaser to pay in full the price by 1 May 2005, committed passive corruption³⁵.

At the same time, the act of participating, upon prior agreement, to the tender of certain goods on discount, so that another bidder may obtain them at a price that is close to the upset price, with detrimental consequences for the person who organises the tender procedure, consequences that were not produced given the intervention of criminal prosecution bodies, was considered an attempt to the offence of fraud upon the owner of the tendered goods³⁶.

With respect to these contradictions, the introduction in the Criminal Code of a new criminalization norm was needed, to correspond to the necessity to safeguard this social value and namely to ensure fair competition in public tenders or procurement.

Consequently, public tender rigging was conceived as an offence meant to eliminate a participant from a tender procedure by way of coercion or corruption or as a collusion among participants in order to distort the award price.

In order to get a grasp and to understand this criminalization norm, one should take into account provisions of Art. 747-848 of the new Civil Procedure Code, adopted by Law no.

³⁴ High Court of Cassation and Justice, Criminal Section, Dec. no. 1363/2009, available at www.iccj.ro.

³⁵ High Court of Cassation and Justice, Criminal Section, Dec. no. 4206/2007, unpublished.

³⁶ Supreme Court of Justice, Criminal Section, Dec. no. 2708/2002, www.juristprudenta.org. In this case, the court held that from March to April 2000 the defendants, in order to receive undue benefits from S. M., decided to formally bid and to behave at the tender in a convenient way insofar as S. M. is concerned, so that the prices of the tendered goods may not increase to a significant difference as to the upset price. Consequently, one found that a collusion between the defendants and the witness had existed, so that the owner-seller of the goods, E. M. Cavnice, could obtain the lowest price for S. M. In this way, there was an alleged rigged tender, that was likely to divert it from its normal purpose and to maintain at a low level the price of the goods sold by the owner, to his prejudice. Such acts represent the execution of the resolution to mislead E. M. Cavnice, for the purpose to obtain for the defendants and S. M. unlawful material benefits, having detrimental consequences for the organiser of the tender, consequences that were not produced due to the intervention of the criminal prosecution bodies.

134/2010³⁷; Art. 162-167 of the Fiscal Procedure Code³⁸ (Government Ordinance no. 92/2003, recast) and Law no. 188/2000 on bailiffs, recast³⁹.

As a consequence, public tenders are conducted in accordance with civil proceeding regulations, whilst the ones in which the Romanian state is a creditor are subjected to the arrangements set forth in the special legislation (Fiscal Procedure Code) that are to be supplemented with the ordinary law.

In our view, the text of Art. 246 shall apply to the public tenders organized by bailiffs or by other persons established by the legislation (for instance, fiscal enforcement bodies), yet it will not apply to public procurement conducted by contracting authorities pursuant to the Government Emergency Ordinance no. 34/2006 on the award of public procurement contracts, public works and services concession contracts⁴⁰ and of the Government Decision no. 925/2006⁴¹ for approving the Rules for the implementation of the provisions regarding the award of public procurement contracts of the Government Emergency Ordinance no. 34/2006.

Unequivocally, the criminalization norm set out in Art. 246 is needed for a complete protection of free competition in cases of public tenders; one should consider the introduction in its content as an assimilated variant the hypothesis in which the bidder or the competitor claims, either directly or indirectly, money or other undue benefits in order to refrain from participating into the tender.

At the same time, the commission of these offences by several persons who had colluded for this purpose should represent an aggravating circumstantial element of the simple criminalization variant.

In order to avoid any confusions and the lack of unitary application of the text by criminal judiciary bodies, as regards the provisions of the Government Emergency Ordinance no. 34/2006 and Government Decision no. 925/2006, a new paragraph should be added in the content of the text, establishing that this rule also applies to public procurement procedures (open tender, restricted tender, competitive dialogue, negotiation and call for tenders), hence ensuring for the economic agents a free competition and public procurement that for economic operators (applicant⁴², competitor⁴³ or bidder⁴⁴) by penal protection

³⁷ Published in "Romania's Official Gazette", Part I, no. 485 of 15 July 2010.

³⁸ For a detailed analysis of these distinctive note, please see Ioan Leș, *Civil Procedure Code. Comments on each article*, 2nd edn., Ed. All Beck, Bucharest, 2005, pp. 1146-1148; Evelina Oprina, *Foreclosure in the civil lawsuit*, 3rd edn., as revised and supplemented, Ed. Universul Juridic, Bucharest, 2009, pp. 417-428.

³⁹ "Romania's Official Gazette", Part I, no. 738 of 20 October 2011.

⁴⁰ Published in "Romania's Official Gazette", Part I, no. 418 of 15 May 2006, as further amended and supplemented.

⁴¹ Published in "Romania's Official Gazette", Part I, no. 625 of 20 July 2006, as further amended and supplemented.

⁴² *Anapplicant* is any economic agent who applied in a restricted tender, negotiation or competitive dialogue procedure – Art. 3 para. (1) (c).

⁴³ *Acompetitor* represents any economic agent who presented a project solution bid – Art. 3 para. (1) (e).

⁴⁴ *A bidder* is any agent economic who submitted a bid within the submission deadline indicated in the call for proposal – Art. 3 para. (1) (p); *A bid* is the legal act by which the economic agent expresses the desire to enter into a public procurement contract; the bid contains the financial and technical proposal – Art. 3 para. (1) (q); *The economic agent* is any supplier of goods, services or works – natural/legal persons, of public or private law, or a group of such persons, carrying out their activity in the field that offers in a licit way products, services and/or works – Art. 3 para. (1) (r). The bidder is a participant to a public tender procedure until he becomes a *contractor* (the bidder who became, under the conditions of the law, a party in a public procurement contract).

means, as well as an assurance of an effective use of public funds. An extension of this criminalization in this regard is more necessary considering that the number of the breaches of law has increased. Thus, it follows from the public Report for 2010 of Romania's Court of Auditors, approved by the Decision of the Plenary no. 168/2011⁴⁵, that in 2010, the state budget was prejudiced with 756.02 million lei (179.58 MEUR) by public institutions, and the main causes of this damage being: failure to observe legal regulations on spending (4.584 cases – the damage: 490,48 million lei – 65% of the total); unlawful use of the funds allocated from the budget (159 cases – damage: 69,12 million lei – 9% of the total); irregularities in public procurement contract management (94 cases – damage 10,57 million lei – 1% of the total).

At the same time, for a more effective criminal protection of public propriety, it would be preferable to expand the criminalization to the contracts of concession of public property goods, that are regulated by the Government Emergency Ordinance no. 54/2006⁴⁶ and by the Government Decision no. 168/2007⁴⁷ for the approval of the Methodological Norms for the implementation of the Government Emergency Ordinance no. 54/2006.

Correlatively, the marginal name of the criminalization norm should be “public tender or procurement rigging”.

12. Patrimonial exploitation of a vulnerable person (Art. 247) was not regulated in the Criminal Code in force (*incriminatio ex novo*). Consequently, it would seem to be a new criminalization norm. However, the solution is not entirely new for the Romanian criminal law, as in Art. 542 of the Criminal Code of 1936, a similar offence was set out, namely the offence of exploiting weaknesses or vices, which came under the group of patrimonial damage offences.

Patrimonial exploitation of a vulnerable person resides in the offence of the creditor who, when lending money or goods, by taking advantage of the manifest vulnerability of the debtor, considering his age, health condition, disability or the debtor's relation of dependency on the creditor makes him constitute or transmit, for himself or for another, a right in rem or a credit having a manifestly disproportionate value in comparison with the benefit.

In the aggravated variant, the offence resides in rendering a person in a manifestly vulnerable condition by provoking an alcohol or psychoactive substances intoxication with the purpose to make him agree to constitute or transmit a right in rem or a credit or to waive a right, in case damage has been produced.

The offence set out in Art. 247 was received with reservations in the Romanian doctrine, being upheld that such offences do not occur in our society and that criminalizing them would be an excess⁴⁸.

⁴⁵ Available at <http://www.curteadeconturi.ro/sites/ccr/RO/Publicatii/Documente%20publice/Raportul%20public%20pe%20anul%202010.pdf>

⁴⁶ Published in “Romania's Official Gazette“, Part I, no. 569 din 30 June 2006, as further amended and supplemented.

⁴⁷ Published in “Romania's Official Gazette“, Part I, no. 146 din 28 February 2007, as further amended and supplemented.

⁴⁸ George Antoniu, *Observations regarding the first draft of a second new Criminal Code(II)*, cit. supra.p. 19. He recommends the reproduction of the text of Art. 260 para. (6) of the Criminal Code 2004, this criminalisation being deemed as having a more proper content. Art. 260 of the Criminal Code of 2004 –

Nevertheless, in the view of the new criminal law, by criminalizing the patrimonial exploitation of a vulnerable person, one aimed at repressing certain offences that have expanded in recent years and that have produced sometimes serious consequences for the persons who were their victims, the media covering almost on a daily basis cases of old persons in a bad health condition who ended up losing their houses following such disproportionate patrimonial deals. Moreover, this type of offences are criminalized in most European legislations.

In our opinion, this criminalization norm, along with the one set out in Art. 351 (usury), was needed in order to repress this type of inconvenient acts following which numerous naïve persons or persons in need have been left without the houses that were in their legal ownership.

De lege ferenda, the replacement of the phrase “lending money or goods” with the phrase “conclusion or execution of an act that would produce for himself or for another person a detrimental legal effect” would be preferable.

At the same time, after the term “disability” the phrase “or other causes” could be introduced, as the essence of the criminalization is not the manifest vulnerability of the debtor, but taking the advantage of this vulnerability by the creditor.

At the same time, for the same reasons (protecting the property of the vulnerable person) it would be preferable to introduce in the legal content of the basis offence, following the word “benefit” the phrase “or to waive a right”.

REFERENCES

Duvac C., *Aggravated fraudulent insolvency in the new Criminal Code*, "Criminal Law Review", no. 1, 2012, pp. 42-70

Duvac C., *Certain critical observations regarding the draft of a second new Criminal Code*, "Romanian Forensic Science Review", no. 4, 2009, pp. 147-153

Duvac C., *Certain critical observations regarding the draft of a second Criminal Code*, in "Cross-border crime at the border between present and future", bilingual edition (Romanian-Hungarian), T.K.K. Debrecen, Hungary, 2009, pp. 91-106, 373-390

Duvac C., *Fraud in the new Criminal Code*, "Law" Review no. 1, 2012, pp. 104-134 and in the collective paper "Justice, rule of law and legal culture", Ed. Universul Juridic, Bucharest, 2011, pp. 800-814

Duvac C., *Insurance fraud in the new Criminal Code*, "Law" Review no. 6, 2012, pp. 72-91

Duvac C., *Preventing competition in public tenders* (Crimes and misdemeanours against public interests committed by any person), in "Criminal law. Special part. The new Criminal Code", university course, vol. I, by Gh. Diaconescu, C. Duvac, Ed. Fundației România de Măine, Bucharest, 2006, pp. 547-552

Duvac C., *Public tender rigging in the new Criminal Code*, "Law" Review no. 8, 2012, pp. 84-105

Fraud⁽⁶⁾ The penalty provided in para. (1) (strict imprisonment from 1 to 7 years – our added comment) shall apply to the exploitation of the ignorance or lack of experience of a minor or of the weakness of vulnerable persons due to the age, illness or pregnancy, to determine them to conclude acts that are detrimental to them”.

Duvac C., *Similarities and differences between fraud and other criminalization norms under the new Criminal Code*, "Law" Review no. 2, 2012, pp. 74-103

Duvac C., *Simple fraudulent insolvency in the new Criminal Code*, "Criminal Law Review", no. 4, 2011, pp. 67-81

Oprina E., *Foreclosure in the civil lawsuit*, 3rd edn., as revised and supplemented, Ed. Universul Juridic, Bucharest, 2009, pp. 417-428

Antoniou G., *Observations on the first draft of a second new Criminal Code (II)*, in "Criminal Law Review", no. 1/2008, p. 18

Antoniou G., *The new Criminal Code. The previous Criminal Code. Comparative research*, Ed. All Beck, Bucharest, 2004, p. 105

Ivan Gh., *Criminal law. Special part*, 2nd edn., Ed. C.H. Beck, Bucharest, 2010, p. 314

Leș I., *Civil procedure code. Comment on articles*, 2nd edn., Ed. All Beck, Bucharest, 2005, pp. 1146-1148

Grofu N., *Aggravated fraudulent insolvency and the state of insolvency*, in the "Criminal Law Review" no. 2/2003, p. 105

Predescu Ov., *Criminal business law*, Ed. Continent XXI, Bucharest, 2000, p. 249

Pașca V., *Lack of prior complaint, withdrawal of prior complaint and reconciliation of parties in the new Criminal Code*, in the collective volume "New Codes of Romania", Ed. Universul Juridic, Bucharest, 2011, pp. 502-509

Teodorescu V., *Lack of prior complaint, withdrawal of prior complaint* (Exemptions from criminal liability), Comments, in "Preliminary explanations of the new Criminal Code (Art. 53-187)", vol. II, by George Antoniu (coordinator and co-author), B. N. Bulai, C. Bulai, Șt. Daneș, C. Duvac, M. K. Guiu, C. Mitache, Cr. Mitache, I. Molnar, I. Ristea, C. Sima, V. Teodorescu, I. Vasii, A. Vlăsceanu, Ed. Universul Juridic, Bucharest, 2011, pp. 447-454

INCURSIUNI ÎN CONȚINUTUL DREPTULUI DE A DESFĂȘURA ACTIVITATE DE ÎNTREPRINZĂTOR ÎN FORMA ÎNTREPRINDERII INDIVIDUALE

OLGA TRETIACOV

Cadru didactic – Facultatea de drept a Universității de Stat din Moldova

Abstract: The legal regulation of individual business activity is of interest for some reasons. First, the laborious evolution of the legal framework regarding the individual entrepreneur which started with the Law on entrepreneurship and enterprises, with ambiguous settlements regarding the identification of the subject of individual business activity, settlements which were to generate confusion between the entrepreneur and his enterprise. The law provided some rights and obligations inherent in this activity, the impact on the entrepreneur's family members, without distinction between the situations where the person carries on business activity individually or with his family, the only organizational form was individual enterprise. Thus, the entry into force of the Civil Code, the legal regulation of individual entrepreneurial activity emerges from the combination of the rules of Law 845/1992, of the Civil Code and other laws.

Keywords: individual entrepreneur, enterprise, business activity

Dreptul de a desfășura activitate de întreprinzător reprezintă dreptul persoanei de a iniția și desfășura activități de fabricare a bunurilor, executare a lucrărilor și prestare a serviciilor și de comercializare, din proprie inițiativă, în nume propriu, sub riscul și răspunderea patrimonială, în scopul de a obține profit din această activitate. Activitatea poate fi una agricolă, industrială, comercială, care se desfășoară pentru obținerea unor bunuri sau servicii a căror valoare poate fi exprimată în bani și care sunt destinate vânzării ori schimbului pe piețele organizate sau unor beneficiari determinați ori determinabili, în scopul obținerii unui profit.

Libertatea comerțului, protecția concurenței loiale, inviolabilitatea investițiilor reprezintă norme cu caracter de principiu, care asigură dreptul persoanei de a desfășura activitate de întreprinzător și de a dispune liber de beneficiile obținute, în condițiile legii.

Legea oferă posibilitatea persoanelor de a desfășura activitatea de întreprinzător fie în nume propriu în calitate de întreprinzător individual, fie printr-o societate comercială în care persoana va avea calitate de asociat. În exercitarea dreptului de a desfășura activitate de întreprinzător, persoana se bucură de prerogativa de a alege forma de activitate (individual sau prin societate comercială), genul de activitate, spațiul în care își va promova activitatea. De asemenea, din conținutul dreptului de a desfășura activitate de întreprinzător fac parte următoarele elemente:

- dreptul de a exploata propriile valori patrimoniale în scopul obținerii de beneficii;
- dreptul de a atrage de la alte persoane surse materiale și financiare necesare activității sale (întreprinzătorul este în drept să beneficieze de credite bancare, contracte de leasing, locațiune etc.);

- dreptul de a-și administra afacerea, fapt care presupune prerogativa persoanei, direct sau prin reprezentant, de a-și gestiona patrimoniul, a încheia acte juridice și a lua deciziile privind activitatea sa (N. Roșca, S. Baieș, p. 48).

Alături de alte drepturi și obligații civile, dreptul de a desfășura activitate de întreprinzător face parte din capacitatea de folosință a persoanei și apare de la data nașterii. Amintind că, „comercianții sunt aceia care fac fapte de comerț, având comerțul ca o profesiune obișnuită” (I.L. Georgescu), precum și „comercianții sunt persoanele fizice care exercită în mod obișnuit acte de comerț” (R.P. Vonica), spunem că, pentru realizarea dreptului de a desfășura activitate de întreprinzător, persoana trebuie să dispună de aptitudinea de a exercita drepturi și a-și asuma obligații prin fapte proprii. Întrucât săvârșirea cu caracter de profesiune înseamnă că aceasta trebuie să fie o ocupație permanentă a persoanei. Săvârșirea accidentală a faptelor comerciale nu este suficientă pentru dobândirea calității de comerciant. Nu este suficientă o activitate întâmplătoare și discontinuă, nici exercitarea mai multor acte comerciale (pluralitatea în sine nu constituie profesionalitate), adică nu putem vorbi de un caracter profesionist atunci când o persoană, atrasă de ocazii favorabile sau pentru a-și realiza un venit incidental, încheie mai multe acte comerciale ce urmează a fi realizate chiar un timp mai îndelungat. Așadar, exercitiul faptelor de comerț în scop de câștig în mod sistematic, metodic și permanent trebuie să fie din nume propriu, independent, pe riscul și sub răspunderea persoanei. Aceste criterii servesc la delimitarea comercianților de auxiliarii lor. Reprezentantul, de exemplu, săvârșește acte de comerț cu caracter profesionist, dar în numele și pe seama comerciantului. Calitatea de comerciant aparține nu reprezentantului, ci celui care l-a împuternicit (este cazul administratorului societății comerciale sau directorului Întreprinderii Individuale, de exemplu). Condiția exercitării comerțului în nume propriu are menirea să înlăture confuzia între titularul întreprinderii, care angajează numele și patrimoniul său și reprezentanții și personalul auxiliar care exercită însărcinările în interiorul localului întreprinderii, vânzând mărfurile. Comerciantul este independent, deoarece el acționează pe contul și în numele său personal, asumându-și, în același timp, riscul unor pierderi în activitatea ce o desfășoară, garantându-le cu patrimoniul său.

Exercitarea actelor de comerț se face prin specularea asupra personalului și mijloacelor de producție, bunurilor sau serviciilor ce fac obiectul comerțului său în scopul de a dobândi beneficii pecuniare (R.P. Vonica, p. 536). Desigur, obținerea beneficiilor nu este asigurată, activitatea desfășurată se poate solda cu pierderi, însă este de neconceput ca o persoană să dezvolte o activitate comercială fără a avea intenția de a dobândi din aceasta un profit, care să remunereze munca și capitalul folosit.

Or, posibilitatea persoanei de a încheia acte juridice de orice valoare apare odată cu capacitatea deplină de exercițiu.

Cu toate acestea, dobândirea capacității depline de exercițiu constituie doar o premisă a dreptului de a desfășura activitate de întreprinzător, condiția care se profilează fiind existența unei autorizații administrative și înregistrarea în registrul comerțului.

În legislația Republicii Moldova o primă reglementare a activității individuale de întreprinzător a fost dată în Legea cu privire la antreprenoriat și întreprinderi, care statua că activitatea de muncă individuală are caracter de întreprinzător și se desfășoară sub forma organizatorică de întreprindere individuală sau în baza patentei de întreprinzător. Această construcție, însă, este înlocuită de dispozițiile Codului civil cu privire la activitatea de

întreprinzător a persoanei fizice, care oferă dreptul acestora de a desfășura asemenea activități din momentul înregistrării de stat în calitate de întreprinzător individual sau în alt mod prevăzut de lege. Totodată, practicarea acestei activități fără înregistrare nu dă dreptul de a invoca lipsa calității de întreprinzător. Așadar, din prevederile Codului civil, înțelegem că trebuie să avem în vedere atât criteriul subiectiv, cât și cel obiectiv, la definirea conceptului întreprinzătorului individual. Aceeași idee este dezvoltată în Legea cu privire la înregistrarea de stat a persoanelor juridice și a întreprinzătorilor individuali¹, conform căreia întreprinzătorul individual este definit ca *persoană fizică cu capacitate deplină de exercițiu, care practică activitate antreprenorială fără a constitui o persoană juridică și este înregistrată în modul stabilit de lege*. Fără înregistrarea de stat activitatea de întreprinzător va fi calificată drept ilegală, iar persoana va fi atrasă la răspundere contravențională sau penală, fără a avea posibilitatea de a declara nule actele juridice încheiate. Dreptul de a desfășura unele activități va fi condiționat de obținerea licenței, conform Legii privind reglementarea prin licențiere a activității de întreprinzător.

De regulă, orice persoană fizică are vocația necesară pentru a fi întreprinzător, vocație care izvorăște din principiul libertății comerțului. Totuși, activitatea de întreprinzător poate fi supusă unor restricții sau limitări obiective și restricții subiective, care împiedică o persoană fizică de a dobândi calitatea de comerciant.

Există anumite persoane cărora, prin lege le este interzisă desfășurarea activității de întreprinzător. Doctrina românească sistematizează aceste situații în interdicții, incompatibilități, decăderi (S. Angheni, M. Volonciu, C. Stoica).

Interdicțiile pot fi legale sau convenționale.

Interdicțiile legale sau restricțiile obiective se referă la anumite activități care nu pot face obiectul comerțului particular (privat) și care sunt monopol de stat sau activități care sunt considerate infracțiuni. Astfel, anumite ramuri comerciale nu pot fi desfășurate de comercianți persoane fizice ori societăți comerciale cu capital privat, fie în mod absolut, fie cu anumite îngrădiri pe bază de autorizație elaborată de organele competente ale statului. Interdicția de a exercita o activitate comercială poate fi determinată de motive variate: interese generale, ordinea publică, apărarea națională, interesul fiscal al statului, ocrotirea socială, a sănătății publice. Interdicția nu este deci, o măsură de protecție pentru întreprinzător, ci o măsură de interes public. Legea cu privire la antreprenariat și întreprinderi stabilește care activități constituie monopol de stat și pot fi desfășurate doar de persoane juridice special create de stat în acest scop. De asemenea, Codul penal al Republicii Moldova sancționează anumite activități, care sunt interzise deoarece atentează la valorile sociale ocrotite de lege. O serie de activități lucrative pot fi practicate doar cu obținerea unei autorizații speciale din partea statului (licența), conform Legii cu privire la reglementarea prin licențiere a activității de întreprinzător.

Interdicțiile convenționale sunt stabilite sub forma clauzelor inserate în contract și produc efecte, între părțile contractante.

Restricțiile subiective este mijlocul prin care unele persoane capabile sunt excluse de la exercițiul comerțului, în general, fie numai de la unele activități de comerț (R.P. Vonica). Persoanele respective sunt capabile să încheie acte juridice civile și chiar unele acte de comerț izolate, dar nu pot exercita o profesie comercială, fiind incapabili prin funcția

¹ Legea nr. 220/2007, Monitorul Oficial nr. 184-187 din 19 octombrie 2007.

publică ce o dețin sau prin activitățile ce le efectuează, legate de interesele generale ale societății. Scopul urmărit prin instituirea acestor restricții, numite incompatibilități, este de a asigura prestigiul funcției sau profesiei în cauză. Prin aceste interdicții, de asemenea, legiuitorul urmărește să asigure mai bine independența funcției publice sau demnitatea unor funcțiuni. În conformitate cu Constituția Republicii Moldova, Președintele RM, deputații, membrii Guvernului, militarii, judecătorii, funcționarii publici nu au dreptul să desfășoare orice altă activitate remunerată, decât cea didactico-științifică pentru judecători și funcționari publici. Prin urmare, persoanele menționate nu pot dobândi calitatea de întreprinzător individual.

Alte incompatibilități se conțin în Legea cu privire la antreprenoriat și întreprinderi, prin care le este interzisă activitatea de întreprinzător specialiștilor din autorități ale administrației publice în a căror atribuții intră soluționarea problemelor legate de desfășurarea activităților antreprenoriale sau controlul unei asemenea activități, normă ce are menirea să asigure obiectivitatea și imparțialitatea unor persoane cu funcții de răspundere.

Sancțiunea încălcării normelor privind incompatibilitatea nu poate fi decât profesională sau disciplinară, care poate consta în suspendarea sau demiterea din funcția publică ce o deține. Incompatibilitățile privesc exclusiv pe cei care exercită funcțiuni sau profesii incompatibile cu calitatea de întreprinzător. Soții (soții) sau membrii familiei lor vor putea exercita comerțul, dar dacă soția sau membrul familiei este o persoană interpusă, în fapt comerțul fiind exercitat de cel care deține funcția incompatibilă, se vor putea lua măsuri profesionale sau disciplinare contra celui care a exercitat în acest mod o activitate comercială și a încălcat legea (R.P. Vonica). Totodată, persoana nu se poate prevala de calitatea sa de funcționar sau demnitar pentru a se eschiva de la plata obligațiilor comerciale pe care și le-a asumat.

Decăderile sunt sancțiuni juridice care constau în excluderea de la exercițiul comerțului a acelor persoane care au fost condamnate pentru infracțiuni de concurență neloială, insolvabilitate intenționată, înșelăciune, abuz de încredere și alte infracțiuni grave săvârșite în activitatea comercială. Această sancțiune se aplică de către instanța penală prin hotărâre judecătorească, atunci când legea prevede expres această pedeapsă complementară. Durata decăderii se stabilește de către instanța de judecată. Decăderea interzice persoanei căreia i s-a aplicat să exercite o activitate comercială, direct sau printr-o persoană interpusă.

Nu va putea înregistra o întreprindere persoana care este fondator al unei întreprinderi ce nu funcționează și care nu a fost lichidată în modul stabilit de lege sau are datorii la bugetul public național, până la înlăturarea circumstanțelor menționate.

Așadar, dreptul de a desfășura activitate comercială este dobândit, așadar, după înregistrarea de stat. Totodată, conform Codului civil, persoana care desfășoară o activitate de întreprinzător fără înregistrare, nu poate opune creditorilor lipsa calității de întreprinzător. Într-o atare situație, instanța de judecată va putea aplica normele ce guvernează relațiile cu caracter comercial, obligațiile specifice activității de întreprinzător. Condiția înregistrării se transformă în *obligație de publicitate* și se menține ulterior, pe parcursul activității întreprinzătorului. Astfel, în caz de schimbare a unor date înscrise în Registrul de Stat, întreprinzătorul este obligat ca, în termen de 3 zile de la data modificării datelor, să solicite înregistrarea modificărilor în condițiile art. 29 din Legea nr. 220/2007.

Înregistrarea impusă de lege are drept scop să asigure prin registrul de Stat o evidență a întreprinzătorilor și a activității acestora. Această evidență are un caracter profesional și este organizată pentru ocrotirea intereselor societății și ale întreprinzătorilor înșiși. Registrul de Stat constituie o sursă de informații oficiale, la care are acces orice persoană interesată, în condițiile legii. Prin înscrierea mențiunilor în registrul de Stat este asigurată opozabilitatea acestora pentru terți și protecția firmei, a emblemei comerciantului și a altor drepturi incluse în fondul de comerț.

Persoanele fizice supuse înregistrării care nu au efectuat această operațiune nu se vor putea bucura de unele posibilități pe care le acordă calitatea de comerciant, cum ar fi revendicarea beneficiului proprietății comerciale, figurarea în evidențele Camerei de Comerț și Industrie, participarea la asociații de întreprinzători. Înregistrările făcute în Registrul de Stat se prezumă a fi cunoscute de terți, fără ca aceștia să poată opune necunoașterea lor. Totodată, întreprinzătorul care are obligația de a cere o înregistrare în Registrul de Stat nu poate opune terților faptele neînregistrate, afară de cazul când acestea erau cunoscute de terți. Persoana care practică activitate de întreprinzător fără înregistrare nu poate invoca lipsa calității de întreprinzător pentru a se sustrage de la răspundere și de la obligațiile inerente calității de comerciant.

Conform actelor normative în vigoare², persoana fizică poate opta pentru una din următoarele trei forme ale activității individuale:

- 1) întreprinzător individual înregistrat;
- 2) titular al patentei de întreprinzător;
- 3) gospodărie țărăneasă.

Alegerea formei este condiționată de o serie de factori de ordin economic, financiar, juridic, care necesită a fi analizați în ansamblu. Întreprinzătorul va ține cont de genul de activitate pe care intenționează să o practice, proporțiile afacerii inițiate, calitățile sale profesionale, necesitățile și posibilitățile economice ș.a.

Calitatea de întreprinzător îi conferă titularului anumite drepturi și obligații specifice, acestea fiind diferite în dependență de forma juridică pe care o alege întreprinzătorul. Din Legea nr. 845/1992 cu privire la antreprenoriat și întreprinderi pot fi deduse drepturile generale ale întreprinzătorilor. Astfel întreprinzătorul are dreptul să practice activitatea sub firmă proprie, și, în acest scop, să procure de la alte persoane fizice și juridice bunuri și drepturi patrimoniale, inclusiv asupra proprietății intelectuale, să utilizeze orice resurse naturale, informative, intelectuale.

Întreprinzătorul își stabilește în mod independent genurile de activitate, precum și prețurile și tarifele. El poate să angajeze salariați în bază de contract, respectând drepturile și garanțiile oferite salariaților de legislația muncii. Întreprinzătorul beneficiază de serviciile sistemului asistenței sociale de stat și al asigurărilor medicale și sociale.

Întreprinzătorul are dreptul să dispună liber de beneficiul obținut de pe urma activității, care rămâne după achitarea impozitelor și altor plăți obligatorii, precum și să beneficieze de orice alt venit personal.

Întreprinzătorul poate să atace în instanța judecătorească competentă acțiunile autorităților ale administrației publice care îi lezează drepturile și interesele legitime.

² Legea RM nr. 93/1998 cu privire la patenta de întreprinzător, Monitorul Oficial nr. 72-73 din 6 august 1998, Legea RM nr. 1353/2000 privind gospodăriile țărănești (de fermier), Monitorul Oficial nr. 14-15/52 din 8 februarie 2001.

Statutul de întreprinzător individual nu împiedică persoana la o activitate economică colectivă, el poate să participe cu patrimoniul său la constituirea altor persoane juridice cu scop lucrativ.

Legea pune în sarcina întreprinzătorilor și unele obligații profesionale, care izvorăsc din calitatea de întreprinzător:

- înregistrarea de stat înainte de a începe orice activitate;
- să obțină licențe pentru genurile de activitate care se desfășoară în bază de licență³;
- desfășurarea activității în limitele concurenței libere;
- să respecte regulile de protecție a consumatorilor și să asigure calitatea cuvenită a mărfurilor fabricate (a lucrărilor și serviciilor prestate);
- să remunereze lucrătorii angajați la un nivel care să nu fie inferior salariului minim stabilit pe republică;
- să efectueze asigurarea socială și alte tipuri de asigurare obligatorie a lucrătorilor angajați;
- ținerea evidenței contabile;
- respectarea regulilor de protecție a mediului;
- să achite impozite și taxe la bugetul național.

Statutul de întreprinzător individual nu împiedică persoana să înființeze și o activitate comercială colectivă, asociindu-se și constituind persoane juridice cu scop lucrativ.

Indiferent dacă este titular al patentei de întreprinzător, întreprinzător înregistrat sau fondator al gospodăriei țărănești, el se caracterizează prin aceea că este o persoană fizică care desfășoară independent, în numele și pe riscul său o activitate aducătoare de profit și poartă răspundere cu întreg patrimoniul pentru rezultatele activității sale.

Fără îndoială, întreprinzătorul face distincție între bunurile utilizate de el în activitatea economică și bunurile personale. *Patrimoniul de afectățune* ca totalitatea bunurilor, drepturilor și obligațiilor persoanei fizice întreprinzător afectate scopului exercitării unei activități economice, constituie o fracțiune distinctă a patrimoniului acesteia, separată de gajul general al creditorilor personali ai acestuia. Mai mult de atât, întreprinzătorul este obligat să țină contabilitate, or obiect al evidenței va fi anume patrimoniul de afectățune, fără a cuprinde bunurile personale ale sale. Cu toate acestea, răspunderea pentru obligațiile asumate se răsfrânge asupra întregului patrimoniu, inclusiv asupra bunurilor personale, cu excepția celor care, potrivit legislației de procedură civilă, nu pot fi urmărite.

Punem problema întinderii capacității de exercițiu profesionale a întreprinzătorului, dacă acesta poate desfășura doar activitatea indicată în cererea de înregistrare sau și altele, ca în cazul societăților comerciale. Pornim de la dispoziția art. 26 C. civ., care stipulează la alin. (3) că întreprinzătorilor individuali li se aplică regulile specifice persoanelor juridice cu scop lucrativ, dacă din esența raporturilor juridice nu rezultă altfel. Prin analogie, vom invoca norma de la art. 60 C. civ., conform căreia, persoana juridică cu scop lucrativ poate desfășura orice gen de activitate neinterzis de lege, chiar dacă nu este indicat în actul de constituire. Așadar, întreprinzătorul individual poate desfășura mai multe genuri de activitate în limitele prevederilor legale, concluzie care rezultă și din dispozițiile Legii nr. 220/2007 care menționează la art. 33 că în Registrul de Stat al întreprinzătorilor individuali

³ Activitățile supuse licențierii, precum și procedura de obținere a licenței sunt reglementate prin Legea RM nr. 451/2001 privind reglementarea prin licențiere a activității de întreprinzător, Monitorul Oficial nr. 26-28 din 18 februarie 2005.

se înscrie, printre altele, obiectul principal de activitate. Reiterăm, că întreprinzătorul individual nu va putea desfășura acele activități, menționate de legiuitor ca monopoli de stat, monopoli naturale, precum și activitățile pentru care legea indică expres doar forma societăților pe acțiuni (activități bancare, asigurări). De asemenea, nu pot fi desfășurate sub forma întreprinderii individuale activitățile pentru care legea impune un anumit capital social (activitatea lombardurilor, jocurile de noroc), deoarece, ținând cont de principiul unicității patrimoniului persoanei, capitalul social este o categorie specifică societăților comerciale.

Dreptul de a desfășura activitate de întreprinzător există atât timp cât persoana este înregistrată în Registrul de stat al întreprinzătorilor individuali și încetează prin radierea din Registrul. Astfel, înmatricularea lărgeste capacitatea de exercițiu a persoanei fizice, aceasta având aptitudinea de a încheia și acte juridice specifice activității comerciale.

BIBLIOGRAFIE

1. Angheni S., Volonciu M., Stoica C., *Drept comercial*, Ed. Oscar Print, București, 2000
2. Georgescu I.L., *Drept comercial român*, vol. I, Ed. ALL Beck, București, 2002
3. Miller R.L., Jentz G.A., *Business Law Today, The essentials*, Ed. Thomson South – Western, USA, 2006
4. Pătulea V., Turuianu C., *Curs de drept comercial român*, Ed. ALL Beck, București, 2000
5. Roșca N., Baieș S., *Dreptul afacerilor*, ed. a III-a, Chișinău, 2011
6. Vonica R.P., *Drept comercial, Partea generală*, Ed. Lumina Lex, București, 2000

JURIDICAL REGIME OF PUBLIC PROPERTY OF LOCAL COLLECTIVIT

GHEORGHE GUȚU*

Abstract: Goods that compose the public propriety are affected by satisfy of public interest. Therefore, they need to be protected against all interferences and degradation that could compromise their affectation, a protection that covers various aspects. The first affair concerns the risks of material degradation that can appear from administration negligence, and it is forced at maintenance obligations of the domain or this should be maintained in order to achieve the affected scope.

This obligation protect the public domain of administration, as well as its possible negligence, it incumbes public communities, holding the public domain.

Keywords: public domain, public property, local collectivity, inalienabilite, administration

Goods that compose the public propriety are affected by satisfy of public interest. Therefore, they need to be protected against all interferences and degradation that could compromise their affectation, a protection that covers various aspects. The first affair concerns the risks of material degradation that can appear from administration negligence, and it is forced at maintenance obligations of the domain or this should be maintained in order to achieve the affected scope.

This obligation protect the public domain of administration, as well as its possible negligence, it incumbes public communities, holding the public domain.

Another risk that can occur from individuals, such as the juridical dismantling, against which the domain is provided by the principle of inalienability and of imprescriptibilities (*Bălan, 2007:30*).

To say that domonial goods are inalienable, it means that they cannot be alienated, it represents a simplistic and insufficient view. It is simplistic because the inalienability creates unexpected effects, something different that a evident alienation: insufficient, because the term *alienate*, is not reflected in the terms of law, in the French, Romanian and Moldovan legislation. It is imposed an analysis of inalienability, the foundation, the domain of application, effects referring to the laws of 3 countries studied.

Inalienability represents the result of a long historical evolution that has been realized as a fundamental principle of the **old French regime**. Edict of Moulin in 1566 is the one that is noted in the history as a foundation of inalienability principle, even if it was watching the crown domain (*Bălan, 2007: 30*).

If in the Middle Ages, the inalienability was to avoid the defalcation of the domain by third parties, and as well by the prodigy monarchy, in this way aiming the private interest of royal family – keeping their heritage – and the public one – the prevention of national

* Faculty member of State University, Moldova.

sovereignty alienation, or the Crown domain was alike the royal territory – today unanimously is allowed that the foundation consists in the protection of affectation. In french system, as in romanian and moldovan system, unlike english and german, exists the conviction that the affectation can be preserved only if the propriety can be kept by the public. The idea of affectation is rejected as a easement of general interest and consequently the possibility of alienating the property of encumbered goods by this easement (*Podaru, 2011: 70*).

From the inalienability of the old regime was determined in a direct way the modern concept of inalienability, with its 3 majoure features: continuity, protection and affectation.

French revolution is detached from the old order of things, suppresing the inalienable right in order to replace it with a priciple of alienability of national domain, subject to approval by the legislative body.

The doctrine of XIX century will return to the principle of inalienability and will rediscover the distinction between public and private domain. Pardessus and prudhon will say that only the public domain is inalienable and the private domain is alienable in conditions of common right, the conception that will be taken as well by jurisprudence will become with the apparence of Code State Domains a rule of written right.

The current normative law on the principle of inalienability of public property is represented by the actual **Property Code of General Public Persons** (PCGPP), that was adopted in 2006 under the Ordinance 2006-460 on 21 april 2006, published in Official Journal on 22 april 2006. Art. L.3111-1 from PCGPP provides that property of public persons named in art.L.1, it means the state, territorial collectivities and their associations, as well public institutions that belong to public domains are inalienable and imprescriptible.

Before the apparition of PCGPP, the inalienability of the goods of national public goods, was reglementated in the art. L.52, named in the title of III Book from the Code of State Domains, under a simple and concise form: *goods from public domain are inalienable and imprescriptible*. This text, however was repealed, as a consequence of PCGPP in 2006.

Similiar for the territory collectivities there are the same foresight, under the art. L.13311-1 from the General Code of Territorial Collectivities, the same as it was modified by PCGPP: *the proprietes that belong to public domain of the territory collectivities, public institutions or associations that are inalienable or imprescriptible*.

This two codes does not prohibit the possibility of disposal or exchange of mentioned goods, but makes there operations subject to certain formalities required by PCGPP.

Also It is noted the existence of another special normative documents that repeat the same idea of inalienability, such as Public Health Code, for specific dependencies.

The principle of inalienability, prohibits any form of disposal, sale or expropriation of goods incorporated naturally or atrificially in the public domain.

On its definitive route, this principle was formulated by theorists, learned by jurisprudence and finally formalized by legislative forum.

Controversials are still on the meaning and a concrete method of application, but generally it is admitted that inalienability dependencies of public domain of the territoty colectivities is a consequence of their specific use.

Here is noticed the majoure difference between the old conception of Ordonance from Moulins and the actual conception, reglementated in art. L.3111-1 from Property Code of General Public Persons. At the moment, it is not covered by this rule of all state property, only goods from public domain of the state and of the territory colectivities.

It was renounced from the concept in which the inalienability of goods from public domain represent a consequence of nature, a conception replaced by one that emphasizes the public destination that receives the object (*Gaudemet, 2008: 165*).

The regimes of domain and goods inalienability, can be removed by law or through a collectivity or managing act, but just in the case if the special affectation is stopped (*Gaudemet, 2008: 165*).

This vision can be sintetized in the finding that inalienability begins and ends with the affectations of goods. It is estimated that semnification of inalienability can be highly variable (*Morand-Deville, 2007: 162*).

At the same time, the destination of the public domain can not be protected and guaranteed unless it remains fully owned by public law issues (*Gaudemet, 2008: 165*).

Current legislation leaves much freedom for public authorities in exercising the power of disposal of goods of public domain, the control of judge in the decision of downgrade is minimal and can be reported to the obligation of reasonable conduct policy areas.

However it is estimated that the inalienability is *relative* and *potestative*, because the administration authorities remain free, at least in the public domain, in order to suppress the affectation of domenal goods and to dispose it. This freedom is even more pronounced decision as the downgrade fall in the competence of property authorities, under the law or the act of delegation (*Gaudemet, 2008: 165*).

French lawyers made some unfortunate practices of the state, who did not hesitate in the efectuation of some large-scale privatization, massive to robe the public domain, to penalize publis assets of significance.

The penalization procedure is required to be able to pass on to the alienation of public property, but the decision belongs to the public authorities. It can be discussed about a relative inalienability, or about alienability subject. This statement is valid only for incorporated goods in public domain, were human intervention and will is decisive, but not in the case of public natural domain, which is formed and transformed as a result of natural phenomenon. Even in the natural public domain, exists some situations were the penalization do not depend on nature forces, as in the case of land left free and which can be penalized through the interministerial order (*Morand-Deville, 2007: 166*).

On the other hand, it is criticized the excessive interpretaion that is imposed by jurisprudence, putting barriers not only to the operations that can have as an effect the transffer of public goods from administration heritage to heritage of persons with private right, also operations of transmission operation between diverse persons with public right, restriction that can become inappropriate in relation to the need of some public services.

For this reason, it is relied to another *avoided procedures*, such as the transfer of managment between the state, on another hand at the change of special affectation at the level of local colectivities.

The main foundation of inalienability is the affection of public domain for a public use or a public service. It is considered that the affection of the domain can not be guaranteed unless it remains fully opened property of a public collectivity (*Morand-Deville, 2007: 166*).

In French law, the whole protective mechanism of inalienability is based on affectations goods and in consequence on the power of administrative authority in order to disallow or penalize. It is known that if damage can result from a formal document or from a single

material fact and of a effective destination of goods, decommissioning should be accompanied by downgrading, ordering through a legal act expressly and discretionary. The requirements of a explicit behaviour of the administration by publishing a new juridical act has a role of coercion and protection of the domain. Any alienation is not valid, contrary to the rule of inalienability, if it is not preceded by a downgrade of domenal goods.

A essential consequence of inalienation is the interdiction of all forms of alienation of the public domain: not only voluntary alienation, like sales, but also forced ones, as expropriation. Such alienations are hitted by nullity and the purchaser is obliged to refund (*Morand-Deville, 2007: 167*).

As a necessary consequence of the inalienability regime is affirmed constantly and the incompatibility of public domain regime and with the co-ownership in public domain. Inalienability also prohibits dismemberments of property, the establishment of real rights on the public domain in the favour of individuals.

The creation of easements of real problems in the public domain, for the benefit of neighboring dominant fonds, this shoul not be confused with administrative easements, which are established by law in favour of public domain. It was considered that inalienability prevents the formation of similiar real rights dismemberments areas. Anyway, this negative principle, which never was absolute, now more and more os growing the tendency of substitution of a nuanced response, which allow the creation of real servitudes with the condition that this will be compatible with the affection dependency of respective domains.

French doctrine knows the opinion according to which the inalienability prohibits the constitution of civil real rights as dezmembration of public domain, but not the administrative real rights, as the occupation one by the owners of one domenials dependencies in the direct and collective ussage (*Morand-Deville, 2007: 167*).

Of course the PCGPP reaffirms that the inalienability of goods from the public domain brings some exceptions.

One of them reffers to the possiblity that a public person will give *friendly* to another public person, without to downgrade a good from a public domain, if this transfer is necessar for the performance of aquire. Of course, the disscused good will be included autmatically in the public domain. This exemption is considered as a efficient modality to remediate the common situations in which public persons were required to ensure the management of a public service, whithout being the owners of property and necessary equipments.

The provision cited is considered a majoure inovation, which would simplify and streamline the management areas.

It was given the a vague formulation from Code, that reffers to *friendlysettlement*, on a conventional way, we can interpret that it is mentioned two hypotheses: **first** is the change of the owner, while maintaining the same destination of public utility of goods, **second** could be the change of owner and chabge of the special afetation. In both cases, goods will take part from the public domain of purchaser, there can be both: sale and free transfer.

In the article L. 3112-2 from PCGPP is allowed the change between public persons of goods from public domain, without a prior downgrade, in order to improve the conditions for the provision of a public service, the goods are affected and the obligation to incorporate in the exchange act some clauses which will permit the maintainance of existence and

continuity of service. Moreover the exchange is allowed with the following of some conditions, not only between the person with public right, but also between the persons with private right: according to art. L. 3112-3 from PCGPP, in order to achieve the same objectives as laid down in the art. L. 3112-2, goods from public domain can be changed, after a preliminary downgrading of goods from the private domain of another persons of public right and also with goods belonging to private persons.

From these dispositions is clear that doctrinal thesis on inalienability meant to protect the affectation of public domain, was elevated on rank of law.

Moreover innovation brought by Code are working even if the doctrine criticized the rigidity principle inalienability. A proof of this is the fact that the dispositions from the art. L. 2141-2 from PCGPP permit the sale of property from the artificial public domain of the state or of its institutions, according to a declassification decision, even if decommissioning has not yet been delivered, but was already announced. In this case, decommissioning should be made in three years, but the eventual act of sale will cover the property and will end in a terminate condition.

On the other side, the excessive interpretation that law imposes according to this principle is criticized, putting barriers not only to the operations which have the effect of transferring the public goods from administration heritage to the heritage of individuals, but also to the transferring operations among different individuals of public law, where restrictions may be often inappropriate in comparison with satisfying the needs of some public services.

Because of this reason, we rely on other avoided procedures, such as the transfer of management between the country on one hand, and local authorities or public institutions on the other hand, or changing the special conditions at local authorities level.

The main basis of inalienability is the direct disorder of public domain, a public service. It is considered that altering public domain can not be fully guaranteed unless the entire ownership remains to local authorities (*Morand-Deville, 2007: 166*).

In French law, the full protective mechanism of inalienability is based on the conditions of goods and on the power of public authorities to disallow or downgrade. It is well-known that if damage can result from a formal act or a simple material fact of effective occupation and of the effective destination of the goods, decommissioning can exist only factual and needs to be accompanied by downgrading, ordered through a juridical express and discretionary document. The requirements of such conduct from public authorities to establish another juridical document has a constrained role, and at the same time, to protect the public domain. Specifically, any alienation is null, contrary to the rule of inalienability, if is not preceded by the public domain.

An essential result of inalienability is the prohibition of all forms of alienation of public domain: not only the voluntary alienation such as sells, but also the forced ones as expropriation. These kind of alienations are null and the purchaser is forced to refund.

The rule of inalienability has the effect of exclusion of the exercise by private owners on public domain, as long as they belong only to those who exercise the right over a property (*Morand-Deville, 2007: 167*).

As a necessary consequence of inalienability is claimed, constantly, and the incompatibility of public domain with co-ownership. Moreover, the inalienability prohibits the disruption of property, it means the establishment of rights on public land to individuals.

The problem of creation of easements on the public domain for the benefit of dominant funds should not be confused with administrative easements, established by law in favor of public domain. It is considered that inalienability prevents the formation of rights similar to the disruption of domain property. However, this negative principle, which has never been absolute, exists the tendency to substitute a response, that allows the creation of real servitudes, respecting the issue to be comparable to the damages of domains.

The French doctrine knows also the point of view, according to which inalienability prohibits the formation of civil rights as disruption of public domain, but not the administrative rights, such as employment of individuals (*Morand-Deville, 2007: 167*).

Of course the CGPPP reaffirms the inalienability of public domain goods, but also brings some exceptions.

One of them refers to the possibility that a public person to give another public person without having to downgrade a public domain good, if such transfer is necessary for the performance of responsibilities of the acquirer. Of course, the good in question will be included automatically in the public domain. This derogation is considered as an effective way to address common situations in which public figures were required to ensure the management of a public service, without being owners of property and of equipment needed.

The statement above is considered a major innovation, which would simplify and streamline management areas.

Given the vague formulation of the Code, which refers to a settlement failure in a conventional way, we interpret to be considered two main hypotheses: the first would be a change of ownership, while maintaining the same purpose of public goods, the second would be a change of ownership, but also special conditions. In both cases, the property will be part of the public domain of the purchaser. Regarding the nature of the agreement between the two persons of public law, it is recognized that there may be both sale and free transfer.

In the second line of art. L. 3112-2 of CGPPP allows the exchange of public goods between public figures, all without a prior downgrade, in order to improve conditions for the provision of a public service, which means the goods in question are affected, and the obligation to incorporate in the exchange document some issues that allow to preserve the existence and continuity of service. Moreover, the exchange is allowed, subject to certain conditions, not only between persons of public law, but also between them and private individuals: according to the art. L. 3112-3 of CGPPP, to achieve the same objectives as those mentioned in art. L. 3112-2, the goods of public domain can be changed, after a preliminary decommissioning, with goods of private property of other persons of public law and even with goods belonging to private individuals.

From these articles results that the doctrinal thesis regarding the maintenance of inalienability to protect the disruption of public domain, not the goods themselves, has been elevated to the rank of law.

Moreover, innovations taken from the Code aims to go further than the doctrine, that criticized the rigidity of principle of inalienability. A proof of this is the fact that the provisions of art. L. 2141-2 of CGPPP allows the sale of estate property from the artificial area of public domain or its institutions, even if the decommissioning has not yet been delivered but was already announced. In this case, the actual decommissioning must be

made within a maximum of three years term, but the eventual bill of sale covering the property field will be completed in condition to terminate.

Before this legal paragraph appeared, the doctrine and the jurisprudence rejected that such agreements can dispose the public goods downgraded, but still unaffected, being motivated with the fact that those goods were still belonging to the public domain, inalienable and must be maintained in the public domain (*Morand-Deville, 2007: 168*).

The solution provided by CGPPP is indeed questionable, since the fate of the sale depends on the condition to terminate, whose realization depends exclusively by a competent authority to validate irrevocably the decommissioning.

However, the limitation of this sale only for country goods and its subordinated institutions is disputed, showing that there is no rational reason for derogating provisions of art. L. 2141-2 not being incidents in the public domain from local authorities, their associations or subordinated institutions.

Based on these multiple ways, to change the ownership of a holder of public goods, was stated and concluded that inalienability rule, recalled by CGPPP, can not disrupt the relationships between public individuals.

As for the second character of public ownership, indefeasibility, it follows along inalienability, to maintain the protection of the public domain.

Often, the doctrine states that indefeasibility protects the administration against themselves as risks relating to the field of prescriptions, than from voluntary alienation, or the principle of inalienability does not protect in the case of a voluntary abandonment or connivance (complicated arrangements) by public figures (*Auby, Bon, 1993: 37*).

And not merely a threat to return the property from the administration is inalienable daunting on the field.

The rule of indefeasibility knows no exceptions. It applies to the field itself, on which no usurpation is possible, as damage repair field.

This protection by indefeasibility applies if the property alienation by simply possessing actually express an agreement of the administration. Prolonged possession in good faith is irrelevant, even if employment is consecutive, but due to an administrative error.

Alienation of property in the public domain without prior downgrade is null and can always be submitted (*Balan, 2007: 31-32*).

Although the main elements of the system of public domain are based upon the inalienability rules and indefeasibility, according to art. L. 2311-1 of CGPPP, public goods belonging to persons referred to in art. L. 1 from this document, the country, local authorities and public institutions are imperceptible. In this way, we derogate from the provisions of art. 209 of the French Civil Code, which provides that anyone is held personally liable to meet its obligations with all its assets movable or immovable, present and future.

Regarding other persons of public law, the doctrine considers that they are covered by the provisions CGPPP if special laws do not provide another solution, as such, imperceptibility would operate and on their property, although apparently, art. L. 2311-1 would limit the area only to entities specifically listed.

Imperceptibility extends even to public establishments turned into companies.

Provisions stated establishes the general principle of imperceptibility of public or private goods belonging to public individuals, including public-owned or industrial business.

In fact, it is clear that enforcement procedures specific private law, namely the recovery and liquidation proceedings are not applicable to public institutions, public goods can not be pursued by creditors of these institutions and can not be subject to protective measures (*Morand-Deville, 2007 : 170*).

The legal form of public ownership of local communities, based on the legislation of Romania and Republic of Moldova, is mainly governed by public law, characterized by specific features, designed to ensure the goods conditions, that is characterized by inalienability and imperceptibility.

The inalienability of public property is primarily meaning the prohibition of legal documents, which constitute goods that are tradable so general. Equally, imperceptibility also contains the impossibility of acquiring public goods by third parties, by any way of acquiring ownership regulated by law (*Chelaru, 2008: 59*).

The inalienability rule is based on the purpose of promoting the public interest and subjected to damage property for public use in the public domain (*Giurgiu, 1997: 70*).

According to French authors, the main basis of inalienability principle includes the damage of public domain, which can not be fully guaranteed only through ownership, full and entire communities to the public, and by its requirements (*Vedinas, Ciobanu, 2001: 93*).

As a rule of legal way applicable to public property, inalienability evoke the feature that characterizes the public property assets, under which they may not be subject to acts of alienation inter vivos or mortis causa.

The conclusion that if acts of alienation occur, they will be null and void, therefore no longer found in the Law no.213/1998.

The Civil Code of the Republic of Moldova by the rules set in art. 296, provides only property features of public domain, such as inalienability and indefeasibility, which resumed to mention that ownership of the property is not public domain and can not turn off the unused acquired by third parties by usurpation.

However, as I stated in another paragraph, the solution in this case is found in art. 1229 of **Romanian Civil Code**, which states that only goods that are in the civil circuit may be subject to contractual benefits. The same solution is found in the legislation of the Republic of Moldova, at art. 206 of Civil Code, which provides that subject to the legal act to be lawful and to be in civil circuit.

The corresponding form is treated through the inalienability meaning in French law, recognizing the impossibility main effect of alienation is void alienation of the public domain, whether it causes alienation charge, consideration or a voluntary alienation or forced (*Vedinas, Ciobanu, 2001: 93*).

As the effects of inalienability are the following:

- **prohibition of alienation** – therefore the domain property can not be alienated either for consideration or free of charge.

The problem raised by the selling goods of public property are damaged condition precedent to its decommissioning. Regarded as suspicious and void, it was shown that these sales may not be valid. Thus, if we consider the retroactive effects it produces the condition

precedent, we conclude that at the time of the sale agreement, will have an object removed from civil circulation. But even if the condition precedent parties will only affect the future sale that will always be zero, since the condition decommissioning asset, depending by the seller is purely objectionable (*Podaru, 2011: 71*).

There may be situations where decommissioning depends on chance, for example a property field will sell if it is damaged by natural phenomena, or the will of a third party, such as through a new law, a class of goods will not be considered of public domain. In our opinion, in these situations we are in the presence of zero sales simply because they are contrary to existing inalienability rule at the signing of the act by the administration. Thus, for our part, we believe that decommissioning the power can not be exercised early, because government can not know in advance the public interest at a time would require dismantling of a particular field or to keep it in public.

- the impossibility of creation in the public domain, the dismemberments of a civil nature. On the contrary, real administrative rights are admissible, since given their precarious revocable and are not contrary to inalienability rule.

- the impossibility to expropriate dependencies areas.

Sometimes considered a simple consequence of inalienability, sometimes a protection domain, it is complementary to inalienability often more important than to indefeasibility, because they would rather lose the surprising only by a prescription through a voluntary sale.

For the Moldovan and Romanian legislator, things seem very simple: indefeasibility translates into inability to acquire the domain through usurpation or owning property in good faith. Provision of art. 861 paragraph.(2) of Romanian Civil Code, according to which public ownership is extinguished by unused, it seems obviously unnecessary since it is a characteristic of the property in general. On the other hand, the provision is less strange if we think that use of the material public property is exercised not by the owner of the property but by the public.

Obviously, this situation is not as simple as it should be seen in the indefeasibility way.

The formulation of previous law – Article 11 of Law no.213/1998 – was objectionable and light goods are imprescriptible. In reality, it is strictly legal ownership of the domain property is inalienable and perhaps it was the intention of the legislature. With the adoption of the Civil Code, this inaccuracy was repaired by art. 861, paragraph. (2) provides that was a formulation, which has a exhaustive point of view: thus, it would seem that only property can be acquired by third parties in possession of good faith and the principle of indefeasibility usurpation would be reduced to this one idea (*Podaru, 2011: 73*).

In fact, as shown in the French doctrine, the principle applies to civil dismemberments of the property that there can not be any usurpation. In addition, it should be noted that legal actions, that protect the area, are imprescriptible.

Consequence of inalienability, or more precisely, its particular case, indefeasibility not treated separately by the French doctrine than private domain analysis, but is treated by the laws of Romania and Republic of Moldova.

We consider the French legislation, whereas indefeasibility as particular case of inalienability, not arising from inalienability. Otherwise, unable to field a dependence mortgage or capitalize it when it was formed, however, in contempt of the laws, is only logical consequences of inalienability, being treated as such.

Elusive nature of public property prevents the prosecution and enforcement and the constitution about them. It is natural to be so because if these assets could be pursued by creditors, it would defeat the bypass and inalienable right, which means that it can indirectly acquire private property rights over them.

Seem less important arguments about the presumption of solvency of the country or local authorities, in explaining the elusive nature of the goods belonging to the public domain. What is important and should be considered is that all these characters of public property conditions compete to provide public goods that form the public interest.

BIBLIOGRAPHY:

1. Auby, J.-M., Bon, P. (1993), *Droit administrative des biens. Domaine. Travaux publics. Expropriation*, Paris: Ed. Dalloz
2. Bălan, Emil (2007), *Drept administrativ al bunurilor*, București: Ed. C.H. Beck
3. Chelaru, Eugen (2008), *Administrarea domeniului public și a domeniului privat*, (ed. a II-a), București: Ed. C.H.Beck
4. Gaudemet, Y. (2008), *Droit administratif des biens*, Paris: Ed. L.G.D.J.
5. Giurgiu, Liviu (1997), *Domeniul public*, Seria Repere Juridice, București: Ed. Tehnică
6. Morand-Deville, J. (2003), *Cours de droit administratif des biens*, Paris: Ed. Montchrestien
7. Podaru, Ovidiu (2011), *Drept administrativ, vol. II, Drept administrativ al bunurilor*, București: Ed. Hamangiu
8. Vedinaș, Verginia, Ciobanu, Alexandru (2001), *Reguli de protecție domeniială aplicabile unor bunuri proprietate privată*, București: Ed. Lumina Lex

INDEPENDENȚA JUSTIȚIEI – ART. 124, ALIN. (3) DIN CONSTITUȚIE. CONSIDERENTE PRIVIND PROTECȚIA LEGALĂ ÎN CONTEXTUL REFORMEI PENSILOR

ANDREI GHEORGHE

Șef serviciu – Serviciul de Drept Privat, Ministerul Justiției, București

Abstract: *Within the context of global economic crisis, the Romanian Government was under the necessity to promote a series of measures for the reassessment of public expenditure and human resources from the public sector, including the promotion of a unique retirement system and the removal of special retirement's arrangements. Constitutional Court established the unconstitutionality of such measures with respect to the principle of independence of justice in its institutional component, which endorses the whole judicial system. Nevertheless, the clerks remain the only category of personnel from the judicial system which should carry the burden of this reform of cutting the special retirement's arrangements. Turning to advantage the concept of the independence of justice in its institutional component and the reasoning of the Constitutional Court in its case law, by reference to the statute of the clerks, one can ascertain the unconstitutionality of the current legal framework, the possibility of the other two powers to assure, through positive legislative actions, the observance of the independence of justice not only for the magistrates, but also for the court, as well as the possibility of persons subject to a trial, in the passivity of the legislator, to invoke exceptions of unconstitutionality on the grounds of the independence of justice in its institutional component.*

Keywords: pensii speciale, independența justiției, instanța de judecată, statutul magistraților, statutul personalului auxiliar, excepție de neconstituționalitate

Introducere

În contextul crizei economice globale, Guvernul României a fost nevoit să promoveze o serie de măsuri de reșezare a cheltuielilor publice și a resurselor umane din sectorul bugetar, între care și promovarea unui sistem unic de pensii. La nivelul anului 2010 statul înregistra cheltuieli importante cu susținerea unor pensii speciale, generate de prezența în cadrul legislației a unor legi speciale. Fără a pune problema, acum tardivă, a justificării promovării unor astfel de legi speciale, din punct de vedere al tehnici legislative, justificarea că ridicarea unor reglementări la nivel de lege este suficientă pentru a deroga de la dreptul comun, deși este pertinentă la nivel teoretic, practic, introducerea pe lângă dreptul comun a unui număr suficient de mare de derogări nu poate să genereze decât o crasă inaplicabilitate a dreptului comun. Ca în cadrul oricărui sistem de drept comun parazitat de legi speciale și în sistemul de pensii speciale se găsea și o victimă colaterală, în cazul de față, sistemul de justiție, cu o reglementare constituțională aparte vizând independența justiției ca putere a statului pe care Guvernul nu a ezitat să o reformeze încercând și reușind, parțial, să îi aplice o reformă abruptă a pensiilor.

Prezenta lucrare reprezintă o succintă perspectivă asupra a ceea ce continuă să fie „protecția legală” acordată independenței justiției în contextul reformei pensiilor și

analizează pe scurt costurile acestei reforme pentru victimele colaterale pentru care reforma pensiilor a fost valabilă în sistemul justiției.

I. Succesiunea reglementărilor care au vizat eliminarea din legislație a pensiilor speciale în sistemul justiției:

1. Chiar dacă inițial, proiectul Legii nr. 119/2010 a vizat eliminarea din legislație și a pensiilor magistraților, în urma controlului de neconstituționalitate, constatându-se de către Curtea Constituțională, în Decizia nr. 873/2010, incompatibilitatea acestei măsuri cu prevederile art. 124 alin. (3) din Constituție, Legea nr. 119/2010, în forma în care a intrat în vigoare (valorificând considerentele reținute de Curtea Constituțională în Decizia nr. 871/2010, în sensul constituționalității, de principiu, a unor astfel de măsuri) a rămas să vizeze toate celelalte pensii speciale, care, astfel s-au integrat în sistemul public de pensii, prin recalculare.

2. Prin H.G. nr. 737/2010¹ s-a aprobat metodologia pentru recalcularea pensiilor stabilite potrivit art. 1 lit. c)-h) din Legea nr. 119/2010 privind stabilirea unor măsuri în domeniul pensiilor. Această hotărâre a fost atacată în contencios administrativ și aplicarea ei a fost suspendată până la judecarea fondului (acțiunea a rămas ulterior fără obiect pentru că hotărârea a fost abrogată prin O.U.G. nr. 59/2011).

3. Având în vedere exigențele subliniate de puterea judecătorească în cadrul controlului jurisdicțional exercitat cu ocazia aplicării Legii nr. 119/2010 s-a adoptat OUG 59/2010 prin care s-a prevăzut că pensiile vizate de H.G. nr. 737/2010, care făcuseră deja obiectul recalculării, urmau să fie revizuite, cu prevederea unui termen pentru plata eventualelor sume restante, diferența între suma rezultată în urma recalculării și cea obținută la revizuire.

II. Consecințele esențiale produse de ansamblul reglementărilor de la pct. I, asupra destinatarilor legii:

Urmare promovării acestui ansamblu de măsuri, în ceea ce privește personalul auxiliar, singura categorie din sistemul justiției care rămăsese să fie afectată de reforma pensiilor au rezultat cel puțin următoarele:

- a) persoane care primesc pensiile speciale în continuare, deoarece au obținut prin hotărâri judecătorești definitive și irevocabile acest drept;
- b) persoane care au în plată pensia revizuită acțiunile lor fiind respinse;
- c) persoane care au câștigat în fond și au pierdut în recurs, care se pot afla încă în litigiu;
- d) persoane care au câștigat dreptul să nu mai restituie diferența dintre pensia acordată pe baza sentinței definitive și cea diminuată pe baza sentinței irevocabile.

III. Motivele și obiectivele legiuitorului de a recurge la eliminarea din legislație a pensiilor speciale:

Reținem din Expunerea de motive a Legii nr. 119/2010: „evoluția crizei economice”; necesitatea adoptării unor „măsuri cu caracter excepțional”, care au fost generate „În urma

¹ Prezenta lucrare vizează doar H.G. nr. 737/2010, deoarece numai aceasta vizează personalul auxiliar al instanțelor judecătorești și al parchetelor, componentă a sistemului judiciar.

analizei de detaliu a sistemului de pensii publice”; creându-se „cadru de reformă în următoarele direcții: Asigurarea sustenabilității financiare [...]; Eliminarea discrepanțelor privind contribuția la buget [...]; Eliminarea legilor speciale de pensionare [...]; Armonizarea sistemului public de pensii național cu practica europeană și cu recomandările Uniunii Europene [...]; Simplificarea legislației [...]”;

dată fiind constatarea că „există sisteme speciale de pensii publice care au introdus o serie de privilegii și tratament inegal pentru unele categorii profesionale, s-a creat o diferență uriașă între cea mai mică pensie și cea mai mare pensie publică.”.

IV. Jurisprudența Curții Constituționale cu privire la măsurile legale de eliminare a pensiilor speciale:

a. Controlul de neconstituționalitate ex-ante – Decizia Curții Constituționale nr. 871/2010:

Controlul de neconstituționalitate a vizat raportarea Legii nr. 119/2010 la art. 1 alin. (5) referitor la respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor, art. 15 alin. (2) referitor la neretroactivitatea Legii civile, art. 16 alin. (1) privind egalitatea în drepturi a cetățenilor, art. 44 privind dreptul de proprietate privată, art. 47 referitor la nivelul de trai și dreptul la pensie, art. 53 privind restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți și art. 135 alin. (2) lit. f) privind obligația statului de a asigura crearea condițiilor necesare pentru creșterea calității vieții. De asemenea, a vizat și prevederile art. 20 din Constituție, prin raportare la următoarele acte internaționale:

- Primul Protocol adițional la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, și anume art. 1 referitor la proprietate;

- Declarația Universală a Drepturilor Omului, și anume art. 17 cu privire la dreptul de proprietate, art. 23 pct. 3 cu privire la dreptul la o retribuție echitabilă și la protecție socială și art. 25 pct. 1 privind dreptul la un nivel de trai decent;

- Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, și anume art. 1 privind demnitatea umană, art. 17 alin. (1) privind dreptul de proprietate, art. 25 privind drepturile persoanelor în vârstă, art. 34 alin. (1) privind securitatea socială și asistența socială și art. 52 alin. (1) privind întinderea și interpretarea drepturilor și principiilor.

În cadrul Deciziei nr. 871/2010, prin care a respins obiecția de neconstituționalitate, Curtea Constituțională a reținut, în esență că:

- „având în vedere că pensiile speciale nu reprezintă un privilegiu, ci au o justificare obiectivă și rațională, Curtea consideră că acestea pot fi eliminate doar dacă există o rațiune, o cauză suficient de puternică spre a duce în final la diminuarea prestațiilor sociale ale statului sub forma pensiei. Or, în cazul Legii privind stabilirea unor măsuri în domeniul pensiilor, o atare cauză o reprezintă necesitatea reformării sistemului de pensii, reechilibrarea sa, eliminarea inechităților existente în sistem și, nu în ultimul rând, situația de criză economică și financiară cu care se confruntă statul, deci atât bugetul de stat, cât și cel al asigurărilor sociale de stat. Astfel, această măsură nu poate fi considerată ca fiind arbitrară; de asemenea, Curtea urmează a observa că măsura nu impune o sarcină excesivă asupra destinatarilor ei, ea aplicându-se tuturor pensiilor speciale, nu selectiv, nu prevede diferențieri procentuale pentru diversele categorii cărora li se adresează, pentru a nu

determina ca una sau alta să suporte mai mult sau mai puțin măsura de reducere a venitului obținut dintr-o atare pensie”;

- „legiuitorul este îndrituit să integreze sistemele de pensii speciale în sistemul general”;

- „partea necontributivă a pensiei de serviciu, chiar dacă poate fi încadrată, potrivit interpretării pe care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a dat-o art. 1 din Primul Protocol adițional la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, în noțiunea de „bun”, ea reprezintă totuși, din această perspectivă, un drept câștigat numai cu privire la prestațiile de asigurări sociale realizate până la data intrării în vigoare a noii legi, iar suprimarea acestora pentru viitor nu are semnificația expropriării”;

- „drepturile rezultate din actul de pensionare sunt previzibile, și anume îndrituirea persoanei la cuantumul aferent pensiei din sistemul ordinar de pensionare, restul cuantumului pensiei (cea suplimentară) fiind supus elementelor variabile amintite mai sus, și anume optica legiuitorului și resursele financiare ale statului care pot fi alocate în această direcție”.

a.1. În cadrul Deciziei nr. 873/2010, prin care a admis, în parte obiecția de neconstituționalitate, Curtea Constituțională a reținut, în raport cu art. 124 alin. (3) din Constituție (independența judecătorilor) în esență că „atât independența justiției – componenta instituțională (conceptul „independenței judecătorilor” nereferindu-se exclusiv la judecători, ci acoperind sistemul judiciar în întregime), cât și independența judecătorului – componenta individuală, implică existența unor numeroase aspecte, cum ar fi: lipsa imixtiunii celorlalte puteri în activitatea de judecată, faptul că niciun alt organ decât instanțele nu poate decide asupra competențelor lor specifice prevăzute prin lege, existența unei proceduri prevăzute de lege referitoare la căile de atac ale hotărârilor judecătorești, existența unor fonduri bănești suficiente pentru desfășurarea și administrarea activității de judecată, procedura de numire și promovare în funcție a magistraților și, eventual, perioada pentru care sunt numiți, condiții de muncă adecvate, existența unui număr suficient de magistrați ai instanței respective pentru a evita un volum de muncă excesiv și pentru a permite finalizarea proceselor într-un termen rezonabil, remunerare proporțională cu natura activității, repartizarea imparțială a dosarelor, posibilitatea de a forma asociații ce au ca principal obiect protejarea independenței și a intereselor magistraților etc.

Este indubitabil faptul că principiul independenței justiției nu poate fi restrâns numai la cuantumul remunerației (cuprinzând atât salariul, cât și pensia) magistraților, acest principiu implicând o serie de garanții, cum ar fi: statutul magistraților (condițiile de acces, procedura de numire, garanții solide care să asigure transparența procedurilor prin care sunt numiți magistrații, promovarea și transferul, suspendarea și încetarea funcției), stabilitatea sau inamovibilitatea acestora, garanțiile financiare, independența administrativă a magistraților, precum și independența puterii judecătorești față de celelalte puteri în stat. Pe de altă parte, independența justiției include securitatea financiară a magistraților, care presupune și asigurarea unei garanții sociale, cum este pensia de serviciu a magistraților.

În concluzie, Curtea constată că principiul independenței justiției apără pensia de serviciu a magistraților, ca parte integrantă a stabilității financiare a acestora, în aceeași măsură cu care apără celelalte garanții ale acestui principiu. Atât în jurisprudența Curții

Constituționale a României, cât și în jurisprudența altor Curți Constituționale s-a statuat că stabilitatea financiară a magistraților reprezintă una dintre garanțiile independenței justiției.”

- „în cauza *Cooper c. Regatului Unit*, 2003, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a decis că, pentru a stabili dacă un tribunal este independent, trebuie să fie luați în considerare următorii factori: modul de desemnare și durata mandatului membrilor ce-l compun; existența unei protecții adecvate împotriva presiunilor exterioare; posibilitatea de a se verifica dacă el prezintă sau nu aparența de independență”;

- „Curtea constată că statutul constituțional al magistraților – statut dezvoltat prin lege organică și care cuprinde o serie de incompatibilități și interdicții, precum și responsabilitățile și riscurile pe care le implică exercitarea acestor profesii – impune acordarea pensiei de serviciu ca o componentă a independenței justiției, garanție a statului de drept, prevăzut de art. 1 alin. (3) din Legea fundamentală.”

b. Controlul de neconstituționalitate ex-post – Decizia Curții Constituționale nr. 297/2012:

În cadrul Deciziei nr. 297/2012, prin care a admis, în parte obiecția de neconstituționalitate, Curtea Constituțională a reținut, în raport cu art. 16 alin. (1) și art. 140 alin. (4) din Constituție, precum și ale art. 14 din Convenție, în esență că „ar fi inadmisibil ca, practic, cel asimilat să beneficieze în continuare de quantumul pensiei de serviciu a celui la care a fost asimilat, în condițiile în care acesta din urmă nu mai beneficiază de același quantum sau aceeași natură a pensiei, ci a intrat în sfera sistemului general de pensionare. În situația specială a personalului Curții de Conturi, Curtea a observat că eliminarea pensiilor de serviciu ale acestuia cuprinde pensiile de serviciu ale consilierilor de conturi, pe cele ale auditorilor publici externi și ale oricăror persoane care sunt salariați/membri în cadrul Curții de Conturi. În acest sens, s-a arătat că o atare operațiune vizează întreg personalul Curții de Conturi cuprins la cap. V din Legea nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi, intitulat *Numirea și statutul personalului Curții de Conturi* (art. 46-57 din lege). Or, din personalul Curții de Conturi fac parte, potrivit reglementărilor legale menționate, atât consilierii de conturi, auditorii publici externi, personalul de specialitate al Curții, cât și ceilalți angajați ai acestei instituții, indiferent de statutul lor socioprofesional.

Astfel, Curtea, în conformitate cu principiul *accessorium sequitur principale*, a arătat că trebuie aplicat același tratament juridic personalului asimilat magistraților în privința dreptului legal la pensie de serviciu cu cel acordat personalului la care au fost asimilați, întrucât, în caz contrar, s-ar ajunge la situații inadmisibile, contrare art. 16 din Constituție.”

- „după adoptarea Deciziei nr. 873 din 25 iunie 2010, din punct de vedere constituțional, s-a deschis posibilitatea de a aprecia dacă există o similitudine între statutul constituțional și legal al magistraților și cel al altor categorii socioprofesionale, fapt ce le-ar îndritui pe acestea din urmă sau unele dintre acestea la încasarea unei pensii de serviciu similar magistraților”

- „prin Decizia nr. 1.094 din 15 octombrie 2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 721 din 23 octombrie 2008, Curtea a reținut că membrii Curții de Conturi sunt independenți în exercitarea mandatului lor și inamovibili pe toată durata acestuia; sunt supuși incompatibilităților prevăzute de lege pentru judecători; nu pot face parte din partidele politice sau să desfășoare activități publice cu caracter politic; le este

interzisă exercitarea, direct sau indirect, a activităților de comerț, participarea la administrarea ori conducerea unor societăți comerciale sau civile și nu pot fi experți ori arbitri desemnați într-un arbitraj. Curtea a constatat că și consilierii de conturi au incompatibilitățile prevăzute pentru judecători la art. 125 alin. (3) din Constituție, potrivit căruia „Funcția de judecător este incompatibilă cu orice altă funcție publică sau privată, cu excepția funcțiilor didactice din învățământul superior”. Totodată, Curtea, observând că atât consilierii de conturi, cât și judecătorii sunt independenți în exercitarea funcției, respectiv a mandatului lor și inamovibili pe durata exercitării acestora a concluzionat că statutul consilierilor de conturi este similar cu cel al judecătorilor, fapt care justifică acordarea consilierilor de conturi a unei pensii de serviciu similar judecătorilor.

Așadar, Curtea constată că asimilarea consilierilor de conturi, sub aspectul incompatibilităților, cu magistrații este realizată printr-o normă de rang constituțional, aspect decisiv în analiza Curții. În consecință, Curtea reține că statutul consilierilor de conturi reclamă același tratament cu cel al judecătorilor sub aspectul modului de stabilire a cuantumului pensiei, dar nu și sub cel al condițiilor necesare a fi întrunite pentru a se putea emite decizia de pensionare, legiuitorul fiind liber să stabilească atât criteriile, cât și condițiile de pensionare. Însă legiuitorul nu are nicio marjă de apreciere în privința modului de stabilire a cuantumului pensiei consilierilor de conturi, mod care trebuie să fie identic cu cel aplicabil judecătorilor. Faptul că textele legale criticate stabilesc un alt mod de calcul al cuantumului pensiei consilierilor de conturi față de cel al judecătorilor este de natură a încălca dispozițiile art. 16 alin. (1) și art. 140 alin. (4) din Constituție. În acest sens, este încălcat și art. 14 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, întrucât există o diferență de tratament juridic între persoane aflate în situații analoge sau similare (consilieri de conturi – judecători) – a se vedea, în sensul aplicabilității art. 14 din Convenție în privința sistemelor de asigurare socială, și Hotărârea din 25 octombrie 2011, pronunțată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauza *Valkov și alții c. Bulgaria*, paragraful 116.”.

V. Situația personalului auxiliar al instanțelor judecătorești și al parchetelor de pe lângă acestea, „victima colaterală”, singura categorie de personal din sistemul justiției căreia a rămas să i se aplice reforma pensiilor prin unificarea sistemului de pensii

De o manieră similară celei consacrate prin modalitatea de raționare realizată de către Curtea Constituțională, conform jurisprudenței mai sus menționate, pentru a formula aprecieri cât mai obiective cu privire la eliminarea pensiilor de serviciu, în ceea ce privește personalul auxiliar² a cărui activitate, prin caracterul său judiciar sprijină în mod nemijlocit realizarea justiției de către instanțele de judecată, urmează să analizăm, pe scurt, elementele esențiale ale acestei categorii aparte de personal, precum și rolul acesteia în activitatea de „înfăptuirea justiției”.

² Argumentele de neconstituționalitate din prezenta se susțin numai pentru situația personalului auxiliar care își desfășoară sau și-a desfășurat activitatea în cadrul instanței de judecată și a cărui activitate a contribuit în mod nemijlocit la realizarea justiției de către instanța de judecată, în cadrul activității îndeplinind efectiv acte cu caracter judiciar. Ne referim, așadar, la personalul auxiliar din categoria grefierilor care au desfășurat efectiv activitate în cadrul compartimentelor de grefă ale instanțelor îndeplinind acte cu caracter judiciar sau contribuind, sprijinind realizarea unor astfel de acte de către instanța de judecată. În cadrul prezentului material denumirea de „personal auxiliar” este utilizată în sensul restrâns, mai sus menționat.

Temeiul de drept al unei asemenea abordări este dat în mod expres tocmai de considerentele din deciziile Curții Constituționale mai sus citate, în speță, referirile la componenta instituțională a conceptului fundamental de independență a judecătorilor, independență a justiției.

Astfel, în considerentele sale, instanța de contencios constituțional nu promovează o „justiție” ca putere în stat, desprinsă din sistemul celorlalte puteri, ceea ce ar fi contrar principiului separației și echilibrului puterilor. Este evident că, în raționamentul promovat de către Curte, competența materială din punct de vedere constituțional, de a stabili condițiile de pensionare revine puterii legiuitoare. În același timp, valorificând principiul fundamental al separației și al echilibrului puterilor, Curtea Constituțională arată că marja de apreciere a legiuitorului în privința drepturilor la pensie nu este nelimitată, deoarece nici legiferarea, nu poate fi privită ca o prerogativă absolută.

Așadar, marja de apreciere este legitimă în următoarele condiții:

- realizarea eliminării să nu fie discriminatorie și să nu genereze inegalitate de tratament juridic, în raport cu art. 16 alin. (2) din Constituție. Nediscriminarea se referă atât la includerea în operațiunea de eliminare a pensiilor speciale a tuturor pensiilor speciale, cât și la neafectarea statutului unor categorii de personal pentru care cuantumul pensiei nu are doar o semnificație socială, ci are un temei obiectiv întemeiat pe garanții expres prevăzute de Constituție, așa cum este independența judecătorilor și a justiției;

- realizarea eliminării să nu afecteze alte garanții constituționale, precum independența justiției.

În considerentele sale, instanța de contencios constituțional nu promovează o „justiție” ca putere în stat desprinsă de interesul cetățenilor, deoarece considerentele arată în mod clar că în centrul raționamentului adoptat nu este plasată pensia ca și retribuție, ci pensia ca și componentă a siguranței și stabilității financiare a puterii justiției ca sistem, precum și relevanța acestei siguranțe și stabilități pentru principiul fundamental al statului de drept. Astfel, statul de drept prevăzut de art. 1 alin. (3) din Constituție ar rămâne la stadiul declarativ dacă fiecărei categorii profesionale nu i se recunoaște, în mod pozitiv, prin măsurile adoptate de către legiuitor, rolul și importanța în societate.

În considerentele sale, instanța de contencios constituțional nu promovează o „justiție” pentru sine și numai pentru interesul individual al judecătorilor, procurorilor și al celorlalte categorii de personal asimilate acestora, desprinsă de realitatea că activitatea magistraților are nevoie de activitatea personalului auxiliar, fără de care realizarea justiției ar fi informă, incompletă. Curtea Constituțională se delimitează în mod vizibil de o asemenea abordare, în momentul în care arată că independența judecătorilor nu vizează numai perspectiva individuală a acestui concept, ci perspectiva instituțională asupra sistemului judiciar.

a. Elemente esențiale ale statutului personalului auxiliar și rolul acestuia în îndeplinirea justiției:

Este evident că grefierii sau statutul lor, precum și al personalului auxiliar, în general, nu sunt prevăzute expres de Constituție și că nu există o prevedere similară celei vizând independența judecătorilor care să se refere la independența grefierilor.

Cu toate acestea, observăm că nu este neapărat necesar să recurgem la sensul instituțional al independenței judecătorilor pentru a deduce aplicarea principiului

independenței la întregul sistem judiciar, din care, cu certitudine fac parte și grefierii. Astfel, observăm că art. 124 din Constituție stabilește garanțiile fundamentale și generale pentru înfăptuirea justiției, prevăzând că „(2) Justiția este unică, imparțială și egală pentru toți, (3) judecătorii sunt independenți și se supun numai legii.”, iar la art. 126 alin. (1) din Constituție că: „Justiția se realizează prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege.”

În cadrul sistemului judiciar, rolul personalului auxiliar este consacrat potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 567/2004: „În înfăptuirea actului de justiție, munca personalului auxiliar de specialitate al instanțelor judecătorești constituie un sprijin pentru judecători și procurori, competența acestei categorii de personal și îndeplinirea corectă a sarcinilor care îi revin jucând un rol important în buna desfășurare a întregii activități a instanțelor judecătorești și a parchetelor de pe lângă acestea”, iar potrivit art. 3 alin. (1) din aceeași Lege: „Personalul auxiliar de specialitate funcționează în cadrul compartimentelor auxiliare ale instanțelor judecătorești și parchetelor de pe lângă acestea, organizate potrivit art. 116-118 din Legea nr. 304/2004”.

În același sens, potrivit art. 13 alin. (2) din Legea nr. 304/2004: „Grefierul sau specialistul în stenografie consemnează toate afirmațiile, întrebările și susținerile celor prezenți, inclusiv ale președintelui completului de judecată”, iar potrivit art. 116 alin. (1) din aceeași Lege: „(1) Toate instanțele judecătorești și toate parchetele au în structură următoarele compartimente auxiliare de specialitate:

- a) registratura;
- b) grefa;
- c) arhiva;
- d) biroul de informare și relații publice;
- e) biblioteca.”

Prin urmare, este în mod expres prevăzut că justiția se realizează prin instanțele judecătorești, în componența prevăzută de Lege și că la înfăptuirea justiției, în sprijinul activității judecătorilor, are un rol important și personalul auxiliar.

Potrivit art. 4 din Legea nr. 567/2004: „Personalul prevăzut la art. 3 și 3¹ este obligat ca, prin întreaga sa activitate, să respecte drepturile și libertățile persoanelor, precum și egalitatea lor în fața legii și să asigure un tratament juridic nediscriminatoriu tuturor participanților la procedurile judiciare, indiferent de calitatea acestora, să respecte normele deontologice ale profesiei și să participe la formarea profesională continuă.”. Din aceste dispoziții rezultă, în mod evident că, în realizarea justiției activitatea instanței se desfășoară și presupune cu necesitate și activitatea grefierilor, în absența acestora fiind plasată sub semnul întrebării, atât existența în mod complet a instanțelor, cât și independența ca și corolar al activității acestora.

Fără a avea pretenția de a realiza o similitudine între rolul judecătorilor și procurorilor și cel al grefierilor, menționăm că potrivit art. 1 și art. 4 alin. (1) din Legea nr. 303/2004: „art. 1 – Magistratura este activitatea judiciară desfășurată de judecători în scopul înfăptuirii justiției și de procurori în scopul apărării intereselor generale ale societății, a ordinii de drept, precum și a drepturilor și libertăților cetățenilor.

Art. 4 alin. (1) – Judecătorii și procurorii sunt obligați ca, prin întreaga lor activitate, să asigure supremația legii, să respecte drepturile și libertățile persoanelor, precum și egalitatea lor în fața legii și să asigure un tratament juridic nediscriminatoriu tuturor participanților la

procedurile judiciare, indiferent de calitatea acestora, să respecte Codul deontologic al judecătorilor și procurorilor”.

Este evident că în mod expres activitatea personalului auxiliar susține³ înfăptuirea justiției de către judecători și că activitatea grefierilor⁴ este indispensabilă realizării justiției. Așa cum a reținut Curtea Constituțională, statutul magistraților reglementat prin Legea nr. 303/2004, stabilește că judecătorii sunt independenți, se supun numai legii și trebuie să fie imparțiali, procurorii numiți de Președintele României se bucură de stabilitate și sunt independenți, în condițiile legii, magistrații-asistenți se bucură de stabilitate, iar Cap. II din Legea nr. 303/2004 stabilește o serie de incompatibilități și interdicții pentru judecători și procurori, care se aplică în mod corespunzător și magistraților-asistenți, care au conținutul reținut în mod succint inclusiv în jurisprudența Curții Constituționale mai sus citată.

Este evident că, în cazul grefierilor nu poate fi vorba de aceeași independență ca și a judecătorilor sau de inamovibilitate, însă, prevederile art. 73-81 din Legea nr. 567/2004 stabilesc unele îndatoriri, incompatibilități și interdicții, între care reținem, în esență că: personalul auxiliar „are obligația să își îndeplinească îndatoririle de serviciu cu profesionalism, imparțialitate și celeritate, în conformitate cu legea, și să se abțină de la orice faptă care ar putea aduce prejudicii persoanelor fizice sau juridice ori prestigiului justiției.”, „Funcția de grefier este incompatibilă⁵ cu orice alte funcții publice sau private, cu excepția funcțiilor didactice.”, „Grefierilor le este interzis: a) să desfășoare activități comerciale, direct sau prin persoane interpușe; b) să desfășoare activități de arbitraj în litigii civile, comerciale sau de altă natură; c) să aibă calitatea de asociat sau de membru în organele de conducere, administrare ori de control la societăți civile, societăți comerciale, inclusiv la bănci sau la alte instituții de credit, societăți de asigurare ori financiare, companii naționale, societăți naționale sau regii autonome” etc.

Rezultă în mod expres, că o bună parte din rigorile și interdicțiile impuse prin lege judecătorilor în raport cu independența lor, ca valoare individuală și a sistemului judiciar se propagă în cadrul întregului sistem judiciar și, grefierii, ca parte componentă a instanțelor judecătorești ce realizează justiția sunt supuși în cea mai mare parte unora dintre cele mai importante dintre interdicțiile și rigorilor impuse prin lege judecătorilor. Așadar, putem conchide că valorile și interdicțiile impuse de lege personalului din justiție, magistrați sau auxiliari sunt specifice sistemului judiciar prin raportare la alte categorii de personal ale administrației.

³ Avem în vedere și că potrivit art. 133 alin. (1) din Legea nr. 304/2004: „(1) Fiecare instanță și fiecare parchet se încadrează cu numărul necesar de judecători sau, după caz, de procurori, precum și cu numărul necesar de personal auxiliar de specialitate și personal al departamentului economico-financiar și administrativ.”. Este expresă consacrarea legală a rolului indispensabil al personalului auxiliar în cadrul instanței de judecată în susținerea activității judecătorilor.

⁴ Potrivit Proiectului de Lege privind statutul personalului de specialitate din cadrul instanțelor judecătorești și al parchetelor de pe lângă acestea, precum și pentru modificarea unor acte normative în domeniul justiției înregistrat la Senat ca și cameră decizională în 29 martie 2012, cu nr. 700 din 21 noiembrie 2011, în forma adoptată de Camera Deputaților cuprinde măsuri potrivit cărora pentru degrevarea instanțelor și a parchetelor urmează a fi reglementat grefierul de ședință, grefierul judiciar și grefierul de anchetă, dintre care grefierul judiciar urmează să pronunțe unele soluții judiciare prin încheieri supuse controlului instanței. În această variantă în care pentru degrevarea rolului instanțelor se tinde la a atribui rol judiciar pentru personalul judiciar definit în proiect, socotim că avem temei să susținem că argumentele Curții Constituționale privind pensia de serviciu a magistraților s-ar aplica *mutatis mutandis* și pentru pensia personalului judiciar.

⁵ Conținutul acestei incompatibilități legale este preluat de la incompatibilitatea prevăzută pentru judecători la art. 125 alin. (3) din Constituție ca și componentă esențială a statutului judecătorilor.

În aceste condiții, fără a face aplicarea argumentului *pentru identitate de rațiune*, deoarece nu considerăm că ar putea exista o identitate de rațiune între independența judecătorilor și garanțiile necesare activității personalului auxiliar, observăm că, în primul rând independența judecătorilor ca și concept instituțional este cea care presupune cu necesitate asigurarea în mod coerent a întregului cadru de realizare a justiției prin acordarea siguranței și stabilității financiare întregului personal care, pe lângă magistrați își dă concursul la realizarea justiției, prin intermediul instanțelor de judecată și, în al doilea rând, dacă personalul auxiliar care face parte, potrivit legii, din instanțele de judecată și sprijină activitatea judiciară a magistraților este lipsit de siguranță și stabilitate financiară asigurate la nivelul pensiei de serviciu, în timp ce magistrații beneficiază de această garanție, atunci nu se mai poate susține că justiția se realizează de către ÎCCJ și celelalte instanțe judecătorești în mod compatibil cu principiul constituțional că justiția trebuie să fie unică, imparțială și egală pentru toți și cu principiul fundamental al independenței judecătorilor, în sens instituțional, aplicabil pentru întreg sistemul judiciar.

A admite o altă soluție sau perpetuarea stadiului actual de reglementare înseamnă a admite în continuare funcționarea puterii judecătorești în condiții improprii, incompatibile cu o asigurare concretă a independenței judecătorilor, deoarece este evident că, în cadrul instanței de judecată personalul care îndeplinește activități cu caracter judiciar în sprijinul activității judecătorilor continuă să suporte o inechitate generată de eliminarea în ceea ce îl privește a pensiei de serviciu, fiind lipsit de siguranța și stabilitatea financiară specifice puterii judecătorești din care, prin munca prestată face parte, deși potrivit jurisprudenței Curții Constituționale, mai sus citate eliminarea pensiei de serviciu are ca limită independența judecătorilor, inclusiv în sens larg, în sens instituțional, de sistem judiciar.

În același timp, prin perpetuarea situației actuale sau prin permanentizarea ei, legiuitorul rămânând în pasivitate, personalul auxiliar care suportă o sarcină excesivă neconstituind un grup social numeros sau cu forță politică (de altfel nici nu are voie potrivit legii să facă politică sau să își promoveze opiniile) rămâne să deconteze de unul singur factura reformei pensiilor.

VI. Caracteristicile legislației în vigoare în raport cu garanțiile constituționale care ar trebui efectiv consacrate:

În situația în care nu admitem lipsa de claritate și precizie a Legii nr. 119/2010, pentru argumentele reținute deja în jurisprudența Curții Constituționale cu privire la acest aspect, atunci ar trebui totuși să admitem neconstituționalitatea art. 1 lit. c) din această Lege, pentru următoarele motive:

a) eliminarea pensiilor de serviciu ale personalului auxiliar de specialitate (în sensul restrâns al prezentului articol) al instanțelor judecătorești și al parchetelor de pe lângă acestea este neconstituțională, fiind contrară prevederilor art. 124 alin. (3) din Constituție, respectiv a tezei referitoare la independența judecătorilor în componenta sa instituțională care vizează întregul sistem judiciar din care, așa cum am arătat mai sus, în temeiul legislației în vigoare, personalul auxiliar face parte, ca și componentă a instanței de judecată ce sprijină activitatea de înfăptuire a justiției, justiția realizându-se prin instanța de judecată, conform art. 126 alin. (1) din Constituție;

A decide altfel, ar însemna să considerăm că justiția de realizează exclusiv prin judecători și nu prin instanța de judecată și să nu respectăm considerentele Curții Constituționale din deciziile citate mai sus.

b) eliminarea pensiilor de serviciu ale personalului auxiliar de specialitate al instanțelor judecătorești și al parchetelor de pe lângă acestea este neconstituțională, fiind contrară prevederilor art. 126 alin. (1) din Constituție, deoarece garanția de independență, inclusiv în sensul asigurării siguranței și stabilității financiare vizează întregul „tribunal”, întreaga instanță, în caz contrar „justiția” realizată în cadrul instanțelor putând fi pusă sub semnul întrebării;

c) eliminarea pensiilor de serviciu ale personalului auxiliar de specialitate al instanțelor judecătorești și al parchetelor de pe lângă acestea este neconstituțională, fiind contrară prevederilor art. 1 alin. (3) din Constituție, deoarece neasigurarea condițiilor necesare pentru garantarea independenței justiției prin măsuri pozitive adoptate de către celelalte două puteri ale statului înseamnă nesocotirea principiului statului de drept de către aceste două puteri;

d) eliminarea pensiilor de serviciu ale personalului auxiliar de specialitate al instanțelor judecătorești și al parchetelor de pe lângă acestea este neconstituțională, fiind contrară prevederilor art. 1 alin. (4) din Constituție, respectiv a tezei referitoare la echilibrul puterilor, deoarece, prin finalitatea sa, puterea judecătorească nu își poate asigura mijloacele pentru a beneficia de garanția independenței și atâta timp cât celelalte două puteri nu întreprind măsuri pozitive, în sensul asigurării mijloacelor pentru ca puterea judecătorească să beneficieze de independență, înseamnă că echilibrul puterilor în stat este iluzoriu și este nesocotit de către celelalte două puteri;

e) eliminarea pensiilor de serviciu ale personalului auxiliar de specialitate al instanțelor judecătorești și al parchetelor de pe lângă acestea este neconstituțională, fiind contrară prevederilor art. 1 alin. (5) din Constituție, deoarece nu se mai poate pretinde că legiuitorul își îndeplinește obligația de a respecta Constituția, supremația sa și a legilor, atâta timp cât tolerează în peisajul legislativ măsuri de eliminare a stabilității și siguranței financiare a personalului auxiliar ca și componentă importantă a instanței de judecată, dar are pretenția de a menține întreagă și respectată de către personalul auxiliar și de către justițiabili, sfera de incompatibilități și interdicții specifice sistemului judiciar.

Concluzii

Din perspectiva protecției legale a independenței justiției, în ceea ce privește componenta instituțională a acestui concept, așa cum a fost reținut în considerentele deciziilor Curții Constituționale mai sus citate, observăm că, *de lege ferenda*, ar reveni puterii legiuitoare și puterii executive a statului să valorifice pe deplin aceste considerente, prin extinderea tuturor garanțiilor legale la întregul „tribunal”. În orice caz, în situația în care nu vor fi generate măsuri pozitive pentru asigurarea independenței justiției și în componenta sa instituțională, o eventuală excepția de neconstituționalitate cu impact inclusiv asupra măsurilor de revizuire din O.U.G. nr. 59/2011, în situația în care Curtea Constituțională va valorifica raționamentul pe care l-a consacrat, va duce prin admiterea ei la activarea obligației Guvernului și a Parlamentului de a pune de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției, potrivit art. 147 din Legea fundamentală.

THE EU DATA PROTECTION REFORM – ANALYSIS OF THE NEWLY PROPOSED PROVISIONS AND THE IMPACT ON THE ROMANIAN DATA PROTECTION AUTHORITY

VALENTINA PAVEL BURLOIU
DANA UDUDEC*

Abstract: In the context of today's technological advancements, the online environment poses a new set of privacy and data protection challenges, thus making users more vulnerable in the virtual space. With the aim of ensuring sufficient safeguards and minimizing privacy risks, EU legislators are trying to keep up to date with the speed of developments and reform the 17-years old data protection legal framework.

In this sense, the European Commission recently proposed a data protection Regulation¹ which would have direct effect upon the national legal framework of EU Member States. Consequently, this would imply a substantial effort on behalf of each of the 27 countries to realign their data protection laws with the new European standards and make sure that their National Data Protection Authorities (NDPRs) are functioning in compliance with the Draft Regulation.

Having in mind the possible adoption of this legislative piece, the thrust of this paper relates to the changes the proposed Regulation would bring to the existing national laws on data protection and the impact the draft Regulation would have on the Romanian Data Protection Authority (RDPA).

Keywords: data protection reform, proposal, privacy, regulation, Romanian Data Protection Authority

1. Introduction

On the 25th of January 2012, the European Commission published a proposal to reform the 1995 data protection framework².

The aim of the proposal is to adapt data protection and the related privacy rights to the fast-developing online environment and encourage the growth of the European digital market. The newly drafted European data protection rules comprise of two legislative texts, namely a regulation and a directive. The new Regulation aims at building “more trust in

*Valentina Pavel Burloiu – L.LM Law and Technology graduate, Tilburg University, Tilburg, The Netherlands, Dana Ududec – Legal Adviser.

¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and of the free movement of such data (General Data Protection Regulation), 25 ianuarie 2012, hereinafter the “Draft Regulation”.

² Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 281, 23.11.1995, hereinafter the “Directive 95/46/EC”.

online services”³ by empowering users with stronger rights related to consent and by redirecting the control of their personal information into their own hands. As for the new Directive, it deals with general data protection rules in relation to law enforcement and judicial cooperation on criminal matters.

This paper focuses only on the text of the Draft Regulation as proposed by the European Commission on 25 January 2012, leaving out any remarks regarding the draft Directive and references concerning the revisions that recently took place⁴. The first section familiarizes the reader with the context of the Draft Regulation and provides a general overview of the most important newly proposed rights. The second section analyzes the implications the Draft Regulation will have concerning the Romanian DPA and addresses the necessary functional and structural changes. Last, the paper ends with a set of conclusions.

2. The context of the Draft Regulation and general overview of newly proposed rights

The Commission’s proposal on a legal reform was welcomed by the other EU bodies as an ambitious attempt to modernize the EU data protection legislation. Being directly applicable in all Member States, there will be a single set of rules that will apply to all data controllers and processors, which consequently seem to benefit from a much more solid and harmonized regulatory approach. However, the initiative has also been received with considerable criticism. The European Data Protection Supervisor (EDPS) considers that the reform does not reach its goal of being comprehensive, since the rules regarding data processing by the EU bodies are still part of a different document (Regulation no 45/2001) and also because data processing in law enforcement falls within the scope of a different type of binding act, a directive.⁵ Furthermore, some areas of data processing⁶ were left unreformed. Another broadly expressed concern⁷ has to do with the high number of delegate acts⁸ that the Commission is empowered to adopt, which could possibly bring legal uncertainty and slowing down of the Regulation’s implementation process.

The Draft Regulation is nevertheless engaged in a process of continuous debate and re-shaping. In fact, a leaked version⁹ of the Commission’s proposal published in January 2012 contains the revision of the Council of the European Union. The revision of the

³ European Commission, EU Justice Commissioner Viviane Reding, ‘*Data protection: strengthening your online rights*’ (25 January 2012) <http://ec.europa.eu/unitedkingdom/press/frontpage/2012/12_07_en.htm> (date of access 25 October 2012).

⁴ The objects of the recent revision were articles 1-10 and 80(a) and 83.

⁵ EDPS opinion on the data protection reform package, 7 March 2012 (hereinafter “the EDPS opinion”)

⁶ For example, specific acts in the area of police and judicial cooperation in criminal matters or Common Foreign and Security Policy.

⁷ As uttered by the EDPS in the aforementioned opinion, by the Article 29 Working Party in Opinion 01/2012 on the data protection reform proposals, and by almost all the delegates in the DAPIX meetings of 23-34 February and 14-15 March 2012.

⁸ Delegate acts are based on Article 290 of the Treaty on the Functioning of the European Union and represent and act of delegating to the Commission the power to adopt non-legislative acts of general application to supplement or amend certain non-essential elements of the legislative act in which it is mentioned.

⁹ The Council of the European Union revised the draft regulations issued by the Commission and a leaked version of the document can be consulted here: http://www.gov.im/lib/docs/odps//council_euro_union_revised_regs_2206.pdf

Commission's Draft Regulation was made following the DAPIX meetings of 23-34 February and 14-15 March 2012 and presented on June 22nd 2012.

As for the current situation of the legislative proposal, according to the DAPIX notice of the meeting's provisional agenda¹⁰ from 31 October 2012, the draft Regulation is still under debate between the Member States, the European Commission and the Cyprus Presidency of the Council of the European Union. In addition, until the end of the year 2012, Jan Philipp Albrecht (the European Parliament's Rapporteur on Data Regulation) will present his draft report concerning the Regulation proposal. Negotiations between the European Parliament and the Council (the co-legislators) are envisaged to commence during 2013¹¹.

The Draft Regulation seeks to reinforce users' information control by introducing new specific privacy provisions¹². In this respect, Article 15 introduces the right to an easier access by granting individuals the possibility to ask the data controller at any time whether their personal data is being processed; furthermore, paragraph (1) lists all the information a controller has to provide to the data subject¹³. Additionally, users are given the right to rectify any incorrect information related to them¹⁴.

With few exceptions, Article 17 introduces the right to be forgotten and to erasure. Although not an absolute right, the right to be forgotten gives individuals the power to have their information permanently deleted from social media sites and bank databases.¹⁵ Moreover, Article 17 paragraph (2) introduces the obligation for controllers to inform third parties about the data subjects' request to erase links, copies or replications of the processed data¹⁶ and the same paragraph mentions that the controller is liable for the third party publication of data when the data subject authorized the data processing. Interestingly, Article 29 Working Party 191 expressed that the way the right to be forgotten and the right to erasure are constructed is in contradiction to the reality in which the internet functions¹⁷. Additionally, Article 29 Working Party 199 listed the criteria and conditions which need to supplement the provisions of the Draft Regulation, namely regarding different sectors and specific data protection situations, deleting links, copies or replications of personal data and the rules for Article 17 (4). However, it also underlined that although it is appropriate to deal with these provisions in a delegated act, this legally binding act should be adopted simultaneously with the Draft Regulation¹⁸.

¹⁰ Council of the European Union Communication (31 October 2012) <http://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXIV/EU/09/63/EU_96317/imfname_10381020.pdf>

¹¹ Working Document of the European Parliament, LIBE Committee, 6 July 2012 <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2fEP%2f%2fNONSGML%2bCOMPARG%2bPE-491.322%2b01%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fEN>>

¹² Articles 15 to 19 of the Draft Regulation.

¹³ Article 15 of the Draft Regulation.

¹⁴ Article 16 of the Draft Regulation.

¹⁵ EurActiv, InfoSociety, 'Reding unveils new EU data protection rules' (25 January 2012) <<http://www.euractiv.com/infosociety/reding-unveils-new-eu-data-protection-rules-news-510381>> (date of access 25 October 2012)

¹⁶ Article 26 (2) (f) of the Draft Regulation.

¹⁷ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 1/2012 on the data protection reform proposals, WP 191, p. 13, hereinafter "Working Party 191".

¹⁸ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 8/2012 providing further input on the data protection reform discussion, WP 199, p. 22, hereinafter "Working Party 199"

Another reform regards the individuals' possibility to move their data from a service provider to any other internet company. Awarding stronger control over personal data, Article 18 (1) and (2) state the obligation for data controllers to provide a copy of the data which is being processed and the possibility for data subjects to easily retransmit that data to another controller¹⁹. Thus, the Draft Regulation introduces the principle of data portability²⁰. Since data portability involves the development of certain standards, a commonality of all services will need to be agreed upon, to ensure that data portability is seen by everyone in the same way, but it will also mean that there will be certain elements that cannot be ported. Yet, a clarifying position regarding data portability is to be expected before the adoption of this proposal.

Additionally, Articles 19 and 20 of the Draft Regulation set forth the right to object and profiling. With limited exceptions, this means that users will be able at any time to object to their data being processed and to oppose to having their data collected and used for direct marketing purposes²¹. Furthermore, Article 20 details the safeguards put in place against the automated processing of data. In respect of profiling, Working Party 191 asks for further clarification regarding the extent to which this right gains application²². As to the enforcement of this right, operators who intentionally or negligently violate the provisions against profiling are subject to a substantial fine²³. Additionally, the provisions of the e-privacy Directive still remain applicable²⁴, which means that consent needs to be obtained for online targeted advertisement and e-mail marketing²⁵.

Another important aspect extensively referred to in the Draft Regulation is in relation to consent. Article 4 (8) and Article 7 specify consent must be given in a direct and explicit matter and several recitals refer to specific requirements to be considered when involving children (such as clear and easy understandable text when asking for consent)²⁶. Among others, Recital 25 gives further details the ways consent could be given "including by ticking a box when visiting an Internet website" and Recital 32 specifies that the burden of proof is on the data controller. The only exceptions that can be made relate to the legitimate basis Member States could establish according to Recital 31. Regarding the issue of consent, Working Party 199 fears that specifying the mechanism and conditions of obtaining verifiable consent might have as consequences inflexibility and distancing from the technology neutral principle²⁷. Furthermore, Working Party 199 warns that by awarding Member States the possibility to separately intervene regarding the issue of consent there will be less chances to achieve a harmonized application of the Draft Regulation; and consequently leading to a situation nonconforming with the aim of the proposed

¹⁹ Recital 55 of the Draft Regulation gives as an example the possibility to transmit the data from a social network site to another.

²⁰ Article 18 of the Draft Regulation. European Commission, 'How does the data protection reform strengthen citizens' rights?' <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/2_en.pdf> (date of access 25 October 2012)

²¹ Article 19 and Recital 57 of the Draft Regulation.

²² Opinion 1/2012 on the data protection reform proposals, WP 191, p. 14.

²³ Article 79 (6) (d) of the Draft Regulation.

²⁴ As stated by Article 89 of the Draft Regulation.

²⁵ Opinion 1/2012 on the data protection reform proposals, WP 191, p. 14.

²⁶ Among others, Recitals 29, 38, 46 make reference to specific measures when children are involved.

²⁷ Opinion 8/2012 providing further input on the data protection reform discussion, WP 199, p. 15.

Regulation²⁸. Working Party 199 also draws attention to the fact that the Commission will draft specific rules for micro, small and medium size enterprises (MSMEs) regarding consent²⁹; given the rationale of assuring a high degree of protection, particularly when children are involved, the Working Party finds this aspect unusual. As a matter of fact, as it is constantly stressed throughout the Opinion of the Working Party, if exemptions are not already included in the wording of the Draft Regulation, a delegated act cannot introduce further restrictions. Therefore, the Commission needs to clearly decide upon the conditions for MSMEs before the possible adoption of this Regulation since there will be no possibility to include future limitations via a delegated act³⁰.

In relation to the issue of consent, the Draft Regulation establishes the principle of fairness and transparency, meaning that the notifications and the communication with data controllers should be in a clear and easy-understandable manner and the results of the data subject's actions should be openly stated and understood³¹. The data subject should be able to understand when and how data is collected, by whom and with what purposes. Furthermore, Recital 49 instructs that the data subject should also be informed about "how long the data will be stored, the existence of the right of access, rectification or erasure and the right to lodge a complaint". The same Recital also mentions the importance of understanding the consequences of the data subject refusal of not providing the requested data. As Recital 51 explains, the Draft Regulation strengthens the data subject's position in relation to the data controllers by giving the possibility to verify the legality of their data being processed³².

Furthermore, one notes the possible major impact of the personal data breach notification introduced in Articles 31 and 32. The controller is obliged to inform both the relevant authority and the data subject without undue delay about the event of a security breach that involves its personal information. In the same manner, processors have the obligation to immediately notify the controller after the acknowledgment of a data breach. Furthermore, controllers and processors need to pay extra attention to breaches seriously damaging the privacy of the data subject such as: identity theft or fraud, physical harm, significant humiliation or damage to reputation³³. Additionally, it has been clarified that in the event of data "accidentally or unlawfully destroyed, lost, altered, accessed by or disclosed to unauthorized persons", where feasible, the notification must be sent within 24 hours. Moreover, Article 30 (2) and Recital 66 mention as a prevention and security strategy mechanism that controllers and processors should firstly perform risk evaluations and, based on this analysis, take the next step of implementing the correct security measures. Working Party 191 has made several comments regarding the unrealistic 24-hour notice and the notification of minor security breaches, which would place unnecessary

²⁸ *Idem*.

²⁹ Article 8 (3) of the Draft Regulation.

³⁰ Opinion 8/2012 providing further input on the data protection reform discussion, WP 199, pp. (among others) 15, 17, 24.

³¹ Recital 46 of the Draft Regulation

³² Recital 51 of the Draft Regulation: "Every data subject should therefore have the right to know and obtain communication in particular for what purposes the data are processed, for what period, which recipients receive the data, what is the logic of the data that are undergoing the processing and what might be, at least when based on profiling, the consequences of such processing."

³³ Recital 67 of the Draft Regulation.

administrative burdens both on the controllers and on the data protection authorities.³⁴ Also, given the importance of the obligation to notify security breaches, Working Party 199 urges for clarity regarding what consists a personal data breach and for providing further explanations regarding the data breach notification in the actual text of the Draft Regulation and not in a separate act³⁵.

A notable aspect is the introduction of direct liability regime for data processors³⁶. Therefore, Article 77 of the Regulation indemnifies “any person who has suffered damage as a result of an unlawful processing operation” to receive compensation from the data controller, from the data processor or from both of them³⁷. Moreover, it is important to underline that Recital 17 and Article 2 (3) of the Draft Regulation specify that “this Regulation should be without prejudice to the application of Directive 2000/31/EC, in particular of the liability rules of intermediary service providers in Articles 12 to 15 of that Directive”. Therefore, both legislative texts represent a source of liability triggers; however the particularities of each Member State’s application of Directive 2000/31/EC liability regime remain to be followed up and connected to the provisions of the Draft Regulation.

Equally important is the fact that the Draft Regulation eliminates the general obligation to notify the processing of personal data but introduces the obligation for controllers and processors to conduct an impact assessment “which should include in particular the envisaged measures, safeguards and mechanisms for ensuring the protection of personal data and for demonstrating the compliance with this Regulation”³⁸. Moreover, in sensitive data processing operations which involve a considerable amount of risks, this impact assessment should be made in consultation with the Data Protection Authority³⁹ which should have the appropriate expertise in such a matter.

In the series of new provisions introduced by the Draft Regulation, there is also the “one-stop-shop”⁴⁰ principle for business. As Article 51 and Recital 98 set forth, companies will only have to deal with a single data protection authority, the supervisory authority of the Member State in which the controller or processor has its main establishment. Furthermore, Recital 19 explains that the Draft Regulation is applicable regardless if the processing takes place within or outside the Union and that the determination of the company’s establishment should be done considering the “effective and real exercise of activity through stable arrangements”⁴¹. Recital 27 reinforces the idea that the processing of personal data does not actually have to be carried out at the location of the establishment and explicitly states that “the presence and use of technical means and technologies for processing personal data or processing activities do not, in themselves, constitute such main establishment and are therefore no determining criteria for a main establishment”.

³⁴ Opinion 1/2012 on the data protection reform proposals, WP 191, p. 16.

³⁵ *Ibidem*, pp. 29 and 30.

³⁶ Article 77 of the Draft Regulation.

³⁷ Additionally, in relation to business to business relationships, the Draft Regulation acknowledges binding corporate rules and drafts the minimum set of requirements they should contain. Particularly, Article 43 (2) (f) specifies that liability rules must be included in the policy.

³⁸ Recital 70 and Article 33 of the Draft Regulation.

³⁹ Article 33 (2) (e) and Recital 73 of the Draft Regulation.

⁴⁰ Article 51 of the Draft Regulation.

⁴¹ Recital 19 of the Draft Regulation.

The fifth chapter of the Draft Regulation stipulates the rules on the transfer of personal data to third countries or international organizations. These provisions seek to provide clear rules for international data transfers and make exchanges of information more secure⁴². The same chapter explicitly mentions binding corporate rules (BCR) as another instrument that will provide data controllers and processors with certain flexibility while strengthening the protection of individual rights and freedoms⁴³. Therefore it should be stressed out that BCR would become legally binding for companies. In connection to this, Working Party 199 mentions that it will be among the attribution of the NDPA to approve the BCR; hence the Working Party fears that the independent status of the NDPA in relation to the EDPA might be affected because of the delegated acts concerning the requirements for approving the BCR⁴⁴. Working Party 191 further expresses the fact that neither the Regulation nor the Directive deal with “the collection and transfer of data by private parties or non-law enforcement public authorities that are in fact intended for law enforcement purposes, as well as the subsequent use of these data by law enforcement authorities”⁴⁵.

Last, the establishment of rules regarding the data protection officer represents another important reform brought forth by the Draft Regulation. Article 35 specifies that companies with more than 250 employees will have to appoint a data protection officer who would have to assist the controller or the processor in monitoring the compliance of the organization with the Draft Regulation⁴⁶. Moreover, Article 35 states the fact that this obligation is directly targeted to public institutions but also to large private enterprises and companies which deal with “regular and systematic monitoring”⁴⁷ of processing operations.

3. How does the Draft Regulation envision the role and functioning of the NDPA?

If the Draft Regulation would be adopted, it would have considerable effects on the organization and functioning of National Data Protection Authorities and there is a number of supplemental mechanisms to be taken into account on a national level⁴⁸, when drafting a new law on the establishment, organization and functioning of the NDPA, or amending the existing one. For example, in the process of applying the Regulation, the States are encouraged to take into consideration the “specific needs of micro, small and medium-sized

⁴² European Commission, Vice-President of the European Commission, EU Justice Commissioner Viviane Reding, ‘The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age’ (22 January 2012) SPEECH/12/26 <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26>> (date of access 25 October 2012)

⁴³ Cloud Computing Hearing with Telecommunication and Web Hosting Industry, p. 5 and Rohan, M. and others, National Law Review, ‘Proposals for Reform of the Data Protection Regime and Binding Corporate Rules’ (31 January 2012) <<http://www.natlawreview.com/article/proposals-reform-data-protection-regime-and-binding-corporate-rules>> (date of access 25 October 2012)

⁴⁴ Opinion 8/2012 providing further input on the data protection reform discussion, WP 199, p. 37.

⁴⁵ Opinion 1/2012 on the data protection reform proposals, WP 191, p. 5.

⁴⁶ Recital 75 of the Draft Regulation.

⁴⁷ Recital 75 of the Draft Regulation.

⁴⁸ Indeed, both Recital 92 and Article 46 of the Draft Regulation stipulate that Member States establish one or more supervisory authorities which are responsible for the monitoring and application of the Regulation. Consequently, Member States must adopt a new legal framework for the establishment, functioning and organization of their NDPAs or amend the existing one.

enterprises”. Since the Draft Regulation provides a considerable number of reforms⁴⁹ concerning the functioning of NDPAs, for this section of the paper, we will focus primarily on the new provisions regarding the principle of complete independence and the cooperation mechanism.

Directive 95/46/CE instructed each Member State to provide one or more public authorities for monitoring and applying its provisions⁵⁰. Consequently, Romanian Law no. 677/2001⁵¹ for transposing the Directive stipulates in Article 21 that “Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal” (hereinafter “ANSPDCP” or “the RDPA”) shall be the Supervisory Authority. Its establishment, organization and functioning are enshrined in Law no. 102/2005⁵² that reiterates and expands on the general principles of the 1995 Directive, providing also administrative and procedural details regarding the RDPA.

Similarly, the Draft Regulation reserves an important space for provisions regarding the supervisory authorities⁵³. Noting the positive aspects of the Commission’s Regulation proposal with regard to the NDPAs, the Article 29 Data Protection Working Party considers that the document provides “for strengthened independence and powers, including administrative fines and the obligation to be consulted on legislative measures, and provisions to ensure harmonized application and where necessary enforcement of the law, especially through the «consistency mechanism»”⁵⁴.

At the present moment, the core principle for the functioning of the NDPAs is *complete independence*. However, the 1995 Directive does not elaborate on this principle set out in Article 28, leaving Member States to draw up national rules that would define and safeguard their NDPA’s independence. This type of provision has brought two cases before the Court of Justice of the European Union (hereinafter “the Court”), where States were considered to have failed to fulfill their obligation under Article 28. In *Germany*⁵⁵, the monitoring of the processing of personal data outside the public sector at the level of the different *Länder* was subject to State (Federal) oversight, as opposed to the regional authorities monitoring the processing of such data in the public sector (by public bodies) who were solely responsible to their respective Parliament. The Commission and the EDPS supported the opinion that “complete independence” means “that a supervising authority must be free from any influence, whether that influence is exercised by other authorities or outside the administration”⁵⁶. Reaffirming that Directive 95/46/EC indeed does not define

⁴⁹ Other reforms refer to: the abolishment of the general notification obligation, considered to be an “administrative and financial burden” that did not “in all cases contribute to improving the protection of personal data” according to Recital 70; increasing the powers conferred upon the NDPA, including the power to administrative offences; increasing the duties of the NDPA, including that of conducting awareness activities among the general public addressing the risks, rules, safeguards and rights related to the processing of personal data; the power vested upon national authorities to apply administrative fines.

⁵⁰ Directive 95/46/CE, Chapter VI, article 28, p. 1.

⁵¹ Published initially in the Official Bulletin of Romania, Part I, no. 790 of 12 December 2001.

⁵² Published initially in the Official Bulletin of Romania, Part I, no. 391 of 9 May 2005.

⁵³ The entire Chapter VI is entitled “Independent Supervisory Authorities” and lays down a series of principles, some of which are based on the Directive of 1995, but laid down in a more detailed manner.

⁵⁴ Opinion 01/2012 on the data protection reform proposals, WP 191.

⁵⁵ Case C518/07, Action under Article 226 EC for failure to fulfill obligations, brought on 22 November 2007.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 15.

the phrase, the Court also expressed the need to take into account the usual meaning of the words. Consequently, “In relation to a public body, the term ‘independence’ normally means a status which ensures that the body concerned can act completely freely, without taking any instructions or being put under any pressure.”⁵⁷ The Court went on by stressing that the independence is “complete”, meaning that it outlaws direct and indirect influence on the decision-making powers of the Authority. Thus, the principle of “complete independence” enshrined in Article 28 requires that the authorities and their decisions should be “above all suspicion of partiality”⁵⁸. In the case of *Austria*⁵⁹, the managing member of the DSK (the Austrian DPA) is also a member of the Federal Chancellery, who is actually a federal officer, bound to follow instructions given by superiors. Moreover, the DSK is integrated with the departments of the Federal Chancellery, from which it receives its necessary equipment and staff and the Federal Chancellor has an unconditional right to be informed of all aspects related to the work of the DSK. All of these features of the Austrian DPA were dubbed by the Court to be in contradiction with the principle of “complete independence”.

To sum up, the Court interpreted Article 28 from a negative point of view, exposing what “complete independence” does *not* mean: direct or indirect control exercised by another body, either by means of hierarchical supervision or staff and budgetary management. Following these two cases of failure to comply with European legislation, we will look at the content of the Draft Regulation and identify the new provisions regarding the principle of “complete independence” and their effect on the RDPA’s functioning.

The legal reform on data protection sheds a clearer light on the meaning of an independent supervisory authority, since the entire Section 1 of Chapter VI in the Draft Regulation (Articles 46-50) is entitled “Independent Status”. Some of the new provisions are inspired by Regulation (EC) no. 45/2001⁶⁰, stating that members of the supervisory authority “neither seek nor take instruction from anybody”, that they “refrain from any action incompatible with their function” and, after their term of office, they shall behave “with integrity and discretion as regards the acceptance of appointments and benefits”⁶¹.

Further on, Article 47 paragraph 7 of the Draft Regulation refers to the financial dimension of the independence⁶², stating that the authority is “subject to financial control which shall not affect its independence” and that Member States shall ensure separate annual budgets for the functioning of the authorities. Unfortunately, the draft European norm does not address the question of what types of financial control affect or do not affect an authority’s independence. In addition, regarding the Member States’ obligation under the Draft Regulation to provide the supervisory authority with the adequate human, technical and financial resources, Working Party 191 considers that an assessment should be made in

⁵⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁹ Case C614/10, Action under Article 258 TFEU for failure to fulfill obligations, brought on 22 December 2010.

⁶⁰ Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data, published in the Official Journal of the European Communities, 12.1.2001, L8/2.

⁶¹ See also Article 44 of Regulation (EC) no. 45/2001.

⁶² Also reinforced by Recital 94 of the Draft Regulation.

order to determine how many resources does a data protection authority actually need in order to function properly⁶³.

In the case of Romania, the RDPA has its own budget, which is included in the state budget⁶⁴ adopted by Parliament. Theoretically, the provisions of Law no. 102/2005 safeguard the financial independence of the RDPA, since the authority, while consulting with the Government, adopt its own budget and forward it to the Government, to be included in the national budget. The Ministry of Public Finance is entitled to modify the draft budget and, if the RDPA's President does not agree with the changes, he/she can bring objections before the Parliament.

The appointment⁶⁵ of an authority's member is an important part of its independence, as stated by the Court of Justice of the European Union in the case of Austria, mentioned above. However, Article 48 of the Draft Regulation provides that members of the NDPA will be appointed either by the Parliament or by the Government of the Member State. This provision appears to be in contradiction with the Court's judgment, where the Austrian authority was found not to be independent, especially because its managing member was, at the same time, a federal officer who was under the supervision of a hierarchical superior from the Federal Chancellery. However, it should be considered that the Court did not rule against the procedure of appointing the members of the Austrian DPA (which is done by the Federal President of the Republic, after receiving a proposal from the government), but against the hierarchical relationship between the managing member and the Federal supervisor. In the context of such provisions, the significance of the act of appointment should be carefully examined, in order to safeguard the independence of the authority. Does the appointed member continue his/her relationship with the appointing authority (e. g. supervision, reporting, informing)? Does this relationship violate the principle of independence? What criteria should a potential member meet in order to be appointed – are they just related to the experience of the person, or do they also concern being member of a political party or being supported by one? Such questions might be considered when drafting national laws that shall apply Article 48 on the general conditions for the members of the supervisory authority. In addition, Working Party 191 commented on the draft provisions, expressing its view that the members of the NDPAs could also be appointed by other independent bodies⁶⁶.

As opposed to other NDPAs⁶⁷, the Romanian authority is not a collegiate body and does not exercise power as an administrative court. The RDPA is run by a President, assisted by a Vice President, both appointed by Senate for a mandate of 5 years that can be renewed only once. Among other criteria for eligibility, candidates must be politically independent. However, the entire procedure of appointment implies that the candidates are proposed by the Permanent Office of the Senate, based on the recommendations set forth by

⁶³ Article 29 Working Party, Opinion 01/2012 on the data protection reform proposals, WP 191, p. 17.

⁶⁴ Financial provisions regarding the authority are stated in Law no. 102/2005 on the Establishment, Organization and Functioning of the National Supervisory Authority for Personal Data Processing, in Article 17.

⁶⁵ Recital 95 of the Draft Regulation also states that: *The general conditions for the members of the supervisory authority should be laid down by law in each Member State and should in particular provide that those members should be either appointed by the parliament or the government of the Member State, and include rules on the personal qualification of the members and the position of those members.*

⁶⁶ Opinion 01/2012 on the data protection reform proposals, WP 191, p. 17.

⁶⁷ For example, the Austrian or Danish authorities.

Parliamentary Groups of both Chambers of Parliament. Consequently, although the President or Vice-President of the RDPA might not be politically engaged during their mandate, they were appointed based on the support received from the group of MPs, which does not necessarily rule out a *de facto* influence stemming from a political party.

Apart from the aforementioned reforms, out attention was also drawn towards the new Co-operation and Consistency⁶⁸ provisions set up in the Draft Regulation, especially the *mutual assistance* and the *joint operations of supervisory authorities*. These mechanisms conform to the reality that personal data moves across borders, thus stronger cooperation between data protection authorities is needed in order to reduce the risks of personal information disclosures and take effective measures when such disclosure has taken place⁶⁹. This type of cooperation occurs when a data subject's rights have been violated in more than one Member State, and it consists of information requests and supervisory measures solicited by one authority to another. The NDPA must conform to the request of assistance within one month; otherwise, the requesting authority shall be competent to take provisional measures themselves on the territory of the non-responsive NDPA and submit the matter to the European Data Protection Board⁷⁰.

Such a cooperation mechanism represents an important step forward to a better protection of data subject's rights, if the violation occurs in several member states. However, there are certain issues that should be further taken into consideration by both the European legislators, when adopting the final text of the Regulation, and the Romanian legislators, when framing laws that ensure the correct and effective application of the Regulation. For example, the one month deadline for answering the assistance request might not be enough, considering the complexity of arising violation cases and the resources available to the requested NDPA. Furthermore, the EDPS shows its concern towards using the co-operation mechanism without impeding on national sovereignty⁷¹, and Working Party 191 stresses the need to consider financial and human resources as an important factor for the proper functioning of the cooperation mechanism⁷².

Considering the new technological developments that have drawn the European legislators towards reforming the data protection framework, it would be impossible to envisage an effective national data protection authority that does not have the proper expertise in the field of information technology (IT). It is our belief that in a context that requires interdisciplinary and cooperation between legal and technology experts, the NDPAs should benefit from legal and financial measures that encourage them to set up special departments or teams of IT experts. Otherwise, it would be difficult to fully exercise investigative powers in cases where the technology used for data disclosure remains beyond the understanding of the NDPA. In this sense, the Romanian Data Protection Authority does not feature an IT department in its organizational structure⁷³, and information

⁶⁸ Chapter VII, Articles 55-72.

⁶⁹ Recital 91 of the Draft Regulation.

⁷⁰ As envisioned by the Draft Regulation in Recital 110, the European Data Protection Board would replace the Article 29 Working Party and would be formed by a head of a supervisory authority of each Member State and of the European Data Protection Supervisor.

⁷¹ Opinion of the EDPS, 7 March 2012, p. 243.

⁷² Ibidem Opinion 01/2012 on the data protection reform proposals, WP 191, p. 19.

⁷³ See the Annex of the Regulation on the organization and functioning of the National Supervisory Authority for Personal Data Processing of 2 November 2005, subsequently modified by Decision no 5/2011.

regarding the number of IT experts available in the institution is not disclosed to the public. Consequently, we consider it desirable that, in the light of the data protection reform, the Romanian DPA should be provided with adequate budgetary resources and should set up a department of IT experts, in order to strengthen its role in applying the Draft Regulation.

4. Conclusion

In conclusion, if the Draft Regulation is adopted, data controllers will have to put in place mechanisms that will ensure the effective use of rights and give timely and motivated responses to requests concerning the data subject's access to data, rectification, erasure and the exercise of the right to object⁷⁴. Moreover, controllers should be able to demonstrate compliance with the provisions of the text and implement the measures enlisted by the Draft Regulation in order to be able to prove it. Undoubtedly, there is a series of open questions regarding the correct implementation and performance of such verification mechanisms and audit trails which call upon the Commission's delegated acts to disperse the uncertainties in this matter.

At the same time, Romania needs to make the necessary efforts in order to accommodate this possible new Regulation and to put in place a series of complementary processes which will assure the correct implementation and efficient application of its provisions. This includes modifying existing legislation or setting up new laws that empower the Romanian Data Protection Authority to fully exercise its roles granted by the Draft Regulation, in complete independence, as well as allocating the necessary budgetary resources to ensure that its functioning shall be effective.

⁷⁴ Recital 47 of the Draft Regulation.

COMPETITIVE RESEARCH AND DEVELOPMENT KEY FACTORS FOR SUCCESSFUL EUROPEAN KNOW-HOW TRANSFER: CONTINUOUS COMMUNICATION AND LEARNING

ELVIRA NICA*

Abstract: Follow-up process is an instrument that demonstrates the fact that trainings are never an ending story, but an ongoing process of learning new things and achieve new abilities, behavioral improvement.

Nowadays, the organizations are confronted with more than obvious technical realities: the accessible information stocks are growing exponentially, in direct relation with a market of adequate demands; today's computers process enormous data quantities and the data tele-transmission is performed at amazing speed. Within an organization there are pre-eminently social spaces where the human and the spiritual coexist. It is here that the members of the organization permanently cooperate in the fulfilling of several joint tasks. And it is still here that the information which circulates continuously tends to be competently capitalized.

The investments in human capital also influence both employment and unemployment. The firms pay much better the employees with specialized qualification than the ones with general professional training. Although at first sight it might seem that things are just the opposite, taking into account the higher competition on the labor market for those with general training.

However, the firms are more interested in keeping the workers with specialized training because they bear the training costs, while those with general training, the workers usually bear these costs. And the resignation of those with specialized training prevents the firms from recovering the expenses for their training.

Keywords: communication, learning, human factors, specialized training, follow-up process

1. Introduction

In order to tackle correctly the issue of the human and collective dimensions of the concept of economic intelligence, we consider that it is necessary to take into account the impact generated by the development of the contextual phenomena that form the coordinates of globalization and permanent development.

Such an approach requires the emphasis of two aspects: the conceptual elements of economic intelligence, on the one hand, and the coordinates of globalization on the other hand. Thanks to the interactive methods that are being used in trainings, participants can open themselves and tell their problems to the other because it is the right place to be

* PhD, Faculty member of the The Academy of Economic Studies, Administration and Public Management Faculty

listened and to receive support. Lifelong education can be held and also developed in a formal environment not only in the non-formal one, the important thing being to maintain the purpose of personal development.

The human factor should remain a priority for every community that is looking for social and economic development. The investments done in the educational system and human resources are among the most profitable placements. Even more, being under an integration process, the possibility to appeal to the competitive advantages given from high skilled and trained individuals, will prove to be essential under economic competition. The dark side of this story would be the lack of adequate investments, and the result would be a low use for human resource.

2. Keeping the workers with specialized training interest growth

A higher priority should be given to research and innovation in the circumstances of public funds allocation at all levels. Moreover, a better use of the support mechanisms panoply is necessary for the stimulation of the private investments: grants, equity instruments, guarantee schemes and other risk-sharing mechanisms.

The investments in human capital also influence both employment and unemployment. The firms pay much better the employees with specialized qualification than the ones with general professional training. Although at first sight it might seem that things are just the opposite, taking into account the higher competition on the labor market for those with general training. However, the firms are more interested in keeping the workers with specialized training because they bear the training costs, while those with general training, the workers usually bear these costs. And the resignation of those with specialized training prevents the firms from recovering the expenses for their training.

The valuable experience is recorded (stored) in electronic form (documents, databases, web pages, knowledge-based systems). In this way, we can prevent the repetition of mistakes and we can reuse it, reducing costs and, in the same time, improving consistency. This can also help to train new staff and to preserve the company's expertise. The stored knowledge could be disseminated, through knowledge transfer or knowledge sharing.

Among the EU Member States the highest propensity to innovate in 2008 (see Figure 1) was recorded in Germany (79.9 % of all enterprises), followed by Luxembourg (64.7 %) – these were the only Member States where more than 60 % of enterprises were innovative – the EU-27 average (excluding Greece) was 51.6 %. The lowest propensities to innovate were recorded in Latvia (24.3 %), Poland (27.9 %) and Hungary (28.9 %) – the only Member States where the proportion of innovative enterprises was below 30 %.

Estonia, Cyprus and the Czech Republic were the only Member States that joined the EU in 2004 to report a propensity to innovate above the EU average. Note that large enterprises tend to innovate more than small and medium-sized enterprises (SMEs) and as such these figures for the Member States may, at least to some degree, reflect the enterprise structure of each domestic economy.

New or significantly improved products contributed a relatively small proportion of total turnover among innovative enterprises in 2008, with 15 of the 25 Member States for

which data are available reporting single-digit shares (see Figure 2). These products did however account for a higher proportion of sales in Malta (24.7 %), Bulgaria (17.0 %), Hungary (16.6 %), the Czech Republic (16.1 %) and Slovakia (14.9 %).

Large enterprises (with 250 or more employees) were more likely to have brought product innovations to market in 2008 than either medium-sized enterprises (50 to 249 employees) or small enterprises (10 to 49 employees); this pattern held for all of the Member States for which data are available – as shown in Table 1. Lithuania was the only Member State where the proportion of small enterprises with product innovations was above the overall proportion for all enterprises.

A similar size class breakdown for process innovations that are developed within the enterprise also showed that large innovative enterprises were generally more likely to introduce such innovations: the main exception to this was Cyprus where process innovations were much less likely to have been introduced in large enterprises than in small or medium-sized enterprises, while this was also true to a lesser extent in Bulgaria and Lithuania; in Romania, Poland, Portugal and Finland small enterprises were more likely than large enterprises to have introduced process innovations, while in Italy and Slovenia medium-sized enterprises were the most likely to have introduced process innovations.

Professional competence as well as proficiency in public management is sine qua non conditions for achieving effectiveness in public administration overall for it allows leadership to make predictions about further developments: organizing activities, resource management, creating incentives for employees and so on. Having a large capacity of storing, maintaining and saving information, the computer used in the human resources department can become the informational centre for the tourism organizations. In the decision making process, the computer saves the most important information – human resources.

The relative progress of the technical, human, economic and social sciences matches the development of the mentioned sciences provided various knowledge regarding the study of human activity during the labor process. It was first necessary that these sciences develop in order to contribute to the apparition of other science that is ergonomics. The theoretical and practical understanding of these essential aspects created communication paths between sciences and gave a new impulse to the ergonomics researches development process.

3. Transnational results in process and product innovation footprint

The process of teaching – learning – examination acquires new dimensions and characteristics by using the e-learning technologies. The educational system in our country is directly and decisively involved in the substantiation and construction of the information society.

In limited sense, e-learning represents a type of distance education, as a planned teaching – learning experience organized by an institution which provides by mediation materials in a sequential and logical order to be assimilated by students in their own way. The mediation is performed by means of new information and communication technologies – especially via Internet.

Table 1¹

COUNTRY	Process Innovations: Developed by the enterprise or group				Product Innovations: New to market			
	Total	10 to 49 employees	50 to 249 employees	>250 employees	Total	10 to 49 employees	50 to 249 employees	>250 employees
BELGIUM	42,2	42,7	39,3	47,5	47,5	47,1	45,5	59,3
BULGARIA	41,3	40,7	43,8	38,1	25,9	23,3	30,8	30,8
GERMANY	30,1	27,1	35,6	42,0	26,0	23,2	29,5	43,7
ESTONIA	40,5	37,9	44,3	56,0	25,8	24,2	28,0	36,1
SPAIN	50,7	50,6	49,4	57,4	21,5	18,0	28,1	43,6
FRANCE	50,8	50,8	49,1	55,0	43,2	39,9	46,3	60,0
ITALY	44,9	44,0	48,7	47,9	47,7	45,5	55,5	61,4
CYPRUS	50,9	53,5	47,3	22,7	26,8	24,0	33,6	40,9
LUXEMBOURG	51,7	48,0	53,2	69,7	40,6	35,3	47,6	55,8
HUNGARY	24,8	25,0	21,0	32,6	33,1	33,2	32,0	45,2
AUSTRIA	37,6	34,9	41,7	45,8	49,5	46,3	52,1	66,4
POLAND	43,7	55,8	40,7	42,7	41,5	40,1	41,6	47,5
PORTUGAL	52,0	52,4	50,7	52,2	35,6	33,1	41,7	53,7
ROMANIA	66,0	67,0	64,4	63,7	24,8	23,0	26,8	31,4
SLOVENIA	37,2	36,2	38,8	38,7	51,3	51,3	48,1	59,5
SLOVAKIA	34,2	34,6	31,3	39,7	35,7	34,2	33,4	48,0
FINLAND	39,2	40,4	35,1	40,0	37,3	35,5	35,9	57,7
SWEDEN	33,5	33,1	33,0	39,5	50,4	48,3	53,6	62,8
CROATIA	37,4	36,9	39,3	36,0	37,4	36,7	38,5	39,1

Big transnational companies have their own universities that “educate” the employees in the line of the new economic realities: multi-culture, advanced cultural intelligence, thoughtfulness focused on gaining rapid and easy profits, conquest of apparently inaccessible markets, information searching, preserving and processing, best decision-making skills etc.

One of the most important desideratum of business marketing ever since its apparition has been to overcome the traditional activities reserved to selling, starting from the premise that the consumers’ satisfaction contains a large variety of aspects which should be taken into account, at the same time, not only the consumers’ necessities and wishes regarding the structure of products and services or the distribution system, but also the presence of other similar offers on the market, their capacities and interests. Such a concept implied, at the time, the development of a communication system in order to decentralize and lead information towards the decision basics.

Moreover, these structures had to track the strategies of enterprises in order to adapt to the form, structure and nature of the market. The role of the human resources is of great importance in the competitiveness increase within the logistical systems used in the circuits of distribution. We take into account the fact that the reorientation from the traditional instruments to the decentralized configurations is encountered more and more often in the logistical domain. Such a reorientation, attested by the evolutions in the conceptual approach of marketing, has as a result the apparition of some complementary concepts in

¹ Source for inside data: European Statistics, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/images/6/6b/Proportion_of_innovative_enterprises_which_introduced_products_new_to_the_market_or_own-developed_process_innovations%2C_2008_%28%25_of_enterprises_within_size_class_or_total%29.png

relation to marketing – telemarketing, cyber marketing etc. – which have a major impact on the management of logistical processes.

But, a further analysis of the respective concepts – materializations of the interference of the elements which make up the two basic concepts: marketing and logistics – and of the action models which may be used in order to ensure the enterprises' profitability, emphasizes the necessity of increasing the personnel's volume of knowledge and even of a structural improvement through training in the managerial activity.

Involving the human resources can also be found in the management of functional and organizational structures of logistical activities. In presenting this issue, we start from the premise that a large variety of aspects typical of the distribution process should be taken into account, that the management should make up specific systems of relations which mirror the content of distribution circuits, establish systems in order to manipulate the supply, transportation, depositing, advertising, presenting and selling the products and a financial logistics in order to support the respective processes.

Given the fact that, conceptually, the policy of distribution is regarded as a specialized policy of commercial forms which refer to activities of locating the logistical operations, choosing the intermediary channels, locating the selling points, establishing the prices and the specific advertising activities, they form a process of major importance. Such an approach emphasizes the fact that the respective human resources used in the process of distribution should be involved not only because of the variety and volume of skills and techno-commercial knowledge, but also because of personal qualities.

There is a shared understanding. In a group, members think they are grouped together for administrative purposes, while in a team members recognize their independence, but believe that the personal and the team goals are best accomplished with mutual support. There is a participative decision making process. In a group, members who do not participate in decisions may not affect the group. Win/lose situations are common. On the contrary, in a team, members participate in decisions affecting the team, but understand that their leader must take the final decision. Positive win/win results are the goal at all times.

Until now, formal learning has dominated policy thinking, shaping the ways in which education and training are provided and coloring people's understanding of what counts as learning. The continuum of lifelong learning brings non-formal and informal learning more fully into the picture. Non-formal learning, by definition, stands outside schools, colleges, training centers and universities. It is not usually seen as "real" learning, and nor do its outcomes have much currency value on the labor market. Non-formal learning is therefore typically undervalued.

Conclusions

Knowledge utilization is the essence of management education and development. Management professors, students, and practicing training directors frequently voice concern about the lack of efficiency and speed with which management theory is transferred into management practice.

It is hoped that the basic utilization model presented here will stimulate additional thoughts and suggest some research priorities for the future. A few of the more pressing ones come immediately to mind. Trainings are an ongoing type of education and way of learning because the learning process does not stop at the end of training.

Participants live the experimental place of trainings with new abilities and new goals to develop themselves, and in this purpose trainers have a good follow-up plan in order to help participants to remain on the “good way”. Follow-up process is an instrument that demonstrates the fact that trainings are never an ending story, but an ongoing process of learning new things and achieve new abilities, behavioral improvement.

Nowadays, the organizations are confronted with more than obvious technical realities: the accessible information stocks are growing exponentially, in direct relation with a market of adequate demands; today’s computers process enormous data quantities and the data tele-transmission is performed at amazing speed.

Within an organization there are pre-eminently social spaces where the human and the spiritual coexist. It is here that the members of the organization permanently cooperate in the fulfilling of several joint tasks. And it is still here that the information which circulates continuously tends to be competently capitalized.

Inter-Informatics Groups offers comprehensive services tailored to the individual needs of their customers, aiming to create long-term partnerships and to take over responsibility for complete process, subproject or subsystem (development or customization of a product or its subsystem, development or integration of IS components).

At the same time, Inter-Informatics offers services with the help of an international team of qualified specialists throughout Europe, with a special focus on European Union through the use of an international team of qualified specialists.

REFERENCES

Adva Dinur, Robert D. Hamilton III, Andrew C. Inkpen, Critical context and international intrafirm best-practice transfers, *Journal of International Management*, Volume 15, Issue 4, December 2009, Pages 432-446

Aegean Leung, Jing Zhang, Poh Kam Wong, Maw Der Foo, The use of networks in human resource acquisition for entrepreneurial firms: Multiple “fit” considerations, *Journal of Business Venturing*, Volume 21, Issue 5, September 2006, Pages 664-686

Anoop Madhok, Know-how-, experience- and competition-related considerations in foreign market entry: An exploratory investigation, *International Business Review*, Volume 5, Issue 4, August 1996, Pages 339-366

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/images/6/6b/Proportion_of_innovative_enterprises_which_introduced_products_new_to_the_market_or_own-developed_process_innovations%2C_2008_%28%25_of_enterprises_within_size_class_or_total%29.png

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Innovation_statistics

Jeffrey L Cummings, Bing-Sheng Teng, Transferring R&D knowledge: the key factors affecting knowledge transfer success, *Journal of Engineering and Technology Management*, Volume 20, Issues 1–2, June 2003, Pages 39-68

John R. Sparkes, Maiko Miyake, Knowledge transfer and human resource development practices: Japanese firms in Brazil and Mexico, *International Business Review*, Volume 9, Issue 5, October 2000, Pages 599-612

Joo Yeon Park, Kun Shin Im, Joon S. Kim, The role of IT human capability in the knowledge transfer process in IT outsourcing context, *Information & Management*, Volume 48, Issue 1, January 2011, Pages 53-61

Luis M. Molina, Javier Lloréns-Montes, Antonia Ruiz-Moreno, Relationship between quality management practices and knowledge transfer, *Journal of Operations Management*, Volume 25, Issue 3, April 2007, Pages 682-701

Mark L. Lengnick-Hall, Herman Aguinis, What is the value of human resource certification? A multi-level framework for research, *Human Resource Management Review*, April 2011

Melissa S. Cardon, Christopher E. Stevens, Managing human resources in small organizations: What do we know?, *Human Resource Management Review*, Volume 14, Issue 3, September 2004, Pages 295-323

EDUCATION ORIENTATION TOWARDS THE INDIVIDUAL PSYCHOLOGICAL PROFILE USAGE WITHIN THE OVERALL LEARNING STRATEGIES DESIGN

ELVIRA NICA
GHEORGHE POPESCU*

Abstract: Innovative methods of personnel management process created the equipment premise sizing requirements and introduction of advanced technologies to create the conditions of the quality of human potential and to achieve maximum economic results. Thus, the unpredictable can be foreseen in the psychological mirror of each employee. Knowing the particular individuality of the working effective, the managers will be able to choose the most effective strategic methods to be taught for specific intervention during the work process. Such data are considered as input into the system, mental characteristics of human operator, subject to their diversity based on mental capacity of the human factor in linear programming, taking into account their average weight.

Therefore, the organizations must ensure a favorable environment to the professional progress, to the job ascension, as well as a support for progress in the careers of those employees who have managed to make themselves respected by their colleagues through their hard work and worldwide recognized results.

Keywords: psychological profile, specific intervention, employee, internal strategies, professional behavior

1. Introduction

In search of new strategic paradigms, human resources specialists bring into the fore plan the need to shape an individual psychological profile of each employee, both during the development of employment process and during on rolling its specific activities within the company.

From the perspective of designing an overall strategy, on medium and long term time segment we found the employees' investigation comprising a series of personality tests, motivation, learning style and interests, and questionnaires more as a precondition to outrunning the negative effects of job-person mismatching. Moreover, working towards building a pyramid of abilities and skills among internal human resources, will lead to an integrated psychological profile with vocational value that can be easily used when needed.

Thus, the unpredictable can be foreseen in the psychological mirror of each employee. Knowing the particular individuality of the working effective, the managers will be able to choose the most effective strategic methods to be taught for specific intervention during the work process.

* First author – PhD, Faculty member of the The Academy of Economic Studies, Administration and Public Management Faculty, Bucharest; second author – PhD, Faculty member of the Dimitrie Cantemir University, Bucharest.

So, through psychological mapping of the entire staff, management can decide how and motivation to all company departments, each department and specific ways depending on the features work. Also you can start sharing best correlated with staff skills and competencies necessary for a specific job.

Performance thus promoting human factor must be supported by personal strategies that will boost efficiency and reduce mental application. Also knowing that it tends to balance the system human-machine-environment, in terms of maintaining and improving quality of life, and introduce new types of management to optimize systems must be made to reduce the physical effort of human operator and the physically, maintain mental models of human factors operating systems, creating context for control systems when their complexity is too large to allow identification of system status in real time.

2. Monitoring the individual profiles – finding the sharpbrains

Usability combining multiple data sources is favorable in terms of obtaining information that can be introduced in models of human performance optimization and exogenous variables. Organizations that have trained and efficient workers are recognized as quality, and in particular are recognized as highly successful organizations. Trained human factor feels appreciated, demonstrating self-esteem, gaining the respect of the employer. The human factor, so charged, will make more effort, contributing to better economic activity in terms of quality.

Practical business, in order to identify key people in the company, and leaders should be mapping the:

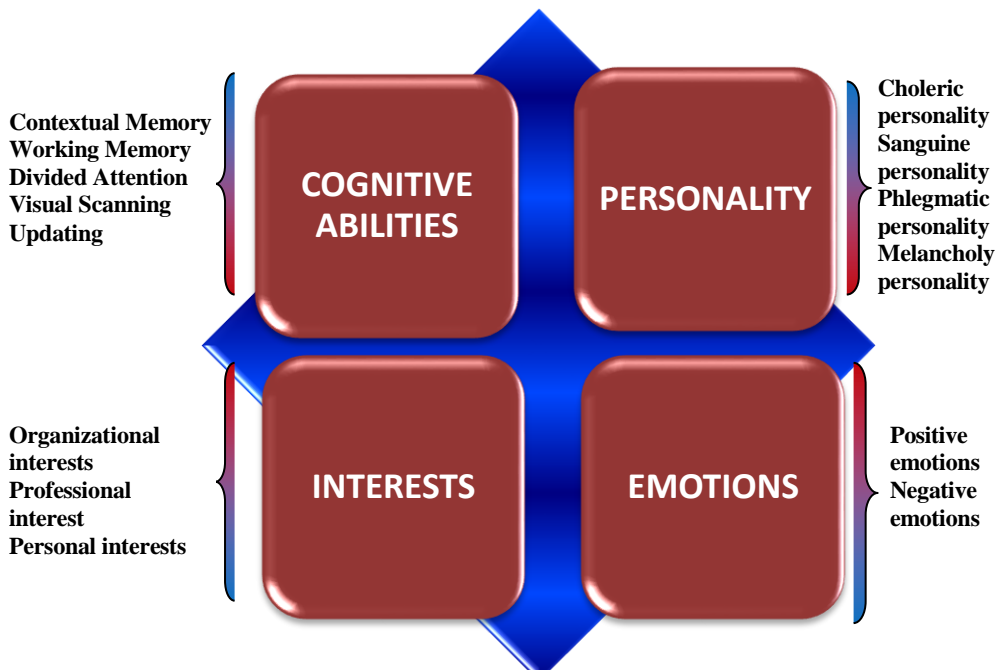


Figure 1. Shaping individual psychological profile

Besides being able to develop new methods for assessing the performance of work tasks at the micro level, it is important to start combining information on both mental and physiological aspects of human operator. From this point of view can get a double benefit: human-machine efficiency and significant reduction of errors which can cause injury or disorders of the environment. Basically, individual psychological assessment, within evaluation and selection of staff – is performed through psychological tests and specialized software, which enables us in due time to:

- Evaluate personal psychological (cognitive, personality, emotions, interests etc.);
- Perform evaluation, selection and recruitment based on employment or job requirements;
- Construct of psycho-professional profile of any post;
- Transfer data from one type to another psychological evaluation;
- Storage, update and reuse of data from testing.

Such data are considered as input into the system, mental characteristics of human operator, subject to their diversity based on mental capacity of the human factor in linear programming, taking into account their average weight.

Appropriate management of individual success is success intercorelarii optimal profiles of employees, title and department itself.

3. Psychological profile of personal and professional behavior management

Above all benefit realization and continuous monitoring of individual profile of employees believe knowledge and mental capacity for that type of actions are likely employees. Innovative methods of personnel management process created premise equipment sizing requirements and introduction of advanced technologies to create the conditions of the quality of human potential and to achieve maximum economic results.

Thus in terms of transposition of the role of human resources controller in their role as supervisor, there lies the need to implement innovative strategies to enable human performance dimension, given the limited capacity of attention, perception and human memory, introducing guidelines management must allow for both complete and update database cognitive characteristics and ensuring their systems work at their optimum level in the dynamic context.

The investment in continuing training aims pillar of the contemporary economic transformations and current opportunities, resulting in regeneration and increasing effort to adapt the human factor. Building their skills based on our know-how acquired in moments of time and different situations leads to awareness of education and training, whether it takes place in a formal system, at work or informally, is to each key career paths and personal development.

Particularly relevant is that by mapping individual psychological profile can define several types of professional conduct:

A. Ambitious: it has a strong competitive spirit, working in a fast pace, with a high efficiency at work, their responsibilities, position in the system (organization) to which it belongs is important to him, showing trends of social mobility.

B. Conformist: he has a personality that adhere to group norms, avoid to express ideas, agreeing with others, is loyal to the head, it benefits the company concerned and looking for ways to cut costs, not trigger conflicts, the desire to be in consent of others.

C. Addict: it is about job security, needing a safe environment and a fixed salary, systematically avoids situations of competition, is not concerned with social ascent.

D. Professional: relevant professional skills seeking a professional and level of knowledge available, the merits and to be recognized and the conditions exist for exchange of experience, wants to be in contact with new discoveries, is creative, prefer problems abstract, theoretical, value a competent head at least, if not higher, has a cognitive motivation.

E. Man company, wants to work in an organization known modern buildings and utilities, without schedule, where activity has a high status, comfort, good working conditions are concerned issues when looking for a job (office elegant, recognized group, security, good geographical environment).

F. Tiger task oriented: prefer a fast pace, dynamic even tense situations, is suitable for activities that require decisions in a short time, responsibilities, get real satisfaction in his work.

G. Analyst: likes to work alone, is a reflective spirit, study problems in depth, looking for the best solution, do everything with passion, preferring interesting problems, the team is man who is frequently asked for help.

H. Technician: is skilled in making, running operations in order, prefer to work on issues such as practical, to use technical skills than to discover new things, like a position in a permanent working group with well circumscribed tasks.

I. Team man: put their best skills worth when working in group situations to solve problems, develop plans, has a good overview, is well organized, find solutions out of difficult situations, is autonomous; looking for a profession to give freedom needs (program easy, free work environment); prefer work that does not have to adhere to company policy, prefer competitive situations, where wages and promotions Fri automatically.

J. Business man page: has a practical mind, intelligent, dynamic, energetic, prefer to work in an organization administratively efficient, preferred leader or member of a team leader, likes the company's policy, its expresses ideas even if there are differences of opinion, I like to develop ideas and techniques.

It was also observed and effective way to optimize performance over learning how to use metaphors of computer operating systems. Reducing mental demands are based on the use of metaphors in view of new generation of mental models by providing familiar concepts to support the assimilation of new knowledge. Benefits of using metaphors create new concepts are reflected in the mental development of human operators and therefore the size of their performance.

In these circumstances, is justified and natural concern for modern society more rational use of human energy and occupies a special design with its role in creating conditions for effective realization of human potential. Employees, therefore, look in, around, and out, in order to comprehend their working experiences, and depend on these judgments to navigate the organizational milieu. A full understanding of justice phenomena requires consideration of individual differences; contextual influences; affective, cognitive,

and social processes; as well as a person-centric orientation that allows for both time and memory to influence the social construction of worker phenomena.

The organizations must ensure a favorable environment to the professional progress, to the job ascension, as well as a support for progress in the careers of those employees who have managed to make themselves respected by their colleagues through their hard work and worldwide recognized results. The beneficiaries of the information, research and development results are firstly the members of the entities, who increase, thus, their chances of professional success, then the organizations that take advantage of the exploitation of a specialized human capital (from their own financial sources or other legal ways) and, last but not least, the state/nation by rising the living standard of a well-prepared population.

In the context of the smoothing the capital flow movement at global level sizes we are witnessing at the transformation of dimensions, forms of organization and management of firms and corporations, and the shift towards a new dimension of development strategies and policies for conducting business, having as that central pillar the intellectual capital. Thus, in the circumstances of companies development from national to multinational, moral values and rules governing the economic game take birth under the aegis of competitive advantage, for the purpose of survival in a world market based on knowledge. From this perspective, social responsibility and ethical obligations of companies become more complex and dynamic than they have ever been before.

4. Conclusions

As recognition is being known worldwide as the greatest motivator and one of the greatest strengths of any organization are the people who work there, the necessity of implementing the new total rewards process becomes acute. Long-service employees provide the knowledge, experience, and attitudes that are responsible for much of digitalized societies success. In recognition of this, new total rewards are presented to eligible employees in celebration of their career milestones and to acknowledge their contribution to the company.

The information society represents a new stage of human civilization, a new way of life that implies intensive use of information in all domains of human activity and existence, with a great economic and social impact. The information society gives its members large access to information, a new method of work and a way of knowledge; it amplifies the possibility of economic globalization and the increase of social cohesion. Content training staff assigned to different jobs in production or functional services, is becoming increasingly complex. This increases human factors requirements to senior management within the organization and especially to those from human resources department, forcing them to think and cooperate interdisciplinary.

Quality of life and performance of work is a report closely matching compatibility complex relationships between the human operator, technology and environment, and positive and negative results of the report. Positive results include measures such as productivity, performance, product quality, subjective psychological and behavioral outcomes (desired), such as job satisfaction, employee morale, welfare people, and commitment. Negative results include both human error and system failure, loss of productivity, low quality, accidents, injury, claim subjective psychological, physiological and behavioral outcomes (unwanted), such as dissatisfaction at work, work/job stress and discomfort.

The measures are focused on security is the operator and are different from conventional approaches in the security industry. Ergonomics can improve security by changing the attitude of workers from the perception, decision making and risk-taking behavior on.

Therefore, computer design jobs to blend economic development with scientific organization of production and labor, in terms of maintaining and improving the quality of working life. Achieving these goals requires increased quality of life concerns for increasing production and labor organization, which is one of the most important factors for boosting economic and social quality and most existing production reserves.

REFERENCES

<http://www.cognifit.com/science/cognitive-skills>

<http://www.terapiam.ro/personalitatea-si-comportamentul-profesional>

Lemeni G. și Miclea M. (Eds), *Consiliere și orientare – Ghid de educație pentru carieră*, Ed. ASCR, Cluj-Napoca 2004

Tao Lin, Atsumi Imamiya, Xiaoyang Mao-Using multiple data sources to get closer insights into user cost and task performance, *Interacting with Computers*, vol 20, May 2008, Copyright Elsevier Publishing House

Androniceanu A., *Managementul schimbărilor. Valorificarea potențialului creativ al resurselor umane*, Ed. C.H. Beck, București 1998

Academia Română Institutul National De Cercetări Economice, Institutul De Cercetare A Calității Vieții Raportul social al ICCV – După 20 de ani: opțiuni pentru România, București, 2010

Nica E., *Elaborarea și folosirea studiilor de caz in managementul resurselor umane*, Ed. Economica, București 2010

Lefter V., Manolescu A., Nica E., Mironescu A., Popescu Gh., The emphasis of technical progress through the endorsement of s core elements, *Global Conference on Business and Finance Proceedings*, Volume 5, Number 1, ISSN 1941-9589, Kona, Hawaii 2010

Nicolescu, O., Plumb, I., Pricop, M., Vasilescu, I., Verboncu, I. (coordonatori lucrare), *Abordări moderne în managementul și economia organizației – Eficiența economică și performanța managerială a organizației (volumul 4)*, București, Ed. Economică, 2003

Flonta M., Stoenescu C., Stefanov Gh., *Teoria cunoașterii*, Ed. Universității din București, București, 2005

CONFISCATION OF CRIMINAL PROCEEDS IN THE EUROPEAN UNION CRIMINAL LAW

MIHAELA AGHENIȚEI

*Prosecutor, Ph.D. Lecturer, Research Associate
High Court of Cassation and Justice, National
Anticorruption Directorate, Territorial Service Galați,
"Lower Danube" Galați,
Faculty of Law and Public Administration,
Institute for Legal Research "A. Radulescu ", Romanian Academy*

Abstract: The confiscation of proceeds of crime has long been seen within the European Union and beyond as an important tool in the armory of weapons to fight organized crime. The rationale for focusing on the confiscation of criminal proceeds is at least two- fold. First it addresses concerns that enormous criminal wealth, generated most notably by various forms of trafficking offences, risks destabilizing financial systems and corrupting. *As such the confiscation of criminal assets* seeks ultimately to reduce and prevent crime by making known that criminals will not be allowed to legitimate society. Second it attempts to undermine the “raison d'être” behind most organized crime activity, namely the maximization of profit by illicit means. As such the confiscation of criminal assets seeks ultimately to reduce and prevent crime by making known that criminals will not be allowed to enjoy their illicit wealth. By the same token, focusing on confiscation of criminal wealth can send an important message by removing negative role models from local communities.

Key words: criminal proceeds, confiscation, reduce and prevent, the European Union criminal law, Joint Action and Framework Decision

I. Confiscation is defined by the Council Framework Decision 2005/ 212/ JHA of 24th February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property¹, as a judicial order “resulting in the final deprivation of property”. That includes property of any description “whether corporeal or incorporeal, movable or immovable, and legal documents or instruments evidencing title to or interest in such property” (Council Framework Decision 2003/ 577/ JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence).

Related Proceeds Instrumentalities and Property defines the notion of criminal proceeds as “any economic advantage from criminal offences”. To avoid the likely dissipation of suspected criminal assets prior to a confiscation order, the latter is frequently preceded by the freezing of assets during the course of an investigation. Freezing means a court or other competent authority order “temporarily prohibiting the transfer, destruction, conversion, disposition or movement of property or temporarily assuming custody or

¹ Convention Implementing the Schengen Agreement.

control of property” (Council of European Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and the Financing of Terrorism of 16 May 2005).

II. Focusing on confiscation of criminal wealth can send an important message by removing negative role models from local communities.

As such the confiscation of criminal assets seeks ultimately to reduce and prevent crime by making known that criminals will not be allowed to enjoy their illicit means².

The rationale for focusing on the confiscation of criminal proceeds is at least two aspects:

- it addresses concerns that enormous criminal wealth, generated most notably by various forms of trafficking offences, risks destabilizing financial systems and corrupting legitimate society.

- it attempts to undermine the „raison d'être” behind most organized crime activity, namely the maximization of profit by illicit means.

The confiscation of proceeds of crime has long been seen within the European Union and beyond as an important weapon to fight organized crime.

III. The first serious attempt at international level to promote the confiscation of criminal proceeds was the United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances, named the Vienna Convention, of 1988. While focused only on drug related crime, the Vienna Convention contains far-reaching and innovative provisions on the confiscation of criminal proceeds which have shaped and influenced many other instruments addressing criminal confiscation at international, regional and local and levels³. To enable confiscation to take place, the states of European Union who has been notified in November 1990, the Vienna Convention must ensure that bank, financial or commercial records are available and that bank secrecy is not an obstacle. It addresses issues of international cooperation and mutual legal assistance relevant to giving effect to confiscation orders issued by competent authorities of another state. It provides for confiscation of income derived from criminal proceeds and of the confiscation of property in proportions representing the value of illicit property, where criminal proceeds have been intermingled with legitimate assets. It raises the issue of sharing confiscation assets among authorities of different states who have combined efforts to ensure effective confiscation and the possibility that confiscated assets may be used for crime prevention or other measures designed to reduce crime. Perhaps most significantly the Vienna Convention raises the possibility that states may consider reversing the onus of proof regarding the lawful origin of alleged criminal proceeds⁴.

The United Nation Convention against Transnational Organized Crime⁵, named Palermo Convention, of December 2000⁶ is designed to promote cooperation to prevent and combat transnational organized crime more effectively. The Convention identifies the

² Treaty on European Union.

³ Hague Programme for strengthening freedom, security and justice.

⁴ A.Weyembergh, Approximation of Criminal Law, The Constitutional Treaty and the Hague Programme Common Market Law Review, pp. 1567-1574.

⁵ Council Decision setting up Eurojust-of 28.02.2001 amended by Council Decision of 18.06.2003.

⁶ Framework Decision on Euro Counterfeiting 2000.

confiscation of criminal proceeds as an important means to achieve this aim. It requires states to introduce measures to allow the confiscation of property derived from criminal activity and raises the possibility of reversing the onus of proof in confiscation proceedings.

The United Nation Convention against Corruption, named UNCAC, of december 2005⁷ is designed inter alia to promote international cooperation against corruption including in asset recovery. It contains many of the confiscation related-provisions of the above United Nations Conventions. In addition the UNCAC sets out detailed provisions on recovery and return of confiscated assets including the obligation on states to adopt legislative measures to allow them to return confiscated property to the prior legitimate owners or to compensate the victims of the crime. The UNCAC also requires states (who ratified Convention) to consider taking any necessary measures to allow confiscation of property without a criminal conviction in circumstances where the offender cannot be prosecuted due to “death, flight, absence or in other appropriate cases”⁸.

The Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, named the 1990 Strasbourg Convention, is a real milestone in promoting the confiscation of criminal proceeds. This Convention considered that one of the most effective measures to fight organized crime was the confiscation of criminal proceeds. With this objective the Convention seeks to promote international cooperation in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets. The states must adopt legislative measures to allow confiscation of proceeds of crime and provisional measures with a view to ultimate confiscation, they are obliged to cooperate to the greatest extent possible as regards investigations and proceedings aimed at confiscation and have to take provisional measures such as the freezing of bank accounts, with a view to confiscation⁹.

The Second Strasbourg Convention – May 2005 – has been supplemented by the Council of European Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on Financing of Terrorism and are recognizing both the similarities and the distinctive features between money laundering and the financing of terrorism. But it has a wider scope and acknowledges that money used to support terrorist groups and carry out attacks does not necessarily have criminal origins. Like the First Convention (1990), the Second Strasbourg Convention allows for the possibility of an all crimes approach to confiscation but also allows¹⁰ states to make reservations. The Second Convention sends an important message that mandatory confiscation may be desirable as regards certain very serious offences such as people trafficking but does not go so far as to oblige parties to legislate to this effect. On the other hand, the Second Convention does require states, in respect of serious offences to adopt legislative or other measures requiring an offender to demonstrate the lawful origin of alleged criminal proceeds.

Another significant development in the Second Strasbourg Convention includes obligations on states parties of this Convention (European Union states) to provide information to requests from other states parties as to whether a natural or legal person who

⁷ Framework Decision on combating terrorism 2005.

⁸ Convention of 15.05.1972 The Council of Europe Convention on Transfer of Proceedings of 15 May 1992.

⁹ Convention Implementing the Schengen Agreement.

¹⁰ Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principe ne bis in idem 2005.

is the subject of a criminal investigation, has a bank account, to provide information on banking transactions and to monitor banking transactions¹¹. These provisions are largely drawn from the European Union Protocol of 16 October 2001 to the Convention on mutual assistance in criminal matters between the member states of the European Union. But there are more members in the Council of Europe, including such diverse country as Albania, Azerbaijan and Moldova and the potential impact of such provisions may go well beyond the European Union instrument from which they are inspired.

IV. The European Union Action Plan to combat organized crime of April 1997 stated: “The European Council¹² stresses the importance for each European Union states of having well developed and wide ranging legislation in the field of confiscation of the proceeds from crime...” Similarly three years later the Prevention and Control of Organized Crime: A European Union Strategy for the Beginning of the New Millennium, called European Union Millennium Strategy states that “The European Council is determined to ensure that concrete steps are taken to trace, freeze, seize and confiscate the proceeds of crime”¹³.

So, the European Union has made important steps to highlight the role of criminal confiscation and to establish European Union states approach to freezing and confiscation of criminal assets.

The Joint Action of 3rd December 1998 adopted by the Council on the basis of Article K3 of the Treaty of European Union, on money Laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds from crime was a first attempt to ensure an European Union wide implementation of the Council of Europe Strasbourg Convention. This Joint Action was modified by a Framework Decision of 26th June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime. Taken together the purpose of the Joint Action and Framework Decision was to ensure a common minimum approach of states in terms of those criminal offences for which they should provide for confiscation¹⁴. The approach is generally that if an offence¹⁵ is punishable by imprisonment of a maximum of more than one year, it must be possible under national law, to order confiscation of proceeds generated by that offence. The Joint Action and Framework Decision also require European Union states to have in place a system of value confiscation and to ensure that all requests from other European Union states relating to asset identification, tracing, freezing and confiscation, are processed with the same priority as is given to such measures in purely domestic proceedings¹⁶.

¹¹ European Commission, Directorate General Justice Freedom and Security, Unit D 2 – Figh against Economic, Financial and Cyber Crime.

¹² Council Framework Decision 2005 -Council Framework Decision 2005 – 24th February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property.

¹³ Council Framework Decision of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property of evidence.

¹⁴ Council of Europe Convention on Laundering, Seaech, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime and Financing of Terrorism of 16 May 2005.

¹⁵ United Nation Convention againt Corruption of December 2005.

¹⁶ Strasbourg Convention on 1990 – on Laundering,Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime.

For example¹⁷, the Joint Action says that to promote mutual assistance¹⁸ in the European Union and the European Union states should prepare and regularly update “a user-friendly guide including information about where to obtain advice” on identifying, tracing, freezing and confiscating criminal assets, and the states¹⁹ “shall encourage direct contact between investigators... and prosecutors making appropriate use of available cooperation networks” to reduce where possible the number of formal requests for assistance. It is an apparent precursor to the Camden Assets Recovery Inter-Agency Network (CARIN) who is an informal network made up principally of European Union states experts working in the area of criminal asset identification and recovery and which aims to improve inter-agency cooperation in cross borders identification, freezing and confiscation of criminal proceeds²⁰.

The Council Act of 16 October 2001, establishing in accordance with Article 34 of the Treaty on European Union, the Protocol to the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the member states of the European Union, requires European Union states to respond to a request from another state as to whether a natural or legal person who is the subject of criminal investigation, holds or controls one or more bank accounts on its territory²¹; to provide on request of another state the details of bank accounts and banking transactions and to request the monitoring of banking transactions.

BIBLIOGRAPHY

1. Convention Implementing the Schengen Agreement
2. Treaty on European Union
3. Hague Programme for strengthening freedom, security and justice
- 4.1. A. Weyembergh, “Approximation of Criminal Laws, the Constitutional Treaty and the Hague Programme” (2005)
- 4.2. Common Market Law Review p. 1567-1574
5. Council Decision setting up Eurojust – of 28.02.2002 amended by Council Decision of 18.06.2003
6. Framework Decision on Euro Counterfeiting (2000)
7. Framework Decision on combating terrorism (2005)
8. Convention of 15.05.1972 – the Council of Europe Convention on Transfer of Proceedings of 15 May 1972
9. Convention Implementing the Schengen Agreement
10. Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle ne bis in idem (2005)
11. European Commission, Directorate General Justice Freedom and Security, Unit D2 – Fight against Economic, Financial and Cyber Crime

¹⁷ Second Strasbourg Convention – May 2005.

¹⁸ European Union Protocol of 16 October 2001 to the Convention on mutual assistance in criminal matters between the Member States of the European Union.

¹⁹ Prevention and Control of Organised Crime: A European Union Strategy for the Beginning of the New Millennium 2000.

²⁰ Council Framework Decisions 2001-2008 International Review of Penal Law vol. 77.

²¹ Ion Flămânzeanu, Criminal liability, pp. 69-73, pub. Prouniversitaria. Bucharest, 2010.

12. Council Framework Decision (2005) – 24th February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property
13. Council Framework Decision of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property of evidence
14. Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime and on the Financing of Terrorism of 16 May 2005
15. United Nation Convention against Corruption of December 2005
16. Strasbourg Convention on 1990 – on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime
17. Second Strasbourg Convention – May 2005
18. European Union Protocol of 16 October 2001 to the Convention on mutual assistance in criminal matters between the Member States of the European Union
19. Prevention and Control of Organised Crime: A European Union Strategy for the Beginning of the New Millennium (2000)
20. Councils Framework Decisions 2001-2008 – International Review of Penal Law (vol. 77)
21. Ion Flămânzeanu, Criminal liability, pp. 69-73, pub. ProUniversitaria, Bucharest, 2010

ENVIRONMENT CRIMINAL LAW IN TODAY EUROPEAN UNION

Dr. ION FLĂMÎNZEANU

*Research Institute for Legal Research "Andrei Rădulescu", Romanian Academy
Lecteur, Ph.D. University "Spiru Haret", Faculty of Law*

Abstract: Environment crime is among the European Union's central concerns. The Tampere European Council of 15 and 16 October 1999 at which a first work program for the European Union action in the field of Justice and Home Affairs was adopted asked that efforts be made to adopt common definitions of offences and penalties focusing on a number of especially important sectors, amongst them environment crime. But despite this agreement about the importance of joint the European Union action, environmental criminal law has become the centre of a serious institutional fight between the European Commission, supported by the European Parliament on the one hand and the Council, supported by the great majority of the European Union member states on the other hand. At stake is nothing less than the distribution of powers between the first and the third pillars, and therefore also between the Commission and the European Union's member states. The effect of this fight is currently a legal vacuum on general environmental criminal law that was closed with the Directive 2008/99/CE, taking into consideration the cross-border dimension of environmental crime and the existing significant differences in the national legislation of the European Union member states.

Keyword: Tampere European Council, common definition of offences, third pillars, environmental crime

1. In February 2000, Denmark presented an initiative for a Framework Decision on Environmental Crime. Same country has made a proposal for a Directive on the Protection of the Environment through Criminal Law. Both proposals, defined offences as infringements of secondary environmental legislation or implementing national legislation of and participation in such activities were also considered an offence¹.

On sanction, the proposals obliged European Union states to provide for natural persons for criminal penalties, involving in serious cases deprivation of liberty². The Directive proposal went through the first reading of the European Parliament, after which an amended proposal was adopted. But Council never took up the proposal for discussion, only adopting the Danish Framework Decision proposal in 2003³.

The Framework Decision 2003/80/JHA, so adopting, on the protection of the environment through criminal law was build substantively on the structure of the Council of Europe Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law⁴. In the

¹ The Tampere European Council of 15 and 16 October 1999.

² The Directive 2008/99/CE.

³ The Framework, Decision 2003/80/JHA.

⁴ Jean Pradel, Droit pénal général, Paris 1990.

Decision, the offences are defined including the requirement of unlawful behaviour, i.e. "infringing a law, an administrative regulation or a provision of Community law aiming at the protection of the environment, with an exception of one autonomus offence in Article 2(a).

The European Union states had to ensure that penalties include at least in serious cases, deprivation of liberty which can give rise to extradition, which means generally more than one year of imprisonment, such in Article 5. Article 6 of the Framework Decision defined the grounds on which legal persons must be held responsible for conduct committed for their benefit by persons having a leading position within their structure or when such a person is liable for lack of supervision or control. Sanctions for legal persons should include criminal or non-criminal fines and may include other sanctions such as exclusion from entitlement to public benefits, a judicial winding-up order etc.

The Framework Decision 2003/80/JHA obliged European Union states to establish jurisdiction when the offence was entirely or partly committed in their territory or on board of a ship or on aircraft registered in it or flying its flag and provided for optional jurisdiction grounds, such in Article 8. Additional rules⁵ on extradition and prosecution in particular on offences committed by own nationals outside the territory of a European Union state, had lost their relevance with the introduction of the European Arrest Warrant⁶.

2. When the Framework Decision was adopted in the Council, the Commission always upheld the view that this was not the appropriate legal instrument for provisions on environmental crime. In this situation, environmental criminal law has become the centre of a serious institutional fight between the European Commission and the Council about the possibility to include criminal law related provisions in first pillar instruments. So, briefly after the adoption, in april 2003 the Commission sought annulment of the Framework Decision before the European Court of Justice for wrong legal bases. The Commission was supported by the European Parliament, the Council by eleven European Union states. The Court annulled the Framework Decision and held that its Articles 1-7 could have been properly adopted on the bases of Article 175 TEC so that its adoption under the third pillar provisions infringed upon Article 47 of Treaty on the European Union⁷.

The essential statement was paragraph 48 of the judgment, where the Court said: "However, the last-mentioned finding (according to which generally criminal law is a matter of the European Union Treaty) does not prevent the Community legislature, when the application of effective, proportionate and dissuasive criminal penalties by the competent national authorities is an essential measure for combating serious environmental offences, from taking measures which relate to the criminal law of the European Union states⁸ which it considers necessary in order to ensure that the rules which it lays down on environmental protection are fully effective...".

⁵ P. Salnoge, *Droit pénal général*, Press Universitaire, 1994.

⁶ C. Soyler, *Droit pénal et Procédure pénale*, Librairie Generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1994;

⁷ *International Review of Penal Law*, 2007, Preparatory Colloquium, La Coruna (Spain), 2007, National reports – CD Rom annexes.

⁸ *Codice penale e leggi complementari*, Ed. Giuridiche Simone, 2000.

3. This statement involved significant changes for legislation⁹. Once the Commission presented the proposal for a new directive on environmental criminal law, to replace the annulled Framework Decision, this directive was adopted by the European Parliament and the Council of the European Union, having regard to the Treaty establishing the European Community and in particular Article 175(1) thereof to the proposal from the Commission, to the opinion of the European Economic and Social Committee, after consulting the Committee of the Regions and in accordance with the procedure laid down in Article 251 of the Treaty.

This Directive (2008/99/CE) on the protection Issue Based of the environment through criminal law was adopted according to Article 174(2) of the Treaty. So, Community policy on the environment must aim at a high level of protection, the Community been concerned at the rise in environmental offences and at their affects, which are increasingly extending beyond the borders of the states in which the offences are committed. Such offences pose a threat to the environment and therefore call for an appropriate response.

Experience has shown that the existing systems of penalties have not been sufficient to achieve complete compliance with the laws for the protection of the environment. Such compliance can and should be strengthened by the availability of criminal penalties which demonstrate a social disapproval of a qualitatively different nature compared to administrative penalties or a compensation mechanism under civil law.

Common rules on criminal offences make it possible to use effective methods of investigation and assistance within and between European Union states¹⁰.

In order to achieve effective protection of the environment, there is particular need for more dissuasive penalties for environmentally harmful activities, typically cause or are likely to cause substantial damage to the air, including the stratosphere, to soil, water, animals or plants, including to the conservation of species.

Failure to comply with a legal duty to act can have the same effect as active behaviour and should therefore also be subject to corresponding penalties¹¹.

Therefore, such conduct may be considered a criminal offence throughout the Community of the European Union when committed intentionally or with serious negligence.

In the Article 3 of the Directive 2008/99/CE, the European Union states must ensure that a series of fact constitutes a criminal offence when unlawful and committed intentionally or with at least serious negligence, such as the discharge, emission or introduction of a quantity of materials or ionising radiation into air, soil or water which causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, the quality of soil or water, or to animals or plants.

Another conduct constitutes a criminal offence in the collection, transport, recovery or disposal of waste, including the supervision of such operations and the after-care of disposal sites, and including actions taken as a dealer or a broker-waste management – which causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, the quality of soil, the quality of water, or to animals or plants¹².

⁹ Le nouveau Code penal introduit et commente par Henri Leclerc, Edition du Seuil, 1994.

¹⁰ Strafgesctzbuch, 33 Auflage, 1999, Beck Texte in Deutscher Taschenbuch Verlag.

¹¹ Model Penal Code and Commentaries, Part I, Philadelphia, P.A. 1983, The American Law Institute.

¹² Mihaela Agheniței, Constancies of Penal Law General Part, Ed. Universul Juridice, 2010.

The fight against maritime pollution through criminal law in the background of the disaster of the tanker “Prestige” off the coast of Galicia in November 2002 highlighted the urgent need for joint European Union action against ship-source pollution. The above-mentioned Framework Decision on environmental criminal law that was to be adopted approximately at the same time did not address specifically this issue. Political statements of the European Council were unanimous in calling for the rapid adoption of an European Union legislative framework. In addition to proposals for technical regulations, the Commission presented therefore in spring 2003 two proposals on offences and sanctions, one for a Directive based on Article 80 TEC, the rules on the common transport policy and one for a Framework Decision based on Articles 31 and 34 TEU, which form a unity. The discussions for both instruments were difficult. The Framework Decision 2005/667/JHA “to strengthen the criminal-law framework for the enforcement of the law against ship-source pollution” was finally adopted in July 2005, the Directive 2005/35/EC “on ship-source pollution and on the introduction of penalties for infringements” in September 2005. Two instruments were considered necessary due to the above-mentioned institutional conflict whether criminal law provisions were acceptable in a first pillar instrument. The Commission had initially included most of the criminal law related provisions in its proposal for a directive, however, the Council decided to transfer the majority into the Framework Decision.

The Directive 2008/99/CE on the protection of the environment through criminal law, of the European Parliament and of the Council, having regard to the proposal from the Commission stipulate that is an offence, the shipment of waste, where this activity falls within the scope of Article 2(35) of Regulation (EC) No.1013/2006 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 on shipments of waste (6) and is undertaken in a non-negligible quantity, whether executed in a simple shipment or in several shipments which appear to be linked.

Another criminal offences such are in the Article 3 of the Directive 2008/99/CE refer to the operations of a plant in which a dangerous activity is carried out or in which dangerous substances or preparations are stored or used and which outside the plant, causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, soil, water or to animals or plants. With the same result are charging the production, processing, handling, use, holding, storage, transport, import, export or disposal of nuclear materials or other hazardous radioactive substances, the killing, destruction, possession or taking of specimens of protected wild fauna or flora species, except for cases where the conduct concerns a negligible quantity of such specimens and has a negligible impact on the conservation status of the species, and trading in specimens of protected wild fauna or flora species or parts or derivatives thereof with the same exceptions.

Offences are also any conduct which causes the significant deterioration of a habitat within a protected site and the production, importation, exportation, placing on the market or use of ozone depleting substances.

All the European Union states shall ensure (Article 4) that inciting, aiding and abetting the intentional conduct referred to the offences above-mentioned are punishable as a criminal offence, by effective and proportionate, dissuasive penalties for any legal person who don't respect the stipulations of this Directive.

BIBLIOGRAPHY

1. The Tampere European Council of 15 and 16 October 1999
2. Strafgesetzbuch, 33 Auflage 1999, Beck Texte in Deutscher Taschenbuch Verlag
3. Model Penal Code and Commentaries, Part I, Philadelphia, P.A. 1985, The American Law Institute
4. Mihaela Agheniței, Permanențele dreptului penal, Partea generală, Ed. Universul Juridic 2010
5. The Directive 2008/99/CE
6. The Framework Decision 2003/80/JHA
7. Jean Pradel, *Droit pénal général*, Paris 1990
8. Salnoge P., *Droit pénal général*, Press Universitaire, 1994
9. Soyer C., *Droit pénal et Procedure pénale*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris 1994
10. International Review of Penal Law, 2007, Preparatory Colloquium, La Coruña (Spain), 2007, National reports – CD Rom annexes
11. Codice penale e leggi complementari, Ed. Giuridiche Simone, 2000
12. Le nouveau Code pénal introduit et commenté par Henri Leclerc, Editions du Seuil, 1994

IERARHIZAREA PROGRAMELOR DE STUDII ȘI CLASIFICAREA UNIVERSITĂȚILOR – O CONTROVERSATĂ PROCEDURĂ DE DISCRIMINARE ACADEMICĂ

Lector univ. dr. CAMELIA IGNĂTESCU

Universitatea „Ștefan cel Mare” Suceava

Facultatea de Științe Economice și Administrație Publică, Specializarea Drept

Abstract: Legea Educației Naționale nr. 1/2011 s-a dorit a fi o veritabilă reformă a învățământului preluând din alte legislații de profil reglementări dificil de implementat în raport cu logica existentă dar și cu sistemul educațional consolidat anterior într-o formă agreată atât de beneficiarii acestuia cât și, în cea mai mare parte, de furnizorii serviciilor educaționale.

Clasificarea universităților și ierarhizarea programelor de studii – obiective dezirabile în măsura în care s-ar fi întemeiat pe proceduri coerente, transparente și imparțiale – s-au dovedit a fi simple mecanisme de încadrare într-una din cele trei categorii prevăzute de lege, afectate de disfuncționalități severe și generatoare ale unei evaluări imposibil de verificat.

Cuvinte cheie: învățământ superior, evaluare, clasificare, ierarhizare, discriminare

Legea Educației Naționale nr. 1/2011 a încercat o redefinire a bazelor legale ale învățământului românesc, în tentativa de a moderniza atât procesul educațional cât și percepția socială a acestuia.

Actul normativ extrem de controversat, începând cu clasa zero și terminând cu clasificarea și ierarhizarea universităților, se remarcă prin enunțarea unor direcții strategice ce urmau a fi concretizate prin instrumente specifice – ordine de ministru, hotărâri de guvern și metodologii. Așa cum adoptarea legii s-a realizat prin asumarea răspunderii, tehnică evident discutabilă față de importanța majoră și aria largă de adresabilitate a acesteia, și aplicarea ei a fost marcată de o avalanșă de norme juridice specifice care ar fi presupus, în mod normal, cel puțin doi-trei ani pentru elaborarea lor.

Consecințele juridice nu au întârziat să apară. Unele din prevederile legii au fost declarate ca „temporare” și au fost caracterizate ca „inutile” și „greoaie”, altele au generat dispute doctrinare dar și litigii proprii contenciosului administrativ.

Art. 193 din LEN stipulează la alin. (1), lit. b) că „evaluarea universităților se realizează în scopul ierarhizărilor programelor de studii și clasificării universităților”. Procedura ce urma să poziționeze instituțiile de învățământ superior în funcție de criterii și indicatori era definită în baza unor principii generale a căror aplicare impunea conturarea unui cadru normativ specific.

Legea stabilește cele 3 categorii în care se clasifică universitățile – respectiv universități centrate pe educație, universități centrate pe educație și cercetare sau creație

artistică și universități de cercetare avansată și educație – și identifică primul evaluator ca fiind un organism internațional cu competență în domeniul ierarhizării și clasificării instituțiilor de învățământ superior sau o agenție de asigurare a calității înregistrată în EQAR, din străinătate.

Procedura în discuție s-a dorit a fi profesionistă și extrem de serioasă. Pentru a determina măsura în care acest obiectiv a fost atins se impune o analiză a noțiunii de clasificare și a cerințelor acesteia. Operațiunea de clasificare prevăzută de textul normativ stabilea doar categoriile ce urmau a fi determinate și impunea condiții de eligibilitate ale organismului internațional denumit „prim evaluator”. În consecință criteriile de clasificare nu urmau să determine clase ci să servească determinării unor clase deja stabilite.

Dacă admitem că suntem în prezența unui demers fundamentat științific, se impune a lămurii noțiunea de clasificare în sine așa cum o regăsim în știința logicii. Astfel, clasificarea reprezintă operația logică prin care elementele dintr-o mulțime de elemente, numită domeniu al clasificării, sunt repartizate în mulțimi mai mici de elemente, numite clase, pe baza unui anumit criteriu, [Botezatu, (1997)], sau operație de ordonare a unei mulțimi cu ajutorul unui anumit criteriu [Mihai, (2005)].

Aplicând definiția la problematica dată vom constata că domeniul clasificării este reprezentat de mulțimea tuturor universităților de stat sau private din România. Modul de ordonare al acestei mulțimi trebuia însă conturat în așa fel încât aplicarea criteriului să poată conduce la împărțirea în cele 3 categorii definite de lege.

Regulile clasificării privesc atât determinarea exactă a criteriului cât și obligația determinării mulțimii supusă evaluării după ce, în prealabil, elementele au fost ordonate pe clase comparabile. Aceste reguli impun, însă, mai multe exigențe.

Astfel, regulile de corectitudine în clasificare [Piaget, (1991)] sunt:

Regula clarității și preciziei criteriului, care cere ca acesta să fie astfel formulat încât să determine în mod univoc orice element.

Regula completitudinii în clasificare sau a reuniunii, care impune ca toate obiectele din universul clasificării să fie repartizate în clasele formate și reuniunea mulțimilor să acopere întregul domeniu al clasificării – clasificarea nu trebuie „să lase rest”. Eroarea logică ce decurge din nerespectarea acestei reguli este reprezentată de eroarea clasificării incomplete.

Regula intersecției, care presupune că pe aceeași treaptă a clasificării, între clasele obținute, trebuie să existe numai raporturi de opoziție (contradicție sau contrarietate); altfel spus, intersecția mulțimilor obținute în urma clasificării trebuie să fie mulțimea vidă (un obiect nu trebuie să apară în mai mult de o clasă); un element al clasificării trebuie să intre într-o clasă și nu în două.

Din nerespectarea acestei reguli decurg următoarele erori:

Eroarea raportului de încrucișare între clase de același nivel, ce apare atunci când între cel puțin două clase există un raport de încrucișare. De exemplu: o clasificare a locuitorilor unui județ în cetățeni români, studenți și cetățeni străini ar comite această eroare.

Eroarea raportului de ordonare între clase de același nivel, ce apare atunci când între cel puțin două clase pe același nivel există un raport de ordonare.

Regula uniformității proprietăților sau regula omogenității stabilește că asemănările dintre obiectele aflate în aceeași clasă trebuie să fie mai importante decât deosebirile dintre ele; mulțimile trebuie să fie omogene, astfel că ceea ce caracterizează obiectele unei clase trebuie să fie mai important decât ceea ce le diferențiază. De exemplu: compararea în cadrul

aceleiași operațiuni a universităților generaliste cu cele specializate ar trebui să excludă criteriile ce nu se pot aplica omogen elementelor mulțimii. Ceea ce a urmat, modul netransparent și precipitarea cu care s-a imaginat calendarul procedurii și cadrul legal al acesteia, au determinat un rezultat inexplicabil și extrem de controversat.

Pentru a urmări corectitudinea procedurii de ierarhizare a programelor de studii și clasificare a universităților se impune a urmări mecanismul construcției fundamentului juridic al acesteia.

În 21 aprilie 2011 MECTS emite Ordinul cu nr. 4072 care inițiază procedura de clasificare a universităților deși acesta nu era însoțit de o metodologie de evaluare, metodologie care a fost aprobată trei luni mai târziu.

Procedura de clasificare a debutat cu solicitarea unor date și indicatori, în mare parte ambigui și neclari. Ilustrăm aceste susțineri cu cerința determinării procentului de utilizare al fiecărui echipament din universitate de către fiecare program de studiu, dar și cu indicatorul privind numărul de premii sumat cu numărul de membri în societăți profesionale.

Termenul limită de depunere on-line a dosarelor a fost 25 mai 2011. După consumarea acestei etape, în lunile iunie-iulie s-au mai transmis precizări și s-a oferit posibilitatea corectării datelor transmise inițial. S-au emis apoi o serie de acte normative contradictorii și neclare, emise într-o logică greu de înțeles. Rezultatul final al clasificării s-a dovedit a fi aproape independent de normele juridice care trebuiau aplicate, fiind afectat atât de vicii de formă cât și de vicii de fond.

Aspectele formale le regăsim în ordinele emise în scopul clasificării și ierarhizării, într-o succesiune inversă a derulării firești a acestei proceduri.

Toate rapoartele au fost solicitate în limba română, ceea ce presupunea ca ministerul să realizeze traducerea, în ipoteza efectuării evaluării de o comisie de experți internaționali, sau, mai degrabă, să transmită un raport final pe care aceștia să și-l însușească.

În data de 3 august 2011, prin H.G. nr. 789 s-a emis metodologia de evaluare în scopul clasificării universităților și ierarhizării programelor de studii. În mod surprinzător actul normativ nu conține ponderile indicatorilor în scorul final și nici algoritmul de clasificare, însă menționează ce informații trebuie furnizate de universități, deși acestea erau deja transmise încă din 25 mai 2011.

Pe data de 23 august s-au cerut noi clarificări, s-a redeschis site-ul și am avut posibilitatea de a constata că acesta s-a îmbogățit cu rapoarte ale unor universități care nu aplicaseră la 25 mai.

La data de 5 septembrie 2011 MECTS a emis ordinul nr. 5.262 privind constatarea rezultatelor clasificării universităților a cărei anexă împărțea instituțiile de învățământ superior în cele trei clase stabilite de lege fără a atașa clasamentului nici scoruri și nici punctaje sau indicii care să justifice poziția fiecăruia.

Realizarea unui clasament al universităților nu este o premieră absolută. Universitățile românești au fost evaluate de instituții abilitate în acest sens. Relevantă ni se pare activitatea desfășurată de peste 5 ani de ARACIS. Agenției Române pentru Asigurarea Calității în Învățământul Superior (ARACIS), instituție publică autonomă, de interes național, înființată prin O.U.G. nr. 75/2005 și reconfirmată prin Legea nr. 1/2011 i se conferă atribuții în scopul evaluării externe a calității educației costând în: formularea și revizuirea periodică, pe baza bunelor practici, de standarde naționale de referință și indicatorii de performanță

pentru evaluarea și asigurarea calității în învățământul superior; elaborarea și publicarea propriilor proceduri de evaluare externă a calității educației; încheierea, cu instituții de învățământ din țară și din străinătate, de contracte de prestări de servicii pentru evaluarea externă a calității programelor și furnizorilor de programe de educație specifice învățământului superior, precum și pentru evaluarea interinstituțională a programelor similare; evaluarea calității unor programe și instituții de învățământ superior, la solicitarea Ministerului Educației, Cercetării, Tineretului și Sportului; elaborarea periodică, la fiecare trei ani, de analize de sistem asupra calității învățământului superior din România (www.aracis.ro).

Între evaluările anterioare efectuate de ARACIS, organism cu expertiză și abilitat care și-a fundamentat concluziile pe baza unor monitorizări mult mai relevante, apreciem noi, decât simpla culegere de date, și evaluările realizate în vederea clasificării există diferențe insurmontabile ce nu puteau fi ignorate în cadrul procedurii aplicate în 2011. Activitatea acestui for – membru al European Association for Quality Assurance in Higher Education (EQAR), standardele în baza cărora s-a elaborat o bază de date specifică și calificativele obținute de instituțiile de învățământ superior au reprezentat elemente ne semnificative, clasificarea pornind de pe fundamente complet noi.

Tot în data de 6 septembrie 2012, la câteva ore diferență de la publicarea rezultatului clasificării, s-a postat pe site metodologia de calcul a scorurilor și algoritmul de clasificare, și după câteva minute aceasta a fost retrasă, fișierul fiind din nou disponibil în zilele următoare. Așa cum am arătat, nici atunci și nici până în prezent nu s-au realizat corelații între poziția universităților și eventualul scor calculat.

Toate aceste disfuncționalități sunt însă surclasate de apariția ierarhizării programelor de studii în data de 2 octombrie 2011, deși această ierarhizare era un punct esențial din procedura clasificării. Astfel s-a ajuns ca universități care au majoritatea programelor de studii în categoriile A,B,C să fie clasate la coada clasamentului iar universități cu rezultate similare să fie clasificate în categoria „universități centrate pe educație și cercetare”.

În sfârșit, remarcăm că dispoziția legii cu privire la „prima evaluare este făcută de un organism internațional cu competențe în domeniul ierarhizării și clasificării instituțiilor de învățământ superior sau de către o agenție de asigurare a calității înregistrată în EQAR, din străinătate” nu este respectată.

Asociația Universităților Europene este o persoană juridică de drept privat, constituită prin asocierea mai multor entități juridice, care nu poate „stabili clasificarea universităților” din țara noastră, pentru că nu-i permite legea. Un O.N.G., fie el și european, nu poate stabili nimic în ceea ce privește sistemul de educație din România, care, conform legii, este atributul exclusiv al autorității publice centrale din domeniu. În acest sens, constatăm că regimul juridic al Ordinului 5262 din 5 septembrie 2011 este unul confirmativ și astfel asistăm la o situație ilegală, care devine „izvor de drept”, pentru că este fără precedent ca o autoritate publică centrală, în speță MECTS, să emită acte administrative prin care constată ce a hotărât un O.N.G.

Nici în preambulul și nici în conținutul Ordinului 5262 din 5 septembrie 2011 nu este invocat ca și temei juridic niciun document oficial emis de Asociația Universităților Europene, putând deci considera întemeiat că acesta nu există, și, oricum, chiar dacă ar exista un asemenea document, neinvocat în ordin, duce la existența unui viciu de formă.

Problemele de fond ale aplicării acestei proceduri sunt oarecum previzibile în raport cu viciile de formă arătate.

Precipitarea derulării procedurilor și termenele foarte scurte pentru raportările cerute universităților au condus la apariția unor erori masive care afectează clasificarea.

De pildă, unele universități au raportat din Scorul Relativ de Influență al unui articol (SRI) numai procentul corespunzător autorului din cadrul universității, altele (majoritatea) au raportat întreg scorul indiferent de numărul de autori. Raportările nu au fost verificate, iar erorile, evidente de altfel, și-au produs efectul juridic fiind considerate informații valide.

O a doua problemă de fond constă în includerea unor universități în categoria universităților generaliste, fără a se avea în vedere particularitățile concrete ale fiecărei unități de învățământ. Astfel s-au avantajat dintr-o simplă calificare universități care au programe de studii în domeniile fizică, chimie, matematică, biologie și informatică, domenii care au însumat 90% din scorul relativ de influență, factor determinant în evaluarea clasificării.

De pildă, compararea Universității „Ștefan cel Mare” Suceava cu Universitatea din București, în condițiile în care doar 10% dintre programele de studii și numărul de studenți sunt comune acestor două instituții de învățământ superior, a generat derapaje de raționament logic și rezultate inconsistente.

O a treia problemă identificată se referă la inadvertențele severe dintre ierarhizarea programelor de studii și clasificarea universităților. Este surprinzător că universități cu peste 50% din programele de studii în clasele A și B sunt surclasate de universități cu 19% din programe în aceste categorii. Practic, programele de studii performante n-au avut nicio pondere în clasificare, fapt confirmat prin publicarea ulterioară a ierarhizării.

Argumentele sus menționate conduc la următoarea concluzie: este imposibilă verificarea rezultatelor acestei clasificări.

Din analiza punctuală a asigurării logisticii acestei proceduri rezultă că cel puțin prima și ultima regulă a unei clasificări științifice nu au fost respectate

Recunoscând câteva din limitele procedurii, la un moment dat, factorii de decizie l-au intitulat „un simplu exercițiu și nu o veritabilă primă evaluare”, „o simulare fără consecințe”.

În realitate clasificarea dată publicității la 6 septembrie 2012 a rămas o referință pentru tot ce a urmat. Astfel, universitățile centrate pe educație au suferit atât un prejudiciu de imagine, cât și, în cazul celor din învățământul de stat, serioase corecții ale finanțării bugetare așa cum rezultă în mod expres din art. 193, alin. (7) al Legii Educației Naționale care dispune: pentru programele de licență și master, finanțarea instituțiilor de învățământ superior de stat, din surse publice, se face diferențiat pe categorii de universități și în funcție de poziția în ierarhie a programelor de studii, conform ierarhizării prevăzute la alin. (3), pe baza unei metodologii elaborate de Ministerul Educației, Cercetării, Tineretului și Sportului și aprobate prin ordin al ministrului educației, cercetării, tineretului și sportului.

Consecințele juridice ale acestei proceduri sunt nu numai prejudiciabile dar și responsabile de crearea unui dezechilibru major între universități. Ierarhia stabilită prin clasificare plasează, de pildă, universități particulare cu rezultate remarcabile în promovarea calității în învățământul superior și în cercetarea științifică printre ultimele clasate fără nicio justificare așa cum, în egală măsură, procedează la fel și cu universități de stat. Discriminarea se manifestă nu pornind de la diferența clasică între învățământul superior de

stat și cel privat, ci de la diferența generată de stabilirea criteriilor pentru confirmarea unui clasament prefigurată în cea mai mare parte. Limitarea dreptului universităților de a organiza programe de studii de master și doctorate ar reprezenta un abuz de drept fără precedent care ar anula toate procedurile de acreditare anterioare și toate strădaniile acreditării celor deja autorizate.

În ceea ce ne privește, ne exprimăm îndoiala existenței cel puțin a unui raport cu privire la evaluare. Argumentele în susținerea acestei opinii le-am găsit în înscrisurile depuse la dosarul cu 948/39/2011 al Curții de Apel Suceava ce a avut ca obiect suspendarea ordinului MECTS 5262/2011 privind constatarea rezultatelor clasificării universităților. La solicitarea instanței de judecată adresată reprezentantului MECTS de a depune la dosarul cauzei un astfel de raport s-au prezentat completului de judecată un număr de 3 bibliorafuri cu peste 300 de file fiecare ce conțineau fie șiruri de numere, fie un singur număr pe o coală întregă, cu motivarea unei erori de imprimare. Ulterior nu s-a mai depus niciun alt înscris.

Așa fiind, apreciem că suntem în prezența unei discriminări și că se impune să identificăm punctual cauzele care au determinat-o în paralel cu găsirea unor soluții de neutralizare a acestora.

Științele sociale au oferit o serie de explicații alternative pentru practicarea discriminării.

Teoriile care pun accentul pe stratificarea socială arată că discriminarea este „produsul stratificării sociale bazată pe distribuția inegală a puterii, statusului și bogăției între grupuri”. Grupurile dominante încercă să își mențină poziția apelând la practici de discriminare. Cercetările de psihologie socială au relevat faptul că membrii grupurilor cu status superior au tendința să discrimineze mai mult decât cei ai grupurilor subordonate [Bouhris, Turner, Gagnon, (1997)].

Teoria conflictelor reale elaborată de Sherif (1956) susține că discriminarea apare în condițiile competiției pentru resurse limitate care există între două sau mai multe grupuri. În acest context indivizii tind să favorizeze membrii propriului grup sau pe cei ai unor grupuri al căror status superior este recunoscut *ab initio*.

Unul dintre domeniile în care este prezentă adesea discriminarea este sfera serviciilor sociale publice (de exemplu servicii de asistență socială, serviciile de sănătate, serviciile educaționale, instituțiile destinate să mențină ordinea publică). Discriminarea este prezentă aici datorită puterii discreționare de care dispun funcționarii acestor instituții [Lipsky, (1980)]. În analiza pe care o face asupra relațiilor dintre funcționarii instituțiilor publice și clienții acestora, Michael Lipsky identifică o serie de situații în care pot să apară tratamente diferențiate la adresa clienților și anumite grupuri de clienți care sunt potențial favorizați. Astfel, funcționarii vor fi tentați să îi favorizeze în distribuirea resurselor pe clienții care par să aibă cele mai multe șanse de eligibilitate conform criteriilor birocratice. De asemenea, birocratii vor avea tendința să îi favorizeze pe cei din interacțiunea cu care pot obține o anumită gratificație. În acest caz se află cei similari pe o dimensiune sau alta cu funcționarii respectivi. Tratatamentul diferențiat apare mai ales atunci când există mulți solicitanți pentru resursele respective și nu există un control pentru felul în care au fost atribuite acestea, precum și în situația în care funcționarii trebuie să hotărască dacă unii clienți răspund mai bine la tratament decât alții. În condițiile în care munca funcționarilor publici implică un stres destul de mare, aceștia vor face apel la stereotipuri pentru a își simplifica munca și vor acționa în conformitate cu acestea.

Pentru reducerea discriminării au fost dezvoltate o serie de strategii menite să asigure egalitatea de șanse în zonele în care au fost în mod sistematic subreprezentate, a persoanelor care fac parte din grupuri supuse în mod tradițional discriminării. În Statele Unite aceste strategii poartă numele de Acțiune Afirmativă, în timp ce în Marea Britanie sunt cunoscute sub denumirea de Discriminare Pozitivă. Aceste strategii nu presupun o „discriminare inversă”, ci au menirea să asigure egalitatea de șanse pentru toți cetățenii, indiferent de grupul căruia îi aparțin. Discriminarea Pozitivă și Acțiunea Afirmativă presupun pe de o parte recunoașterea dezavantajelor acumulate de grupurile respective, precum și dezvoltarea de politici și de practici care ajută la depășirea dificultăților [Thompson, (1997)]. Domeniile principale în care s-au focalizat acțiunile strategiilor de eliminare a discriminării sunt piața muncii și educația.

Discriminarea academică invocată în acest material nu este un obstacol care poate fi nesocotit din perspectiva dezideratului asumat de fiecare instituție de învățământ superior, acela al asigurării unor standarde ridicate ale calității procesului educațional și ale cercetării științifice universitare în paralel cu situarea pe un loc onorabil în clasamentele internaționale specifice.

Concluzii

Să apreciem că printr-o surprinzătoare coincidență clasificarea universităților în baza LEN este identică cu clasificarea universităților după mărimea lor, determinată de numărul de locuri bugetate primite de la bugetul de stat în anii anteriori? Să ne consolăm cu ideea că nu ar fi prima procedură discutabilă în materia reformei învățământului?

Mecanismul de clasificare discriminatoriu pune în pericol existența unor universități cu rezultate remarcabile, atât din învățământul de stat cât și din cel privat. Această constatare impune, apreciem noi, anularea acestei proceduri și realizarea unei clasificări autentice după prealabila stabilire a criteriilor și indicatorilor de evaluare prin efortul comun al celor implicați în acest proces. Deși universitățile clasate în prima categorie au primit astfel suficiente motivații pentru a se considera beneficiarii unei proceduri valide, în fapt, fiecare dintre instituțiile evaluate ar trebui să se implice activ în obținerea unei clasificări obiective și profesionale.

REFERINȚE BIBLIOGRAFICE

- Botezatu, Petre, *Introducere în logică*, Iași, Ed. Polirom, 1997
- Bouhis, Richard; Gagnon, Andre; Moise, Leno Celine, *Discriminare și relații intergrupuri*, în Bouhis, Richard and Leyens, Jaques – Philippe, (coord), *Stereotipuri, discriminare și relații intergrupuri*, Iași, Editura Polirom, 1996
- Lipsky, Michael *Level – Street Bureaucracy Dilemmas of the Individual in the Public Services*, New York, Russell Sage Foundation, 1980
- Mihai, Gheorghe, *Metoda logică în drept*, București, Ed. C.H. Beck, 2005
- Piaget, Jean, *Tratat de logică operatorie*, București, Editura didactică și pedagogică, 1991
- Sherif, Muzafer and Sherif, Carolin, *An Outline of Social Psychology. Revised Edition*, New York, Harper & Brothers, 1956
- Thompson, Neil, *Anti-discrimination Practice*, New York, Macmillan Press, 1997

CONDIȚIILE DE ADMISIBILITATE A EXCEPȚIEI DE NECONSTITUȚIONALITATE

Lect. univ. dr. RAMONA DELIA POPESCU
Facultatea de Drept, Universitatea din București

Abstract: The judge a quo is obliged by law to verify the admissibility conditions of the exception of unconstitutionality, within the judicial review procedure, before seizing the judge a quem. Consequently, the court before which the exception is invoked should repel it as inadmissible if the following conditions are not accomplished: the exception is invoked before a judicial or an arbitral commercial court by the persons entitled by the law; the criticized provisions are contained by a law or an ordinance; these provisions are in force and they are allegedly abhorrent to the constitution; the provisions are not declared unconstitutional by a previous decision of the Constitutional Court; the controlled provisions are in connection with the settlement of the case, in every phase of it and irrespective of its object. Although at least one of these conditions are not accomplished, the court seizes the Constitutional Court, the latter, once invested with the case, will repel the exception as inadmissible, stating that the conditions of admissibility are not accomplished.

Rezumat: Pentru realizarea controlului posterior de constituționalitate pe calea excepției de neconstituționalitate, judecătorul a quo este obligat de lege să verifice dacă sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate a excepției înainte de a sesiza judecătorul a quem. În consecință, instanța judecătorească în fața căreia a fost invocată excepția trebuie să o respingă ca inadmisibilă dacă nu sunt îndeplinite următoarele condiții: excepția este invocată în fața unei instanțe judecătorești sau de arbitraj comercial de către persoanele îndreptățite de lege; dispozițiile criticate sunt cuprinse într-o lege sau ordonanță; aceste dispoziții sunt în vigoare și sunt pretins contrare unor prevederi constituționale; prevederile normative nu au fost declarate neconstituționale printr-o decizie anterioară a instanței de contencios constituțional; dispozițiile supuse controlului au legătură cu soluționarea cauzei în orice fază a litigiului și oricare ar fi obiectul acestuia. Deși cel puțin una dintre aceste condiții nu este îndeplinită instanța sesizează Curtea Constituțională, aceasta odată investită, constatând că nu sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate, respinge excepția ca inadmisibilă.

Keywords: excepție de neconstituționalitate, condiții de admisibilitate, judecător *a quo*, judecător *a quem*

Introducere

Prezentul studiu își propune identificarea, prin analiza atât a legislației în vigoare, cât și a jurisprudenței Curții Constituționale, a condițiilor a căror neîndeplinire determină respingerea ca inadmisibilă a excepției de neconstituționalitate. Cât privește structura articolului, mai întâi, va fi identificat sediul materiei excepției de neconstituționalitate și vor fi enumerate condițiile de admisibilitate a excepției, urmând ca, în continuare, să fie

analizate în detaliu aceste condiții, astfel: condiții de admisibilitate cu privire la autorii sesizării Curții Constituționale, condiții de admisibilitate cu privire la obiectul sesizării, aspecte procedurale ce determină inadmisibilitatea excepției de neconstituționalitate. Finalul articolului va fi destinat concluziilor.

1. Sediul materiei

Constituția României în vigoare a preluat modelul european de control al constituționalității legilor, în care controlul de constituționalitate se realizează de către un organ specializat diferit de instanțele judecătorești de drept comun, presupune atât un control *a priori*, cât și un control *a posteriori*, iar efectele controlului se produc *erga omnes*. În cele ce urmează vom analiza condițiile de admisibilitate a controlului realizat pe calea excepției de neconstituționalitate. Controlul pe calea excepției de neconstituționalitate își are temeiul în art. 146 lit. d) din Constituție, potrivit căruia Curtea Constituțională „hotărăște asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele, ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial; excepția de neconstituționalitate poate fi ridicată și direct de Avocatul Poporului”. De asemenea, art. 29-31 din Legea nr. 47/1992¹ reglementează procedura de soluționare a excepției de neconstituționalitate.

Astfel, articolul 29 din lege prevede: „(1) Curtea Constituțională decide asupra excepțiilor ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial privind neconstituționalitatea unei legi sau ordonanțe ori a unei dispoziții dintr-o lege sau dintr-o ordonanță *in vigoare*², care are legătură cu soluționarea cauzei în orice fază a litigiului și oricare ar fi obiectul acestuia. (2) Excepția poate fi ridicată la cererea uneia dintre părți sau, din oficiu, de către instanța de judecată ori de arbitraj comercial. De asemenea, excepția poate fi ridicată de procuror în fața instanței de judecată, în cauzele la care participă. (3) Nu pot face obiectul excepției prevederile constatate ca fiind neconstituționale printr-o decizie anterioară a Curții Constituționale. (4) Sesizarea Curții Constituționale se dispune de către instanța în fața căreia s-a ridicat excepția de neconstituționalitate, printr-o încheiere care va cuprinde punctele de vedere ale părților, opinia instanței asupra excepției, și va fi însoțită de dovezile depuse de părți. Dacă excepția a fost ridicată din oficiu, încheierea trebuie motivată, cuprinzând și susținerile părților, precum și dovezile necesare. Odată cu încheierea de sesizare, instanța de judecată va trimite Curții Constituționale și numele părților din proces, cuprinzând datele necesare pentru îndeplinirea procedurii de citare a acestora. (5) Dacă excepția este inadmisibilă, fiind contrară prevederilor alin. (1), (2) sau (3), instanța respinge printr-o încheiere motivată cererea de sesizare a Curții Constituționale. Încheierea poate fi atacată numai cu recurs la instanța imediat superioară, în termen de 48 de ore de la pronunțare. Recursul se judecă în termen de 3 zile.”

Controlul de constituționalitate pe calea excepției de neconstituționalitate reprezintă modalitatea prin care cetățeanul își asigură protecția drepturilor și libertăților fundamentale împotriva legiuitorului care i-a încălcat aceste drepturi, dar constituie totodată și

¹ Privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 807 din 3 decembrie 2010.

² Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 766/2011, a constatat că sintagma „*in vigoare*” din cuprinsul dispozițiilor art. 29 alin. (1) din Legea nr. 47/1992, republicată, este constituțională în măsura în care se interpretează în sensul că sunt supuse controlului de constituționalitate și legile sau ordonanțele ori dispozițiile din legi sau din ordonanțe ale căror efecte juridice continuă să se producă și după ieșirea lor din vigoare.

modalitatea prin care Curtea Constituțională îndeplinește funcția de garant al supremației Constituției conform art. 142 din legea fundamentală.

Pentru a se putea ridica o excepție de neconstituționalitate trebuie să existe un proces *pendinte* pe rolul unei instanțe judecătorești sau de arbitraj comercial. În acest caz se realizează un control *a posteriori* pe cale de excepție de neconstituționalitate, partea așteptând ca actul normativ în vigoare să i se aplice într-un caz concret. Instanța în fața căreia s-a ridicat excepția urmează să hotărască asupra admisibilității acesteia printr-o încheiere urmând să adopte una din cele două soluții posibile: 1) sesizarea Curții Constituționale sau 2) respingerea excepției ca inadmisibilă. Pe de altă parte, Avocatul Poporului poate ridica direct excepția de neconstituționalitate la Curtea Constituțională, fără să existe un proces aflat pe rolul unei instanțe judecătorești sau de arbitraj comercial; în acest caz, el exercită un control *a posteriori* pe cale de acțiune, întrucât actul normativ în vigoare nu i se aplică în mod direct Avocatului Poporului.

Excepția de neconstituționalitate este de ordine publică, autorul ei neputându-și exercita dreptul de a renunța la ea. În acest sens a decis Curtea Constituțională, arătând că excepția de neconstituționalitate nu rămâne la dispoziția părții care a invocat-o și nu este susceptibilă de acoperire, nici pe calea renunțării exprese la soluționarea ei de către instanță³. O dată sesizată, Curtea trebuie să procedeze la examinarea constituționalității textului criticat, nefiind aplicabile dispozițiile referitoare la suspendarea, întreruperea sau stingerea procesului⁴.

Admiterea de către instanță a unei cereri de sesizare a Curții Constituționale presupune verificarea condițiilor de admisibilitate, respectiv: excepția este invocată în fața unei instanțe judecătorești sau de arbitraj comercial de către persoanele îndreptățite de lege; dispozițiile criticate sunt cuprinse într-o lege sau ordonanță; aceste dispoziții sunt în vigoare și sunt pretins contrare unor prevederi constituționale; prevederile normative nu au fost declarate neconstituționale printr-o decizie anterioară a instanței de contencios constituțional; dispozițiile supuse controlului au legătură cu soluționarea cauzei în orice fază a litigiului și oricare ar fi obiectul acestuia.

În consecință, când nu sunt îndeplinite aceste condiții, instanța judecătorească ar trebui să respingă cererea ca inadmisibilă, fără să mai sesizeze Curtea Constituțională. Chiar și în ipoteza în care instanța admite în mod eronat cererea și sesizează Curtea, aceasta își verifică competența și poate respinge sesizarea ca inadmisibilă sau ca devenită inadmisibilă, în funcție de momentul ridicării acesteia raportat la momentul pronunțării Curții Constituționale, iar nu la cel al publicării deciziei în Monitorul Oficial. De altfel, în jurisprudența sa, Curtea a observat că, așa cum rezultă din conținutul dispozițiilor art. 29 alin. (1)-(3) și alin. (6) din Legea nr. 47/1992, în aplicarea textelor menționate instanța judecătorească, judecătorul *a quo*, are rolul de filtru al excepției de neconstituționalitate ridicate de părți, având obligația să respingă ca inadmisibile excepțiile de neconstituționalitate care nu îndeplinesc cerințele legii. Cauzele de inadmisibilitate a excepțiilor au caracter imperativ și sunt de ordine publică.

³ Decizia nr. 73/1996.

⁴ Decizia nr. 126/1995.

2. Condiții de admisibilitate a excepției de neconstituționalitate cu privire la autorii sesizării Curții Constituționale

Potrivit prevederilor art. 146 lit. d) din Constituție și a dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 47/1992 trebuie făcută distincția între invocarea excepției de neconstituționalitate și sesizarea Curții Constituționale cu excepția de neconstituționalitate.

Astfel, invocarea excepției de neconstituționalitate poate fi făcută în cursul unui proces aflat pe rolul instanței judecătorești, indiferent de faza procesuală (fond, apel, recurs) și de materia judecată (civil, comercial, administrativ, penal, familie etc.), de oricare dintre părțile din proces, de procuror⁵, dacă participă la judecată și de către instanța judecătorească din oficiu. Însă sesizarea Curții Constituționale trebuie să fie făcută de instanța judecătorească sau de arbitraj comercial în fața căreia a fost invocată excepția de neconstituționalitate.

Instanțele judecătorești sunt acelea prevăzute de art. 126 din Constituție și de Legea nr. 304/2004: judecătoria, tribunalul, tribunalul specializat, curtea de apel, Înalta Curte de Casație și Justiție și instanțele militare. Sesizarea Curții poate fi făcută și de către instanța de arbitraj comercial în fața căreia a fost invocată excepția de către părți sau de din oficiu⁶. În ceea ce privește instanța de arbitraj textul constituțional se limitează doar la arbitrajul comercial, care poate fi ad-hoc sau instituțional (Sabău Pop, 2007).

În jurisprudența sa⁷, Curtea Constituțională a respins ca inadmisibilă excepția de neconstituționalitate a prevederilor din legi și ordonanțe, ridicată în fața Consiliului Superior al Magistraturii. De asemenea, potrivit Constituției, printre autorii sesizării Curții Constituționale se numără și Avocatul Poporului, care poate sesiza direct Curtea, chiar dacă nu există un proces pendinte pe rolul unei instanțe judecătorești⁸ și indiferent dacă Avocatul Poporului a fost sau nu sesizat de către cetățeni. În acest caz, apreciem că revine competenței discreționare a Avocatului Poporului de a decide dacă sesizează sau nu Curtea Constituțională cu o excepție de neconstituționalitate⁹, în sensul că el nu trebuie să justifice vreun interes pentru sesizarea realizată. De asemenea, sesizarea nu trebuie să aibă legătură cu drepturile și libertățile fundamentale ale cetățenilor pentru a fi admisibilă, textele constituționale și legale neinstituind o astfel de condiționare¹⁰. Rolul Avocatului Poporului în procedura de soluționare a excepției de neconstituționalitate, în cazul în care sesizarea nu este făcută chiar de către acesta, este activ, instanța de contencios constituțional având obligația, potrivit art. 19 din Legea nr. 35/1997¹¹ ca în cazul sesizării privind excepția de neconstituționalitate a legilor și ordonanțelor care se referă la drepturile și libertățile persoanelor fizice, să solicite și punctul de vedere al instituției Avocatul Poporului.

⁵ Decizia nr. 235/2012, Decizia nr. 647/2012.

⁶ A se vedea Decizia nr. 395/2006, Decizia nr. 331/2012.

⁷ Decizia nr. 148/2003, Decizia nr. 514/2007, Decizia nr. 788/2007.

⁸ A se vedea Decizia nr. 353/2005.

⁹ Potrivit art. 13 lit. f) din Legea nr. 35/1997 privind organizarea și funcționarea instituției Avocatul Poporului, acesta poate sesiza direct Curtea Constituțională cu excepția de neconstituționalitate a legilor și ordonanțelor.

¹⁰ Jurisprudența Curții Constituționale este grăitoare în acest sens: Decizia nr. 1133/2007.

¹¹ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 844 din 15 septembrie 2004, cu modificările și completările ulterioare.

Orice sesizări provenind de la alte subiecte de drept decât cele menționate mai sus nu pot fi examinate de Curte și sunt respinse ca inadmisibile¹².

3. Condiții de admisibilitate a excepției de neconstituționalitate legate de obiectul acesteia

3.1. Acte normative supuse controlului pe cale de excepție

Obiect al controlului de constituționalitate exercitat de Curtea Constituțională pot fi numai legile și ordonanțele Guvernului (simple sau de urgență), sau dispoziții din legi sau ordonanțe [art. 146 lit. d) din Constituție și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 47/1992], adică numai actele de reglementare primară. Astfel, legiuitorul constituant a avut în vedere legea în sens restrâns de act juridic al Parlamentului, fie ordinară, fie organică, precum și ordonanțele, fie cele de urgență, fie cele adoptate în baza unei legi de abilitare. Întrucât textul constituțional nu face nicio distincție pot fi supuse controlului de constituționalitate pe calea excepției de neconstituționalitate, inclusiv legile de abilitare¹³ date de Parlament pentru emiterea ordonanțelor simple, precum și legile de aprobare sau de respingere a ordonanțelor.

Toate celelalte acte normative nu intră sub incidența controlului de constituționalitate realizat de Curtea Constituțională. Actele de reglementare secundară pot fi verificate inclusiv în ceea ce privește constituționalitatea lor, în mod indirect, pe calea contenciosului administrativ. Curtea Constituțională a respins ca inadmisibile toate excepțiile de neconstituționalitate referitoare la alte acte normative sau alte tipuri de acte juridice decât cele expres date de legiuitorul constituant în competența sa.

În jurisprudența sa¹⁴, Curtea a constatat că *hotărârile Guvernului* nu pot constitui obiect al controlului de constituționalitate exercitat de Curtea Constituțională, acestea putând fi atacate numai pe calea contenciosului administrativ.

De asemenea, dacă excepția privește un *ordin al unui ministru*¹⁵ sau *alt act emis în aplicarea legii, o hotărâre a consiliului local*¹⁶ sau *a consiliului județean* ea este contrară prevederilor art. 146 lit. d) din Constituție și celor ale art. 29 alin. (1) din Legea nr. 47/1992, iar potrivit alin. (5) al aceluiași articol din lege instanța de judecată trebuie să o respingă ca fiind inadmisibilă, printr-o încheiere motivată, fără a mai sesiza Curtea Constituțională. Dacă instanța de judecată nu aplică aceste dispoziții legale, Curtea urmează să respingă excepția ca fiind inadmisibilă¹⁷. Curtea a reținut că obiectul controlului de constituționalitate reglementat la art. 146 lit. d) din Constituție îl constituie legile și ordonanțele Guvernului, și nu *decretul de promulgare*¹⁸ sau *modul în care instituțiile publice înțeleg să își exercite competențele constituționale sau legale*.

¹² A se vedea Decizia nr. 81/1999, excepție de neconstituționalitate ridicată de un consilier juridic în nume propriu.

¹³ Practica instanței constituționale este că în majoritatea sesizărilor a fost efectuate un control a priori asupra legii de abilitare: Decizia nr. 5/1992, 43/1992, 4/1994, 75/1994, 2/1995, 70/1995, 718/1997, 105/1998, 188/1998, 113/1999, 89/2010.

¹⁴ Decizia nr. 410/2005, Decizia nr. 321/2012.

¹⁵ Decizia nr. 143/2000, Decizia nr. 58/2004, Decizia nr. 435/2005.

¹⁶ Decizia nr. 185/1999.

¹⁷ Decizia nr. 185/1999, Decizia nr. 170/1999, Decizia nr. 143/2000.

¹⁸ Decizia nr. 1423/2011, Decizia nr. 466/2012.

De asemenea, nu pot face obiect al acestui tip de control proiectele sau propunerile legislative și nici amendamentele. În Decizia nr. 42/1993, Curtea a arătat că, art. 146 lit. a) teza întâi din Constituție se referă la „controlul constituționalității legilor, înainte de promulgarea acestora ceea ce presupune că legea a fost adoptată de Parlament, în forma în care a fost adoptată”, iar nu la „un text dintr-un proiect de lege sau un amendament propus Parlamentului, dar care nu a fost adoptat de acesta, deoarece în ultima situație nu este vorba de un text de lege. Drept urmare, Curtea Constituțională nu este competentă să verifice constituționalitatea textelor din proiectele de legi, propunerile legislative și amendamentele prezentate Parlamentului, dar neadoptate de acesta. Cu atât mai mult, Curtea Constituțională nu poate verifica, pe calea controlului posterior proiectele sau propunerile legislative și nici amendamentele, deoarece acestea nu sunt în vigoare.

Prin Decizia nr. 360/2012 Curtea a constatat că susținerile autorului excepției nu constituie veritabile critici de neconstituționalitate, acesta fiind, în realitate, nemulțumit de modul *de aplicare a legii* de către organele fiscale urmând să respingă excepția de neconstituționalitate ca inadmisibilă.

În Decizia nr. 336/2012, Curtea a precizat că aceasta realizează un control ce constă în raportarea normelor criticate la textul constituțional. Însă aspectele învederate de autorul excepției sunt chestiuni ce țin de *interpretarea și aplicarea legii*, astfel încât analiza acestora excedează sferei de competență a Curții Constituționale¹⁹. Totodată, mai spune Curtea, a accepta susținerile autorului excepției ar echivala cu o critică de neconstituționalitate a înseși normei constituționale anterior referite, ceea ce este inadmisibil. Competența de interpretare și aplicare a legii revine instanțelor judecătorești conform art. 126 din Constituție.

Printr-o altă decizie²⁰, Curtea a reținut că nu se poate pronunța decât asupra unor dispoziții dintr-o lege sau ordonanță și nu asupra *unor norme emise de o curte de arbitraj comercial*. Așadar, analiza constituționalității dispozițiilor din Regulile de procedură arbitrală ale Curții de arbitraj comercial de pe lângă Camera de Comerț și Industrie Cluj excedează atribuțiilor Curții Constituționale. Mai mult, Curtea reține că, în realitate, autorul excepției urmărește prin critica sa interpretarea art. 340 C pr. civ. într-un sens care să facă inoperabile prevederile art. 15 din regulamentul mai sus menționat. Astfel, problema dedusă judecării este una de interpretare și aplicare a legii, iar soluționarea acesteia nu intră în competența Curții Constituționale.

Într-o decizie recentă analizând motivarea excepției, Curtea a constatat că, în fapt, autorul acesteia tind la *modificarea și completarea textului de lege*²¹ criticat, în sensul instituirii unei soluții legislative identice, sub aspectul termenului pentru promovarea acțiunii în justiție pentru constatarea nulității hotărârilor adunării generale, atât în ceea ce privește societățile cooperative, cât și în ceea ce privește societățile comerciale. Din această perspectivă, Curtea a constatat că susținerile autoarei excepției nu reprezintă o veritabilă critică de neconstituționalitate. Or, în temeiul art. 2 alin. (3) din Legea nr. 47/1992, republicată, „Curtea Constituțională se pronunță numai asupra constituționalității actelor cu privire la care a fost sesizată, fără a putea modifica sau completa prevederile supuse

¹⁹ A se vedea și Decizia nr. 1391/2011, Decizia nr. 93/2012, Decizia nr. 345/2012, Decizia nr. 460/2012, Decizia nr. 639/2012, Decizia nr. 678/2012, Decizia nr. 701/2012.

²⁰ Decizia nr. 331/2012.

²¹ Decizia nr. 603/2012, Decizia nr. 604/2012, Decizia nr. 719/2012.

controlului”, astfel încât instanța de control constituțional nu se poate substitui legiuitorului pentru adăugarea unor noi prevederi celor deja instituite.

Curtea s-a pronunțat²² și cu privire la *omisiunile legislative*, precizând că instanța de contencios constituțional nu poate complini omisiunile legislative, întrucât, potrivit art. 2 alin. (3) din Legea nr. 47/1992, aceasta se pronunță numai asupra constituționalității actelor cu privire la care a fost sesizată, fără a putea modifica sau completa prevederile supuse controlului. Prin aceeași decizie Curtea apreciază că argumentele privind *lipsa de claritate și previzibilitate a legii* nu reprezintă o veritabilă critică de neconstituționalitate, ci vizează, în fapt, probleme de aplicare a legii ce țin de competența autorităților administrației publice. De asemenea, *eventualele necorelări de ordin legislativ*²³ nu pot forma obiect al controlului de constituționalitate. Examinarea acestora nu intră în sfera de competență a Curții Constituționale, ci în competența exclusivă a Parlamentului de a interveni pe calea unor modificări, completări sau abrogări pentru a asigura ordinea juridică necesară.

Așa-numitele „omisiuni ale legiuitorului” sunt aspecte ce vizează în exclusivitate oportunitatea și nu legalitatea actului normativ, Curtea Constituțională fiind investită doar cu efectuarea unui control de legalitate în sens larg (conformitate a legilor cu Constituția) și nu cu unul de oportunitate.

Într-o altă decizie²⁴, din contră, Curtea observă că sancționează lipsa reglementării din perspectiva candidaților independenți de a se prezenta la alegerile parlamentare parțiale și declară această dispoziție neconstituțională, deoarece anulează *ab initio*, prin nereglementare dreptul de a fi ales al oricărui cetățean român care, îndeplinind cerințele constituționale și legale în materie, ar dori să participe la alegerile parlamentare parțiale în calitate de candidat independent. Chiar dacă îmbracă forma unei omisiuni legislative, viciul de neconstituționalitate sesizat nu poate fi ignorat, deoarece o atare omisiune este cea care generează, *eo ipso*, încălcarea dreptului constituțional de a fi ales, Curtea Constituțională, potrivit art. 142 din Legea fundamentală, fiind garantul supremației Constituției, ceea ce presupune, printre altele, conformitatea întregului drept cu Constituția, controlul constituționalității legilor. Ni se pare exagerată această motivare care depășește chiar atribuțiile Curții, situând-o pe o poziție intermediară între inițiativa legislativă și legiuitorul pozitiv. Potrivit Constituției, Curtea nu are competența de a se pronunța asupra omisiunilor legislative (Varga, 2007), ci doar asupra actelor precizate la art. 146 din Constituție, în acest caz soluția posibilă fiind cea a respingerii excepției ca inadmisibilă.

Într-o decizie recentă²⁵, Curtea a reținut că atribuțiile sale privind analiza conformității unor texte de lege cu Constituția nu se pot extinde și asupra *aspectelor ce țin de respectarea normelor de tehnică legislativă*, atât timp cât aceste norme nu au relevanță în plan constituțional.

Curtea Constituțională nu este competentă „să analizeze conformitatea unei dispoziții de drept național cu textul Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene prin prisma art. 148 din Constituție. O atare competență, și anume aceea de a stabili dacă există o contrarietate între legea națională și Tratat, aparține instanței de judecată, care, pentru a

²² Decizia nr. 733/2012. A se vedea pentru omisiunile legislative și Decizia nr. 537/2005, Decizia nr. 385/2006, Decizia nr. 323/2012.

²³ A se vedea și Decizia nr. 156/1999, Decizia nr. 76/2000, Decizia nr. 249/2005.

²⁴ Decizia nr. 503/2010.

²⁵ Decizia nr. 517/2012.

ajunge la o concluzie corectă și legală, din oficiu sau la cererea părții, poate formula o întrebare preliminară în sensul art. 267 din Tratat la Curtea de Justiție a Uniunii Europene. În situația în care Curtea Constituțională s-ar considera competentă să se pronunțe asupra conformității legislației naționale cu cea europeană, s-ar ajunge la un posibil conflict de jurisdicții între cele două instanțe, ceea ce, la acest nivel, este inadmisibil.” În aceste cazuri, Curtea a respins excepția ca inadmisibilă²⁶.

Curtea observă²⁷ că folosirea unei norme de drept european în cadrul controlului de constituționalitate ca normă interpusă celei de referință implică, în temeiul art. 148 alin. (2) și (4) din Constituția României, o condiționalitate cumulativă: pe de o parte, această normă să fie suficient de clară, precisă și neechivocă prin ea însăși sau înțelesul acesteia să fi fost stabilit în mod clar, precis și neechivoc de Curtea de Justiție a Uniunii Europene și, pe de altă parte, norma trebuie să se circumscrie unui anumit nivel de relevanță constituțională, astfel încât conținutul său normativ să susțină posibila încălcare de către legea națională a Constituției – unica normă directă de referință în cadrul controlului de constituționalitate. Într-o atare ipoteză demersul Curții Constituționale este distinct de simpla aplicare și interpretare a legii, competență ce aparține instanțelor judecătorești și autorităților administrative, sau de eventualele chestiuni ce țin de politica legislativă promovată de Parlament sau Guvern, după caz.

Nici *actele puterii judecătorești*, hotărârile instanțelor judecătorești nu pot fi supuse controlului de constituționalitate pe calea excepției, ele rămânând exclusiv supuse căilor de atac ordinare și extraordinare în cadrul cărora se verifică toate aspectele care ar putea determina reformarea lor, inclusiv constituționalitatea. Curtea Constituțională a respins ca inadmisibile excepțiile de neconstituționalitate care i-au fost deferite cu privire la decizii pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție în Secții Unite²⁸ sau la alte hotărâri ale instanțelor judecătorești. Invocarea unei excepții de neconstituționalitate având ca obiect o decizie pronunțată într-un recurs în interesul legii este, de asemenea, inadmisibilă²⁹.

3.2. Acte normative în vigoare și relevante pentru cauza dedusă judecării

Referitor la legile și ordonanțele care pot fi obiect al excepției de neconstituționalitate, legea organică a Curții stabilește două condiții: a) actele normative să fie în vigoare, b) iar dispozițiile legale criticate să aibă legătură cu soluționarea cauzei deduse judecării.

a) În ceea ce privește condiția ca actele normative supuse controlului de constituționalitate să fie în vigoare, trebuie precizat că jurisprudența Curții a fost inconsecventă în această materie; dacă la început Curtea a considerat că nu este competentă să verifice constituționalitatea actelor normative care nu mai sunt în vigoare, recent, începând cu pronunțarea Deciziei nr. 766/2011 jurisprudența Curții Constituționale s-a modificat, aceasta declarându-se competentă a analiza și constituționalitatea acestor acte.

Astfel, într-o primă serie de decizii³⁰, Curtea a respins ca inadmisibile excepțiile de neconstituționalitate ce priveau acte normative care nu mai erau în vigoare. Justificarea

²⁶ Decizia nr. 413/2008, Decizia nr. 1596/2009, Decizia nr. 137/2010, Decizia nr. 1249/2010, Decizia nr. 383/2011, Decizia nr. 668/2011.

²⁷ Decizia nr. 668/2011, Decizia nr. 468/2012.

²⁸ Decizia nr. 409/2003.

²⁹ C. Ap. Brașov, decizia penală nr. 240 din 21 aprilie 2006, în Curtea de Apel Brașov. Culegere de practică judiciară în materie penală pe anul 2006, Ed. Hamangiu, p. 239.

³⁰ Decizia nr. 362/2002, Decizia nr. 690/2005, Decizia nr. 688/2008, Decizia nr. 1537/2009.

Curții în aceste cauze a fost că textul supus controlului trebuie să fie în vigoare, atât la data ridicării excepției, cât și la data soluționării sale de către Curte, deoarece aprecierea constituționalității privește o lege sau o ordonanță care există și care produce efecte juridice. Intervenția Curții în aprecierea constituționalității unor norme juridice care și-au încetat existența ar fi contrară rolului și funcțiilor sale stabilite prin Constituție, precum și principiului neretroactivității legii.

Pe de altă parte, într-o altă serie de decizii³¹, Curtea Constituțională s-a pronunțat asupra unor dispoziții legale care nu mai erau în vigoare la data pronunțării deciziilor Curții, astfel încât abrogarea unor dispoziții din actul normativ criticat, ulterior sesizării instanței constituționale, nu mai are nicio relevanță pentru soluționarea excepției de neconstituționalitate.

În Decizia nr. 766/2011, Curtea a realizat un reviriment de jurisprudență, arătând că prin aplicarea rigidă a condiției ca legea sau ordonanța să fie „în vigoare” la data ridicării excepției, ca și la data soluționării acesteia de Curtea Constituțională, se înlătură de la controlul de constituționalitate dispozițiile legale determinante în soluționarea cauzei. Astfel, Curtea constată că sintagma „în vigoare” poate fi înțeleasă în sensul că instanța de contencios constituțional este abilitată să garanteze supremația Constituției numai în raport cu legile și ordonanțele în vigoare, iar nu și în raport cu legile și ordonanțele care nu mai sunt în vigoare, chiar dacă în temeiul acestora s-au născut raporturi juridice care continuă să producă efecte și ulterior. Dacă s-ar da înțelesul de mai sus sintagmei „în vigoare” s-ar contraveni esenței controlului de constituționalitate, nemaiputând fi supuse controlului actele normative abrogate, dar care continuă să-și producă efectele juridice neconstituționale, în virtutea principiului „*tempus regit actum*”. În consecință, Curtea, într-o decizie în interpretare, a apreciat că sintagma „în vigoare” este constituțională în măsura în care se interpretează în sensul că sunt supuse controlului de constituționalitate și legile sau ordonanțele ori dispozițiile din legi sau din ordonanțe ale căror efecte juridice continuă să se producă și după ieșirea lor din vigoare.

Curtea Constituțională a decis că se poate pronunța și asupra constituționalității unui act normativ care este suspendat³² la momentul sesizării sale, în sensul că, deși formal actul este în vigoare, efectele sale juridice nu se produc ca urmare a suspendării.

În situația în care printr-un act normativ se abrogă dispozițiile dintr-un alt act normativ care este supus controlului pe calea excepției de neconstituționalitate, care reia în totalitate dispozițiile din actul normativ abrogat, Curtea a decis³³ că este competentă să se pronunțe și asupra actului abrogator care reia soluția legislativă din actul abrogat, urmând a analiza pe fond situația. Dacă însă soluția legislativă este diferită de aceea a prevederii legale anterioare modificării, chiar dacă interesul urmărit de cel care a invocat excepția este același, Curtea nu se mai poate pronunța asupra constituționalității dispoziției legale în noua sa redactare, deoarece ar depăși limitele sesizării³⁴.

b) Curtea Constituțională a respins ca fiind inadmisibile excepțiile de neconstituționalitate având ca obiect dispoziții legale de care nu depinde soluționarea cauzei³⁵. S-a

³¹ Decizia nr. 1128/2008, Decizia nr. 842/2009, Decizia nr. 984/2009, Decizia nr. 989/2009.

³² Decizia nr. 238/2006.

³³ Decizia nr. 750/2006.

³⁴ Decizia nr. III plen/1995.

³⁵ Decizia nr. 394/1997, Decizia nr. 63/1998, Decizia nr. 6/2000, Decizia nr. 35/2000, Decizia nr. 144/2000, Decizia nr. 293/2003, Decizia nr. 375/2003, Decizia nr. 376/2004, Decizia nr. 1180/2009, Decizia nr. 548/2012, Decizia nr. 572/2012.

precizat că instanța de contencios constituțional este competentă să se pronunțe numai asupra constituționalității unor dispoziții legale de care depinde soluționarea cauzei. Soluția se impune pentru că, în lipsa pertinentei³⁶ excepției de neconstituționalitate, s-ar eluda dispoziția constituțională care impune ridicarea excepției de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele în fața instanțelor judecătorești. Or, rațiunea instituirii acestui tip de control al constituționalității nu se justifică decât în situația în care problema incidentă de constituționalitate are un caracter „*serios*”, este realmente utilă pentru soluționarea procesului în cadrul căruia a fost ridicată.

În Decizia nr. 766/2011, definitorie pentru revirimentul de jurisprudență, Curtea a analizat dacă se poate pronunța exclusiv asupra controlului de constituționalitate a prevederilor art. 29 din Legea nr. 47/1992 sau asupra acestor prevederi și a dispozițiilor din actul normativ aplicabil într-o speță dată. Curtea a statuat că prevederile Legii nr. 47/1992 pot forma obiectul excepțiilor de neconstituționalitate ridicate în fața instanțelor judecătorești sau a instanțelor arbitrale cu condiția – prevăzută de art. 29 alin. (1) din lege – să aibă legătură cu soluționarea cauzei. Aceasta întrucât legătură cu soluționarea cauzei au toate dispozițiile legale de drept substanțial și de drept procedural care vizează drepturile subiective deduse judecării și fac posibilă desfășurarea și finalizarea procedurii judiciare. Între acestea se numără și cele privind admisibilitatea unei excepții de neconstituționalitate, a căror aplicare poate avea ca rezultat soluționarea cauzei în limitele prevăzute de Constituție, în cazul în care excepția este apreciată ca admisibilă și examinată de Curtea Constituțională, sau îngrădirea accesului la justiție și o eventuală soluționare în temeiul unor dispoziții neconstituționale a cauzei, în cazul în care fie judecătorul ordinar, fie cel al instanței de contencios constituțional refuză să examineze excepția, hotărând că aceasta este inadmisibilă. La rezultatul contrar ordinii constituționale se poate ajunge și în cazul în care însăși legea organică a Curții sau legile de procedură judiciară ar limita controlul constituționalității unor legi sau ordonanțe, ignorând prevederile Legii fundamentale.

3.3. Declararea neconstituționalității dispozițiilor criticate printr-o decizie anterioară a Curții Constituționale

Un alt caz de inadmisibilitate a excepției de neconstituționalitate privește pronunțarea unei decizii a Curții Constituționale cu privire la dispozițiile din actul normativ criticat și declararea lor ca neconstituționale prin admiterea excepției.

În jurisprudența sa, Curtea a constatat că, ulterior ridicării excepției în fața Curții, dar înainte ca ea să se pronunțe în acel dosar, a avut ocazia de a se pronunța asupra aceleiași probleme de drept într-un alt dosar. În aceste cazuri, fie în dispozitivul deciziei, fie în motivarea acesteia, atunci când respinge excepția, Curtea subliniază că aceasta a devenit inadmisibilă, tocmai pentru a marca absența culpei autorului excepției, care nu putea să prevadă o astfel de situație.

Instanțele judecătorești trebuie să distingă între excepțiile a căror inadmisibilitate se datorează constatării anterioare a neconstituționalității obiectului lor, pe care nu trebuie să le mai înainteze Curții Constituționale, și cele asupra cărora aceasta s-a mai pronunțat, dar numai în sensul respingerii lor pe fond, ca neîntemeiate. În cazul celor dintâi, instanțele judecătorești trebuie să le respingă ca inadmisibile, fără să mai sesizeze Curtea Constituțională.

³⁶ Decizia nr. 393/1997.

Într-o decizie recentă, Decizia nr. 738/2012, Curtea apreciază că deciziile sale nepublicate încă îi sunt opozabile de la pronunțare. În acest sens, Curtea face trimitere la jurisprudența sa constantă referitoare la situațiile în care a trebuit să se pronunțe asupra unei sesizări de neconstituționalitate cu privire la care se pronunțase anterior admitând excepția de neconstituționalitate, dar decizia nu se publicase încă în Monitorul Oficial al României, Partea I³⁷. Inadmisibilitatea excepției, fiind un element definitoriu al competenței instanței constituționale, este subsecventă exclusiv pronunțării, anterior, de către Curtea Constituțională a unei decizii de admitere a excepției cu același obiect și constatării neconstituționalității prevederilor deduse, din nou, controlului de constituționalitate. Sub acest aspect, împrejurarea că decizia anterioară nu a fost încă publicată nu are relevanță față de Curte, soluția prin care s-a constatat neconstituționalitatea fiind opozabilă instanței constituționale de la data pronunțării ei. În acest caz, Curtea trebuie să respingă excepțiile ca devenite inadmisibile³⁸.

De asemenea, declararea unui text ca neconstituțional, ulterior sesizării Curții cu aceeași problemă de constituționalitate, impune respingerea excepției ca devenită inadmisibilă³⁹. Acest caz de inadmisibilitate a excepției de neconstituționalitate a intervenit între momentul sesizării Curții Constituționale și momentul pronunțării instanței de contencios constituțional asupra excepției de neconstituționalitate, motiv pentru care aceasta urmează să fie respinsă ca devenită inadmisibilă⁴⁰.

4. Aspecte procedurale ce determină inadmisibilitatea excepției de neconstituționalitate

a) Lipsa de motivare a excepției de neconstituționalitate

În jurisprudența sa⁴¹ Curtea a constatat că textul art. 10 alin. (2) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, potrivit căruia „sesizările trebuie făcute în formă scrisă și motivate”, este imperativ, nerespectarea prevederilor sale având drept consecință imposibilitatea exercitării controlului de constituționalitate, astfel că excepția de neconstituționalitate este inadmisibilă. În consecință, în cazul în care excepția nu este formulată în scris și nu este motivată, aceasta este inadmisibilă.

Printr-o serie de decizii⁴² Curtea a conturat o anumită structură inerentă și intrinsecă oricărei excepții de neconstituționalitate. Aceasta cuprinde trei elemente: textul contestat din punctul de vedere al constituționalității, textul de referință pretins încălcat, precum și motivarea de către autorul excepției a relației de contrarietate existente între cele două texte, cu alte cuvinte, motivarea neconstituționalității textului criticat. Indiscutabil primul element al excepției se circumscrie fie simplei indicări a textului pretins neconstituțional, fie menționării conținutului său normativ, iar cel de-al doilea indicării textului sau principiului constituțional pretins încălcat.

³⁷ Decizia nr. 349/2002, Decizia nr. 582/2012.

³⁸ Decizia nr. 169/1998, Decizia nr. 122/1999, Decizia nr. 761/2008.

³⁹ Decizia nr. 235/2012, Decizia nr. 539/2012.

⁴⁰ Decizia nr. 531/2012.

⁴¹ Decizia nr. 341/1997, Decizia nr. 1313/2011, Decizia nr. 733/2012.

⁴² Decizia nr. 198/2009, Decizia nr. 919/2011, Decizia nr. 1313/2011.

Într-o altă decizie⁴³, Curtea a arătat că excepția de neconstituționalitate nu cuprinde motivarea ca element al său, iar din textele constituționale invocate nu se poate desluși în mod rezonabil vreo critică de neconstituționalitate datorită lipsei de legătură cu textele de lege criticate. Astfel, simpla enumerare a unor dispoziții constituționale sau convenționale nu poate fi considerată o veritabilă critică de neconstituționalitate. Dacă ar proceda la examinarea excepției de neconstituționalitate motivate într-o asemenea manieră eliptică⁴⁴, instanța de control constituțional s-ar substitui autorului acesteia în formularea unor critici de neconstituționalitate, ceea ce ar echivala cu un control efectuat din oficiu, inadmisibil însă în condițiile în care art. 29 alin. (4) din Legea nr. 47/1992 precizează că „sesizarea Curții Constituționale se dispune de către instanța în fața căreia s-a ridicat excepția de neconstituționalitate, printr-o încheiere care va cuprinde punctele de vedere ale părților, opinia instanței asupra excepției, și va fi însoțită de dovezile depuse de părți”.

Curtea nu poate să se autosesizeze și să își extindă controlul de constituționalitate cu privire la alte texte decât în situația prevăzută de art. 31 alin. (2)⁴⁵ din Legea nr. 47/1992, instanța de contencios constituțional pronunțându-se numai *in limine litis*.

b) Efectele deciziei pronunțate pe calea controlului preventiv

Un alt caz de inadmisibilitate a excepției de neconstituționalitate este prevăzut de însăși Constituția revizuită. Astfel, potrivit art. 147 alin. (3) din Constituție, „în cazul în care constituționalitatea tratatului sau acordului internațional a fost constatată potrivit art. 146 lit. b), acesta nu poate face obiectul unei excepții de neconstituționalitate”. În consecință, rezultă din această dispoziție că tratatul internațional nu poate fi supus controlului pe calea excepției de neconstituționalitate, dacă s-a constatat constituționalitatea sa în temeiul art. 146 lit. b) din Constituție. În cazul în care un tratat la care România urmează să devină parte cuprinde dispoziții contrare Constituției, ratificarea lui poate avea loc numai după revizuirea Constituției, potrivit dispozițiilor ale art. 11 alin. (3) din Constituție.

c) conținutul încheierii de sesizare a Curții Constituționale

Legea organică a Curții prevede elementele de conținut pe care, în mod obligatoriu, trebuie să le cuprindă actul de sesizare a instanței de contencios constituțional (încheierea instanței). Potrivit art. 29 alin. (4) din Legea nr. 47/1992, sesizarea Curții Constituționale se dispune de către instanța în fața căreia s-a ridicat excepția de neconstituționalitate, printr-o încheiere care va cuprinde punctele de vedere ale părților, opinia instanței asupra excepției, și va fi însoțită de dovezile depuse de părți. Dacă excepția a fost ridicată din oficiu, încheierea trebuie motivată, cuprinzând și susținerile părților, precum și dovezile necesare. Odată cu încheierea de sesizare, instanța de judecată va trimite Curții Constituționale și numele părților din proces cuprinzând datele necesare pentru îndeplinirea procedurii de citare a acestora.

În Decizia nr. 353/2005 Curtea a stabilit că lipsa opiniei pe care instanța trebuie să o formuleze cu privire la excepția ridicată în fața ei nu echivalează cu nelegarea sesizării Curții Constituționale. Pentru exprimarea acestei soluții Curtea a avut în vedere

⁴³ Decizia nr. 531/2012.

⁴⁴ Decizia nr. 465/2007, Decizia nr. 517/2008, Decizia nr. 627/2008, Decizia nr. 245/2009, Decizia nr. 727/2009, Decizia nr. 1091/2010, Decizia nr. 1374/2010, Decizia nr. 520/2011, Decizia nr. 785/2011.

⁴⁵ În caz de admitere a excepției, Curtea se va pronunța și asupra constituționalității altor prevederi din actul atacat, de care, în mod necesar și evident, nu pot fi dissociate prevederile menționate în sesizare.

jurisprudența sa anterioară în care a stabilit că „lipsa opiniei instanței judecătorești din încheierile de sesizare nu poate opri Curtea să judece cauzele ce i-au fost deduse, deoarece încălcarea de către instanță a obligației de a-și exprima opinia nu poate paraliza exercitarea dreptului conferit de Constituție autorilor excepției, de a o invoca și, în mod corelativ, de a primi soluția rezultată din controlul legii de către Curtea Constituțională”.

Prin Hotărârea nr. 26/2010 privind actele de sesizare a Curții Constituționale în temeiul art. 146 lit. d) din Constituție, având în vedere practica instanțelor judecătorești de a nu mai emite o încheiere distinctă de sesizare a Curții, aceasta a stabilit procedura ce trebuie urmată atunci când este sesizată cu o excepție de neconstituționalitate.

În consecință, prin hotărâre se stabilește că dosarele Curții Constituționale având ca obiect excepții de neconstituționalitate cu privire la care Curtea este sesizată în temeiul art. 146 lit. d) din Constituție se constituie numai în baza actului de sesizare constând într-o încheiere distinctă, care va cuprinde punctele de vedere ale părților și opinia instanței asupra excepției. Dacă excepția a fost ridicată din oficiu, încheierea trebuie motivată, cuprinzând și susținerile părților. Dispozitivul încheierii trebuie să conțină referiri la soluția instanței cu privire la sesizarea Curții Constituționale. În cazul în care actele de sesizare nu îndeplinesc condițiile legale, vor fi restituite instanțelor de judecată în vederea îndeplinirii acestora, întrucât sunt viciate din punctul de vedere al legalității sesizării.

Concluzii

În cadrul sesizării cu o excepție de neconstituționalitate, Curtea Constituțională, verificându-și competența stabilită de prevederile constituționale, fără a intra în fondul sesizării, poate respinge excepția ca inadmisibilă sau ca devenită inadmisibilă în cazul în care nu sunt îndeplinite condițiile cu privire la autorii sesizării, la obiectul sesizării, la aspectele procedurale necesare pentru sesizarea Curții. Instanța judecătorească în fața căreia este invocată excepția de neconstituționalitate, înainte de a transmite sesizarea Curții Constituționale are obligația să respingă excepția ca inadmisibilă în cazul în care nu sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate a sesizării Curții Constituționale.

BIBLIOGRAFIE

Sabău, Pop Ion, *Considerații privind excepția de neconstituționalitate ridicată în fața instanțelor judecătorești în condițiile art. 29 din legea privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale*, 2007 http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_10_2007/sabau_pop_ro.pdf.

Varga, Attila, *Constituționalitatea procesului legislativ*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 243.

Raport național pentru cel de-al XV-lea Congres al Conferinței Curților Constituționale Europene, prezentat de Curtea Constituțională a României – Justiția constituțională: funcții și raporturile cu celelalte autorități publice, <http://www.ccr.ro/congres/ROMANIA%20ro.pdf>.

CONSIDERAȚII PRIVIND SISTEMUL VENITURILOR PUBLICE

Lect. univ. dr. GEORGE MĂGUREANU

Facultatea de drept din cadrul Universității Româno-Americane, București

Abstract: Lucrarea are ca obiectiv general o temă actuală și de un real interes, având în vedere necesitatea colectării de către stat a unor fonduri de la contribuabili, pentru acoperirea nevoilor publice din ce în ce mai mari, mai ales în condițiile în care se pune problema depășirii unor perioade de criză.

Analiza efectuată reușește să identifice dimensiunea și principiile generale ale unei bune colectări și administrări a fondurilor publice, în condițiile actuale europene și la nivel național. Principalele obiective ce vor fi analizate privesc: conceptul de sistem al veniturilor bugetare, sursele de proveniență, modul de colectare și de utilizare a acestora, reglementări recente privind tema abordată.

Considerăm că, aplicând aceste principii, vor avea loc schimbări esențiale privind veniturile publice, ce vor conduce la aplicarea în mai bună măsură a prevederilor legale naționale și a Directivelor europene, la armonizarea legislației naționale cu cea a Uniunii Europene, cu privire la aceste aspecte, avute în vedere de toate țările europene.

Cuvinte cheie: resurse financiare publice, venituri bugetare, contribuabil, contribuții, taxe și impozite, reformă

Conținut

Făcând o analiză a problematicii abordate, încă de la începuturile constituirii comunităților umane și apoi a constituirii formațiunilor statale, a rezultat că statul, în toate orânduirile, are nevoie de bani pentru a-și finanța cheltuielile și pentru a se întreține din veniturile publice pe care le realizează din fondurile proprii ori de la contribuabili, persoane fizice sau persoane juridice.

Particularii urmăresc maximizarea propriilor unități, cheltuielile făcându-se în interesul limitat al celui care le face, în timp ce statul urmărește să realizeze venituri pentru a le cheltui în beneficiul întregii societăți, pentru acele domenii care nu se pot finanța singure, datorită naturii activității lor ori a importanței lor din punct de vedere social.

Pentru a desemna resursele sau fondurile bănești la dispoziția statului, în doctrina de specialitate sunt folosite denumiri diferite, cum ar fi: „venituri publice”¹, „resurse financiare publice”², „venituri bugetare”³, cea mai utilizată denumire fiind cea care le numește venituri bugetare. Veniturile reprezintă suma bunurilor economice care, într-o perioadă determinată, intră în patrimoniul unei persoane fizice sau juridice, fără obligația de restituire și care pot fi

¹ D.D. Șaguna, *Drept financiar și fiscal*, Ed. All Beck, 2003, p. 329.

² N.G. Leon, *Elemente de știință financiară*, vol. I, București, pp. 198-200, p. 338 și urm.; V. Roș, *Drept financiar. Sistemul bugetar*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 204 și urm.

³ M.Șt. Minea, *Dreptul finanțelor publice*, Ed. Accent, p. 92, C.D. Popa, A. Fanu-Moca, *Drept financiar*, Ed. Lumina Lex, 2003, p. 85.

consumate fără a micșora substanța averii subiectului economic. Totuși, doctrina mai veche a făcut o distincție clară între noțiunile de avere, încasare și venit.

Prin avere, arată N.G. Leon, în economia publică, se înțelege suma bunurilor de care dispune cineva, la un moment dat, peste nevoile lui curente. Avera poate să fie sau să nu fie producătoare de venituri. De exemplu, terenul agricol sau fabricile sunt producătoare de venituri numai dacă sunt exploatate. Avera neproducătoare de venit nu ușurează situația financiară a subiectului economic ci, dimpotrivă, o îngreunează prin cheltuielile pentru întreținerea ei și impozitele care trebuie suportate în contul ei. Atât particularii cât și statul trăiesc și se întrețin din veniturile pe care le realizează⁴.

În categoria veniturilor trebuie însă să includem și elementul periodicității, fiind considerate ca venituri numai acele bunuri economice care intră periodic într-un patrimoniu sau care izvorăsc dintr-o sursă permanentă, prezentând importanță și calitate subiectului, calitate în raport cu care și izvoarele veniturilor sunt diferite. Astfel, pentru gospodăriile private nici câștigurile din loterii, nici succesiunile în sine nu sunt venituri pentru că le lipsește elementul de periodicitate, deși aceste venituri contribuie la creșterea activului patrimonial al persoanei.

În patrimoniul public, statul cuprinde bunuri din activitatea proprie, însă primește bunuri, realizează venituri și pe cale de constrângere sub forma taxelor și impozitelor. Toate bunurile pe care le încasează într-o anumită perioadă de timp și pe care le poate cheltui, fără obligație de restituire, reprezintă venituri. De aici rezultă, de altfel, și principiul depersonalizării veniturilor publice, în așa fel încât se pierde urma de proveniență a acestora de la contribuabil, de vreme ce au ajuns în patrimoniul public. În literatura de specialitate s-a afirmat că sursele de venituri ale statului sunt averile și veniturile cetățenilor⁵.

Dacă vorbim de venituri în general, acestea pot fi definite ca reprezentând suma bunurilor cu valoare economică și care, într-un interval de timp determinat, intră în gospodăria unei persoane și pot fi consumate, fără ca prin aceasta să se micșoreze tulpina averii acelei persoane. Această definiție a veniturilor este valabilă atât pentru gospodăriile particulare, cât și pentru gospodăria publică, a statului.

Deosebirea dintre veniturile particularilor și veniturile publice, constă în aceea că, în timp ce particularii realizează venituri din muncă sau avere, statul își realizează veniturile, în principal, pe calea colectării obligatorii a unor sume din veniturile și averea contribuabililor. Excepție de la regula menționată o constituie veniturile nefiscale sau apreciate drept extraordinare, cum este cazul veniturilor realizate din activitățile economice desfășurate de întreprinderile statului, din valorificarea bunurilor statului, din donații, succesiuni vacante, împrumuturi, emisiune de monedă ș.a.

Cele două categorii de resurse, respectiv financiare publice împreună cu cele private constituie resursele financiare în ansamblu ale societății, raportul dintre acestea fiind un raport de la întreg la parte.

Natura juridică și conținutul economico-financiar ale veniturilor publice sunt determinate de natura și caracterul orânduirii sociale, de formele de proprietate asupra mijloacelor de producție, de nivelul de dezvoltare a forțelor de producție, de rolul și atribuțiile statului. Din punct de vedere economico-financiar considerăm că veniturile

⁴ N.G. Leon, *op. cit.*, pp. 198-200.

⁵ *Idem.*

publice reprezintă formele valorice prin intermediul cărora o parte din venitul național este concentrată la dispoziția statului.

În scopul cunoașterii exacte a fondurilor bănești, în raport de care se stabilește volumul cheltuielilor care urmează a se efectua pentru îndeplinirea acțiunilor și obiectivelor statului, este necesară determinarea volumului veniturilor bugetare ce se vor realiza pentru constituirea acestor fonduri. Determinarea se face anual, pe ansamblul economiei, pe ramuri și pe domenii economice și sociale, pe categorii de debitori și pe forme de venituri, în funcție de proveniența acestora, prin legea bugetară.

Orice venit bugetar are o denumire generică, stabilită în raport cu natura sa economico-financiară și juridică și prin care se face deosebirea între diferitele categorii de venituri bugetare. Veniturile bugetare sunt alcătuite din: impozite, taxe, contribuții, vărsăminte ș.a. Fiecărui venit bugetar îi este atribuită și o denumire specifică, proprie prin care este individualizat fiecare fel de venit în raport cu alte venituri din aceeași categorie. Exemple: impozit pe profit, impozit pe venitul agricol, taxă vamală, taxă de timbru, taxă consulară ș.a.

Sub aspect juridic, majoritatea veniturilor publice bugetare reprezintă obligații bănești stabilite în mod unilateral, prin acte normative, în sarcina tuturor persoanelor juridice și fizice care realizează venituri impozabile sau care dețin bunuri deopotrivă impozabile ori care apelează la servicii taxabile. În același timp, veniturile bugetare reprezintă creanțe de încasat de către stat.

Fondurile publice sau veniturile publice totale, numite și resursele financiare publice, includ resursele administrației de stat centrale și locale, resursele asigurărilor sociale de stat și resursele instituțiilor publice cu caracter autonom, reprezentate de totalitatea mijloacelor bănești, instituite prin lege, care contribuie la constituirea fondurilor bănești la dispoziția statului, mijloace necesare pentru realizarea obiectivelor economice și sociale într-un interval de timp determinat⁶.

Alocarea efectivă a resurselor între sectorul public și cel privat determină o anumită proporție între acestea, putându-se accepta că alocarea resurselor este optimă dacă cerințele consumatorilor sunt satisfăcute la nivel maxim prin intermediul sectorului public și al celui privat⁷.

Într-o societate în care creșterea nevoilor sociale, a rolului și funcțiilor statului și, implicit, a cheltuielilor publice, are un ritm care depășește, pretutindeni, pe cel de creștere a produsului intern brut, devine determinantă și cererea accelerată de venituri publice, care cunoaște o tendință generală de creștere și care determină și creșterea capacității contributive a populației.

Din studiul efectuat a rezultat că necesitatea sporirii efective a fondurilor, veniturilor publice aflate la dispoziția statului, este influențată de:

- evoluția produsului intern brut a căruia creștere poate genera sporirea veniturilor impozabile, sau, după caz, scăderea acestora. În acest din urmă caz, statul trebuie să-și acopere deficitul care se creează pe calea creșterii fiscalității, a împrumuturilor etc.;

- factori demografici care pot influența numărul populației active și sporirea sau scăderea numărului contribuabililor și a populației care beneficiază, sub diverse forme, de pe urma utilizării resurselor publice;

⁶ V. Roș, *op. cit.*, p. 2005.

⁷ I. Văcărel și colaboratori, *op. cit.*, p. 339.

- factori care țin de libera circulație a forței de muncă, principiu care, printre altele, este definitoriu pentru spațiul Uniunii Europene, și care determină un transfer de populație activă împreună cu avantajele statului în care aceștia se deplasează și, totodată, dezavantajele fiscale și sociale majore create pentru statul din care pleacă;

- factori politici sau sociali care determină redistribuirea resurselor în scopul asigurării nevoilor de educație, protecție și asigurări sociale, sănătate, apărare și siguranță națională și care, în anumite situații, pot reclama resurse sporite, cu efecte asupra gradului de fiscalitate;

- factori monetari care prin dobânzi, masă monetară, credite etc., influențează prețurile. La rândul său, creșterea prețurilor și a inflației determină sporirea resurselor din taxe și impozite dar în același timp și o scădere a puterii de cumpărare a contribuabililor;

- factori de natură financiară care sintetizează și cumulează influența celorlalți factori, prin dimensiunea cheltuielilor publice, însă volumul cheltuielilor influențează mărimea deficitului bugetar iar acoperirea acestuia reclamă resurse publice suplimentare.

Diversificarea mijloacelor de constituire a resurse la dispoziția statului a fost determinată de cererea crescândă a nevoii de venituri bugetare. A rezultat, de asemenea, că în domeniul monopolurilor statului, al activităților economice pe care statul le desfășoară prin regiile sau societățile comerciale cu capital de stat, al exploatarei bunurilor statului, pot fi și sunt luate măsuri care să conducă la sporirea veniturilor.

Resursele publice se constituie, de regulă, prin: colectările cu caracter obligatoriu de impozite, taxe și alte fonduri provenite de la contribuabili; venituri din activități economice și valorificarea bunurilor statului; venituri întâmplătoare (donații, succesiuni vacante, bunuri fără stăpân) care sunt preluate de stat; resursele provenind din împrumuturi publice interne sau externe ori prin emisiune monetară.

Din legislația în vigoare rezultă că în România, resursele financiare publice sunt structurate pe criterii economice, în conformitate cu structura sistemului bugetar, care se constituie și se gestionează prin sistemul unitar de bugete, respectiv: bugetul de stat, bugetul asigurărilor sociale de stat, bugetele locale, bugetele fondurilor speciale, bugetul trezoreriei statului, bugetele instituțiilor publice.

Analizând categoriile de bugete amintite, constatăm că la baza lor stau următoarele venituri:

a) resurse ale bugetului de stat, în care sunt incluse: venituri curente cum ar fi venituri fiscale (impozite directe și impozite indirecte) și venituri nefiscale (împrumuturi, emisiuni monetare, donații etc.); venituri de capital și încasări din rambursarea împrumuturilor acordate;

b) resursele bugetului asigurărilor sociale de stat și ale asigurărilor pentru șomaj sunt constituite din: venituri fiscale (contribuții ale angajatorilor și ale angajaților ori alte contribuții) și venituri nefiscale;

c) fondurile bugetelor locale constituite din: venituri proprii (fiscale și nefiscale) precum și din sume alocate din bugetul de stat (transferuri cu destinație specială);

d) resursele bugetelor speciale sunt constituite din venituri fiscale de tipul taxelor și impozitelor indirecte cu afecțate specială și din venituri nefiscale stabilite prin lege;

e) fondurile resurselor instituțiilor publice se constituie din: veniturile proprii (denumite și extrabugetare, de tipul sumelor încasate cu titlu de chirii, din vânzarea unor

bunuri, valorificarea unor produse rezultate din activitatea proprie etc.) și veniturile primite ca alocații de la bugetul centralizat al statului⁸.

Dacă avem în vedere destinația pe care o au și tipul de buget în care sunt prevăzute, resursele publice pot fi: resursele financiare ale bugetului de stat, din care fac parte veniturile curente de tipul impozitelor, taxelor, veniturilor nefiscale, precum și veniturile din capital; resursele financiare ale asigurărilor sociale de stat care provin din contribuțiile pentru asigurările sociale și din celelalte resurse ce alimentează bugetul asigurărilor sociale de stat; resursele financiare cu destinație specială, constând, în principal, din contribuții ce alimentează fondurile speciale constituite la nivel central; resursele financiare ale bugetelor locale, cum sunt: impozitele, taxele și veniturile nefiscale cu caracter local, cotele și sumele defalcate din unele venituri ale bugetului de stat, cotele adiționale la unele venituri ale bugetului de stat și transferurile cu destinație specială de la bugetul de stat. La acestea se adaugă diverse venituri proprii ale bugetelor locale, inclusiv venituri din capital.

Veniturile publice în funcție de regularitatea încasării, pot fi: venituri ordinare sau curente care sunt veniturile pe care statul le încasează în mod obișnuit, cu o anumită regularitate; venituri extraordinare, incidentale sau întâmplătoare, adică veniturile la care statul apelează în situații excepționale, când resursele curente nu acoperă cheltuielile publice. Aparțin acestei categorii: împrumuturile de stat interne și externe, transferurile, ajutoarele dar și donațiile primite din străinătate, sumele rezultate din lichidarea participațiilor de capital în străinătate și din valorificarea peste graniță a bunurilor statului, precum și emisiunea bănească fără acoperire în economia reală.

În funcție de proveniență, veniturile publice pot fi: venituri externe, categorie căreia îi aparțin: împrumuturile de stat externe contractate de la instituții financiare internaționale, de la guvernele altor țări, de la bănci cu sediul în alte state, de la orice deținători străini de capitaluri bănești, precum și transferurile externe primite sub forma ajutoarelor nerambursabile de la organisme internaționale sau din partea altor state; venituri interne, care se realizează pe seama impozitelor, taxelor, contribuțiilor, veniturilor nefiscale, împrumuturilor contractate la persoane fizice și juridice din propria țară, prin intermediul emisiunilor de obligațiuni și de titluri de stat, de pildă.

Având în vedere sursa lor, veniturile publice pot fi: venituri nefiscale, care sunt veniturile obținute de stat din exploatarea domeniilor statului (întreprinderi economice, terenuri etc.) în conformitate cu regulile liberei concurențe și din valorificarea bunurilor aparținând statului; venituri fiscale, care sunt veniturile întemeiate pe monopolul puterii de constrângere a statului. Aparțin acestei categorii taxele, impozitele, amenzile, contribuțiile speciale etc. Specific acestei categorii de venituri este faptul că ele nu se obțin printr-o activitate liberă a organelor publice, în concurență cu gospodăriile particulare, ci prin constrângere.

În sistemul nostru bugetar, resursele financiare publice sunt structurate pe criterii economice, în conformitate cu structura sistemului bugetar, se constituie și se gestionează prin sistemul unitar de bugete, respectiv: bugetul de stat, bugetul asigurărilor sociale de stat, bugetele locale, bugetele fondurilor speciale, bugetul trezoreriei statului, bugetele instituțiilor publice.

⁸ În același sens, a se vedea și V. Roș, *op. cit.*, pp. 208 și 209.

Având în vedere aceste categorii de bugete, veniturile pe care le gestionează precum și clasificarea diferitelor categorii de venituri, constatăm că, la baza bugetelor amintite, stau următoarele categorii de venituri:

i) resurse ale bugetului de stat sunt care cuprind: venituri curente, venituri de capital și încasări din rambursarea împrumuturilor acordate;

ii) resursele bugetului asigurărilor sociale de stat și ale asigurărilor pentru șomaj, constituite din: venituri fiscale (contribuții ale angajatorilor și ale angajaților și alte contribuții) și venituri nefiscale;

iii) resursele bugetelor locale, constituite din: venituri proprii (fiscale și nefiscale) și sume alocate din bugetul de stat (defalcate, adiționale sau transferuri cu destinație specială);

iv) resursele bugetelor speciale, alcătuite din venituri fiscale de tipul taxelor și impozitelor indirecte cu afecție specială și din venituri nefiscale stabilite prin lege și resursele instituțiilor publice se constituie din: veniturile proprii (denumite și extrabugetare, de tipul sumelor încasate cu titlu de chirii, din vânzarea unor bunuri ori publicații, valorificarea unor produse rezultate din activitatea proprie etc.) și veniturile primite ca alocații de la buget⁹.

În categoria impozitelor indirecte, sunt incluse de către unii autori și monopolurile statului pe considerentul că acestea sunt modalități de impunere care constau în dreptul exclusiv al statului fie atât asupra producției cât și a vânzării unor produse cum sunt sarea, băuturile alcoolice, tutunul etc. fie numai asupra producției și comerțului cu ridicata, ori numai asupra comerțului cu amănuntul¹⁰.

Alți autori consideră monopoluri fiscale numai cele referitoare la impozitele stabilite de către stat și incluse în prețurile produselor realizate în regim de exclusivitate și le clasifică în acest fel (impozite indirecte) pentru că în cazul lor plătitorul și suportatorul nu se confundă, în fapt ele fiind suportate de către cumpărătorul produselor care fac obiectul unui monopol de stat.

Însă, considerăm că, atunci când se discută doar de suma percepută cu titlu de impozit de la consumatori, ca parte a prețului acelui produs, distincția în privința modului în care se realizează materia impozabilă își pierde semnificația.

De remarcat că monopolurile conferă un drept de exclusivitate într-un domeniu de activitate (producție, comerț, exploatare de bunuri) și, de asemenea, veniturile realizate de stat de pe urma monopolurilor sunt formate atât din profitul creat în procesul de producere, desfășurare sau exploatare a bunurilor în discuție și pe care statul îl realizează ca orice agent economic, dar în condiții de privilegiu, cât și din impozitul indirect cuprins în preț și care se încasează de la consumatorii acestor mărfuri.

Cu toate acestea, atunci când își rezervă exclusivitatea într-un domeniu, statul nu-și exercită dreptul de impunere în contra unor persoane fizice sau juridice prin obligarea lor la plata de contribuții, ci un drept de reglementare a anumitor activități economice pe care și le rezervă spre a le desfășura în exclusivitate, chiar dacă acest lucru se face în scopul realizării de venituri la buget.

În mod normal, veniturile din profit pentru activitățile desfășurate în condiții de monopol ar trebui să fie mai mari decât cele realizate din impozitele incluse în preț

⁹ A se vedea pentru detalii N.G. Leon, *Elemente de știință financiară*, vol. II, p. 108 și urm.

¹⁰ I. Văcărel, F. Bercea și colaboratori, *Finanțe publice*, ed. a III-a, p. 424; C. Popa și A. Fanu-Moca, *Drept financiar*, Ed. Lumina Lex, 2003, p. 127.

produselor realizate prin monopolurile statului, afară de cazul în care profitul este rezultatul exclusiv al includerii în prețului de desfacere a produselor unor impozite. Dar în această din urmă situație nu se mai poate vorbi de o activitate economică a statului. Și dacă, în cazul monopolurilor, veniturile statului au două componente: cele din profit și cele din impozite, includerea monopolurilor fiscale exclusiv în categoria impozitelor indirecte este susceptibilă de critică. Incontestabil însă, impozitul pe consumul produselor realizate în condiții de monopol constituie tot un impozit indirect.

Monopolurile sunt incluse adesea și tratate în categoria veniturilor fiscale pentru că acestea se întemeiază tot pe puterea de constrângere a statului. Considerăm și noi că, în cazul taxelor, impozitelor și contribuțiilor, puterea de constrângere se exercită de stat în contra contribuabililor de la care adună, prin măsuri de autoritate, o parte din venitul lor, în vreme ce, în cazul monopolurilor, statul își rezervă, pentru sine, doar un drept, o activitate, un anume tip de comerț de pe urma căruia realizează un alt tip de venit decât cel obținut prin impunere¹¹.

Sensul cel mai larg al noțiunii de „monopol” este acela de drept exclusiv pe care și-l arogă cineva sau care este recunoscut cuiva. Cu un înțeles apropiat, prin monopol se înțelege privilegiul exclusiv, de fapt și de drept, al unei persoane fizice sau persoane juridice, inclusiv a statului, de a fabrica, de a vinde sau de a exploata anumite bunuri sau servicii, dominația într-una sau mai multe ramuri economice¹².

În înțelesul reglementărilor legislative române, care nu este străin de cele enunțate mai înainte, prin monopol se înțelege o întreprindere mare sau o uniune de întreprinderi care concentrează în mâna lor producția și desfacerea unor produse importante, cu scopul stabilirii unor prețuri mari și al obținerii unor profituri ridicate. O întreprindere are monopol într-un domeniu atunci când este singura care produce un bun sau prestează un serviciu și trebuie să satisfacă întreaga cerere pentru acesta. În sensul menționat, pentru a fi monopol, întreprinderea trebuie să nu fie concurată de producătorii (vânzătorii) ori prestatorii străini sau naționali, iar serviciul sau produsul realizat să nu poată fi substituite cu altele cel puțin pentru un timp.

Situația de monopol este apreciată întotdeauna în funcție de condițiile de loc și de timp. Anumite tipuri de monopol nu pot să dureze decât dacă, dintr-un motiv sau altul, celelalte întreprinderi sunt împiedicate să intre pe piață.

Monopolul acționează pe piață folosindu-se de avantajele pe care le are, fapt care-i permite să stabilească atât cantitatea oferită, cât și prețul unitar pentru produsele sau serviciile oferite. Sensul major al existenței monopolului îl reprezintă maximizarea profitului în condițiile date. Ca urmare, punctul de pornire într-o asemenea acțiune îl constituie faptul că, de la început, cererea față de firma monopol se confundă cu cererea pieței. Monopolul va stabili un raport cantitate-preț care să-i asigure profitul maxim. Dacă monopolul își va mări oferta, prețul se va diminua, dat fiind faptul că cererea este descrescătoare.

Dat fiind modul de a funcționa, scopul urmărit și influențele pe care le are asupra vieții economico-sociale, monopolul este inevitabil urmat de creșterea prețului sau tarifului de vânzare, de scăderea producției, de formarea unor supraprofiteri durabile, nejustificate din punct de vedere economic, de scăderea gradului de satisfacere a cererii. Monopolul este

¹¹ I. Văcărel și colectiv, *op. cit.*, p. 424; V. Roș, *op. cit.*, p. 209 și urm.

¹² V. Roș, *op. cit.*, p. 211.

considerat nociv și pentru că are ca efect o situație suboptimală de funcționare a economiei. Cu toate acestea, uneori, monopolul este considerat ca fiind un mod de existență a economiei mult mai potrivit decât concurența, dat fiind că generează mari modificări tehnice care se concretizează în noi bunuri și metode de producție ce permit, în cele din urmă, scăderea prețului ori a tarifului; inovația presupune desigur un risc, ce este asumat numai dacă există certitudinea unor profituri pe timp îndelungat.

Pentru a contracara efectele negative ale monopolului, s-au pus în funcțiune, prin lege, mecanisme de protecție a concurenței. În funcționarea lor, acestea fac însă distincție între situația de monopol – existența unui singur producător (vânzător) sau prestator pe o piață – și practicile monopoliste, care se concretizează în comportamente cu efecte economico-sociale negative.

Asemenea practici nu decurg în mod automat din situația de monopol și nici nu sunt promovate de toate firmele cu situație de monopol. În schimb, există firme care nu au o situație de monopol, dar promovează practici monopoliste. De aceea, protecția concurenței sancționează numai practicile monopoliste, nu și situația de monopol.

Monopolurile statului sunt întreprinderi și activități în care este exclusă inițiativa privată și care sunt puse sub conducerea administrației publice. Limita în care statul înțelege să excludă particularii din anumite activități este relativă și depinde de concepția dominantă, de concepția guvernanților.

Unele întreprinderi sunt puse sub conducerea administrației publice cu singurul scop de a crea venituri. Acestea sunt considerate manifestări pur fiscale în acele cazuri în care între prețurile stabilite pentru produsele obținute de o astfel de întreprindere și valoarea lor este o diferență însemnată. Diferența dintre valoarea obiectului produs și prețul cu care acesta se pune în vânzare reprezintă impozitul pe care ar trebui să-l plătească consumatorul în cazul în care nu ar exista monopolul.

Sunt însă întreprinderi care alcătuiesc obiectul unui monopol din rațiuni de siguranță și apărare națională, de dezvoltare culturală etc., cum sunt poșta, căile ferate, extracțiunile miniere, valorificarea potențialului apelor etc. Interesul general reclamă ca aceste întreprinderi să fie monopolizate. Ele sunt producătoare de venituri publice numai dacă lucrează cu profit. Dacă acestea lucrează în pierdere, ele aparțin cheltuielilor publice. Întreprinderile din această categorie se deosebesc de întreprinderile private prin aceea că exploatarea lor nu se face pe baza liberei concurențe și că prețurile se fixează prin puterea autorității, la fel ca și în cazul impozitelor.

În cazul întreprinderilor particulare se urmărește un maximum de câștig posibil pe când, în cazul întreprinderilor monopolizate, statul urmărește maximum de utilitate publică. O întreprindere publică, mânăta de considerente de interes general, poate să producă și să desfășoare servicii sau bunuri în preț de cost sau chiar sub acest preț¹³.

Nu de puține ori, monopolurile sunt instituite de stat în scop de reglare, de direcționare a structurii consumului și a activității care asigură acel consum. Monopolurile fiscale propriu-zise sunt instituite de stat asupra producției și/sau vânzării unor produse ca: alcoolul, tutunul, sarea, cărțile de joc ș.a., în virtutea dreptului pe care acesta îl are de a produce și comercializa, în regim de exclusivitate (de monopol), anumite mărfuri. Ele apar ca impozite indirecte incluse de stat în prețurile de vânzare ale produselor realizate în regim de exclusivitate.

¹³ V. Roș, *op. cit.*, p. 210.

Monopoliurile fiscale, în funcție de sfera lor de cuprindere, pot fi depline sau parțiale. Monopoliurile fiscale depline sunt puse în practică de către stat atât asupra producției, cât și asupra comerțului cu ridicata ori cu amănuntul al unor mărfuri. Monopoliurile parțiale sunt reglementate fie numai asupra producției și comerțului cu ridicata, fie numai asupra comerțului cu amănuntul.

În concluzie, în ciuda tuturor acestor surse de formare bugetară, lipsa unor politici fiscale și financiare coerente, colectarea defectuoasă și greoaie a creanțelor fiscale ori a contribuțiilor sociale, deși actualmente presiunea fiscală este suportabilă dacă ne gândim la pseudo cota unică de impozitare de 16%, riscăm să identificăm efecte benefice doar pe hârtie, în estimări și în grafice.

Suprasarcina fiscală este un factor dăunător ambelor subiecte participante la raportul juridic fiscal și financiar public, respectiv contribuabilul și statul. Efectul nedorit dar inevitabil este scăderea gradului de colectare a creanțelor, prin suprasolicitarea eforturilor contribuabilului, acesta din urmă clacând sub povara impunerii sociale îndeosebi, având în vedere cuantumul contribuțiilor la bugetele sociale și costurile sociale ale muncii.

O fiscalitate relativ redusă, ce aparent este avantajoasă și benefică, își va dovedi inutilitatea din cauza nepredictibilității, a reglementării sale într-un număr mare de acte normative, fără metodologii rezultate din practică, lipsită de continuitate și previziune.

În atare situații, veniturile publice și sistemul acestora nu fac decât să complice și mai mult lucrurile, ducând la incertitudinea efectuării plăților de către contribuabili și la incertitudinea realizării încasărilor de către buget.

BIBLIOGRAFIE:

- Constituția României
Codul fiscal al României
Codul de procedură fiscală al României
D.D. Șaguna, *Drept financiar și fiscal*, Ed. All Beck, 2003
N. G. Leon, *Elemente de știință financiară*, vol. I, București, 1996
V. Roș, *Drept financiar. Sistemul bugetar*, Ed. Universul Juridic, București, 2009
M. Șt. Minea, *Dreptul finanțelor publice*, Ed. Accent, București, 2004
C. D. Popa, A. Fanu-Moca, *Drept financiar*, Ed. Lumina Lex, 2003
Văcărel, F. Bercea și colaboratori, *Finanțe publice*, ed. a III-a
M.R. Gandillot, *Essai sur la science de finance*, Paris, Joubert, Libraire-Editeur, 1840
M. Bouvier, M. Ch. Esclassan, J. P. Lassale, *Finances Publiques*, LGDJ, Paris, 1993
Cyrille David, *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité*, L.G.D.J. 2005

SCURTĂ PREZENTARE A LEGII EXECUTĂRII PEDEPSELOR NEPRIVATIVE DE LIBERTATE

Lect. univ. dr. SILVIU GABRIEL BARBU

Facultatea de Drept, Universitatea Transilvania din Braşov

Abstract: În contextul reformei legislative de mare anvergură, declanşată de Ministerul Justiţiei de câţiva ani, se înscrie şi demersul de elaborare şi adoptare a unui proiect de lege de executare a pedepselor neprivative de libertate, o noutate absolută în sistemul de drept din România.

Potrivit art. 1 din proiectul de lege, domeniul de reglementare al acestui nou act normativ îl reprezintă, în esenţă, pedeapsa amenzii, pedepsele accesorii şi complementare, amânarea aplicării pedepsei, suspendarea executării pedepsei şi liberarea condiţionată, măsurile educative neprivative, controlul judiciar, obligaţiile impuse de procuror în cursul urmăririi penale. Din punct de vedere organizatoric, rolul implementării noii legi aparţine mai multor „actori instituţionali”: serviciile de probaţiune subordonate Ministerului Justiţiei, judecătorul delegat cu executarea pedepselor sau măsurilor neprivative de libertate, instituţii din comunitate.

Cuvinte cheie: pedepse principale, accesorii şi complementare, judecător, procuror, probaţiune, persoană condamnată, comunitate locală, reintegrare socială, legalitate, control judiciar

1. Introducere

În pachetul de legi din materie penală promovat recent, prin adoptarea succesivă atât a Codului penal, cât şi Codului de procedura penală, intră şi alte legi care sunt în procedurile constituţionale şi legale de avizare şi adoptare, anume Legea executării pedepselor neprivative de libertate, respective Legea executării pedepselor privative de libertate şi a măsurilor privative de libertate dispuse de organele de urmărire penală.

Lucrarea de faţă examinează succint numai Legea executării pedepselor neprivative de libertate, în scopul de a oferi cititorilor elementele esenţiale, în rezumat, ale acestei noi reglementări. Ca observaţie preliminară, în această materie reglementările principale, care se regăsesc în câteva articole din Legea nr. 275/2006 privind executarea pedepselor şi măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, prin care se completează dispoziţiile cuprinse în Codul penal şi în Codul de procedură penală, nu mai corespund în manieră adecvată noilor realităţi social-juridice.

Iniţial, la momentul intrării lor în vigoare, normele privind regimul de executare a sancţiunilor şi măsurilor neprivative de libertate din legea în vigoare avea o sferă redusă de întindere în Codul penal şi Codul de procedură penală, instituţii că suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei, libertatea supravegheată însoţită de obligaţii impuse minorului, suspendarea sub supraveghere sau sub control aplicabilă minorilor, liberarea provizorie sub control judiciar, sancţiunile aplicabile persoanelor juridice fiind consacrate prin modificări legislative impuse ulterior schimbării regimului politic din decembrie 1989. Cu toate acestea, imaginea dominantă a legislaţiei cadru privind executarea pedepselor şi

celorlalte măsuri procesuale penale din 1990 și până în prezent a rămas centrată pe executarea în regim privativ de libertate, ilustrând o tendință accentuat represivă a autorităților statale române împotriva criminalității, ca reacție la extinderea acestui flagel, individualizarea sancțiunilor de drept penal având o dominantă în perimetrul sancțiunilor privative de libertate¹. [I. Rusu 2011, L. Coraș 2009, C. Rotaru 2006, C. Mitrache 2008].

Reglementarea cadru a executării pedepselor și măsurilor neprivative de libertate, distinctă de cea referitoare la executarea în regim privativ de libertate, s-a conturat, în contextul expus mai sus, ca necesitate legislativă, cu atât mai mult cu cât noile coduri în materie penală extind sfera sancțiunilor și măsurilor comunitare, consacrand măsuri, sancțiuni neprivative de libertate, precum amânarea aplicării pedepsei, munca în folosul comunității, extinzând domeniul măsurilor educative neprivative de libertate etc.

Primul titlu al legii este alocat prevederilor generale, explicarea unor termeni, consacrarea unor principii care guvernează executarea sancțiunilor și măsurilor neprivative de libertate: legalitatea executării, respectarea drepturilor și libertăților fundamentale cu accent pe respectarea principiului demnității umane și a dreptului la viață privată, nediscriminarea etc. Titlul I mai consacră caracterul jurisdicțional al executării, activitatea de punere în executare a sancțiunilor și măsurilor neprivative de libertate fiind plasată, în cea mai mare parte, sub autoritatea judecătorului delegat cu executarea. Astfel, în dispozițiile art. 15-17 este creionat statutul și rolul judecătorului delegat cu executarea, acestuia revenindu-i o mare parte a atribuțiilor decizionale din faza de executare². [S.G. Barbu 2008, C. Ghigheci 2008, I. Chiș 2006].

În art. 1 din proiectul de lege este expus domeniul de reglementare al acestei legi: „reglementează modul și condițiile în care sunt executate:

- a) pedeapsa amenzii;
- b) pedeapsa accesorie;
- c) pedepsele complementare: interzicerea exercitării unor drepturi; degradarea militară; publicarea hotărârii de condamnare; dizolvarea persoanei juridice; suspendarea activității sau a uneia dintre activitățile persoanei juridice; închiderea unor puncte de lucru ale persoanei juridice; interzicerea de a participa la procedurile de achiziții publice; plasarea sub supraveghere judiciară; afișarea sau publicarea hotărârii de condamnare;
- d) amânarea aplicării pedepsei, suspendarea executării pedepsei sub supraveghere și liberarea condiționată;
- e) măsurile educative neprivative de libertate: stagiul de formare civică; supravegherea; consemnarea la sfârșit de săptămână; asistarea zilnică;
- f) obligațiile impuse de instanță în cazul liberării minorului din executarea unei măsuri educative privative de libertate;

¹ A se vedea I. Rusu, *Individualizarea sancțiunilor de drept penal* – curs master, Ed. Universul Juridic, București, 2011; L. Coraș, *Sancțiuni penale alternative la pedeapsa închisorii*, Ed.C.H. Beck, București 2009, C. Rotaru, *Fundamentul pedepsei*, Ed.C.H. Beck, București 2006; C. Mitrache, *Suspendarea executării pedepsei ca formă a probațiunii în dreptul penal român*, Ed. C.H. Beck, București 2008.

² A se vedea, pentru analiza instituției judecătorului delegat pentru executarea pedepselor, S.G. Barbu, Al. Șerban, *Drept execuțional penal*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București 2008, pp. 159-178. C. Ghigheci, M. Vasilescu, *Rolul și locul judecătorului delegat pentru executarea pedepselor privative de libertate*, RDP nr. 4/2008, p. 149. Analize doctrinare au mai realizate și alți autori în această materie, spre exemplu prof. univ. dr. I. Chiș, *Curs Drept execuțional penal*, P. Zidaru, în comentariul făcut legii nr. 275/2006, M. Rusu, C. Sima și alții.

g) măsurile neprivative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal: controlul judiciar; controlul judiciar pe cauțiune;

h) obligațiile impuse de instanță în cazul acordării amânării sau întreruperii executării pedepsei;

i) obligațiile impuse de procuror în cazul dispunerii renunțării la urmărire penală.”

Capitolul al IV-lea din primul titlu stabilește la nivel general modul de implicare a instituțiilor din comunitate în procesul de executare a pedepselor și măsurilor neprivative de libertate. Redactorii legii au avut în vedere că această implicare a comunității să fie un element definitoriu pentru regimul de executare și să reprezinte o garanție a realizării scopului sancțiunilor și măsurilor comunitare. Dispozițiile acestui capitol reglementează, între altele, o procedură de acreditare a persoanelor din comunitate ce urmează a fi implicate în punerea în executare a sancțiunilor și măsurilor neprivative de libertate³.

Titlul II consacră reglementările modului de executare a pedepselor neprivative de libertate și cuprinde distinct prevederi privind executarea pedepsei amenzii, a pedepselor accesorii, executarea pedepselor complementare, având nuanțările și particularitățile specifice pentru sancțiunile penale aplicabile persoanei juridice⁴.

2. Procedura de executare a amenzii

Procedura de executare a amenzii în cazul persoanei fizice în noua reglementare prevede achitarea integrală a amenzii în termen de 3 luni de la rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, după care comunicarea achitării amenzii se face către judecător delegat cu executarea, titularul obligației de a comunica fiind persoana condamnată, în termen de 15 zile de la efectuarea acesteia. Similar cu reglementarea anterioară, în cazul imposibilității achitării integrale a amenzii, se poate dispune eșalonarea plății acesteia în rate lunare pe o perioadă ce nu poate depăși 2 ani. Dispunerea acestei eșalonări se va face de către judecătorul delegat cu executarea, printr-o încheiere nesupusă niciunei căi de atac⁵. [F. Streteanu, R. Chiriță 2007; N. Volonciu 2007].

Procedura în cazul neexecutării pedepsei amenzii reflectă posibilitatea executării acesteia prin prestarea unei munci în folosul comunității (abordare nouă a acestei pedepse cuprinsă în Codul penal), reglând în mod rațional și ipoteza neexecutării amenzii atunci când condamnatul este de buna-credință, însă este în imposibilitate neimputabilă de a executa amendă și de a fi executat silit. Astfel, proiectul cuprinde prevederi distincte referitoare la sesizarea instanței de executare de către judecătorul delegat, după cum neexecutarea amenzii este sau nu imputabilă condamnatului, permițând soluția de obligare a persoanei condamnate la prestarea unei munci neremunerate în folosul comunității, cu condiția criticabilă a acordului acesteia. În cazul în care condamnatul nu își dă acordul pentru prestarea unei munci, sau când neexecutarea amenzii este imputabilă condamnatului, instanța de executare va înlocui amenda cu închisoarea în condițiile art. 64, respectiv art. 63 C. pen.

³ A se vedea expunerea de motive care însoțește proiectul de lege a executării pedepselor neprivative de libertate, elaborat de Direcția de Elaborare Acte Normative din cadrul Ministerului Justiției.

⁴ A se vedea expunerea de motive care însoțește proiectul de lege a executării pedepselor neprivative de libertate, elaborat de Direcția de Elaborare Acte Normative din cadrul Ministerului Justiției; F. Streteanu, R. Chiriță, Răspunderea penală a persoanei juridice, ed.2, Edit.CH Beck, București 2007.

⁵ Pentru comentarii privind reglementarea anterioară a se vedea N. Volonciu, R. Moroșanu, Codul de procedură penală comentat – Art. 415-464. Executarea hotărârilor penale, Edit. Hamangiu, București 2007.

Condiția acordului condamnatului este criticabilă deoarece pune sub semnul îndoielii dreptul suveran al Statului de a aplică sancțiuni persoanelor care încalcă legea penală în maniera de individualizare pe care autoritatea competentă și legal investită apreciază că se impune. Astfel, suntem de părere că o aplicare graduală a sancțiunilor penale, lăsată la aprecierea instanței de judecată, pe baza unei evaluări efectuate de consilierii de probațiune, este mult mai potrivită. Astfel, instanța ar trebui să aibă competența de a dispune, fără vreun acord al condamnatului, obligarea acestuia la munca în folosul comunității, iar în ipoteza în care condamnatul refuză sau nu-și îndeplinește în mod culpabil îndatoririle aferente muncii în folosul comunității, atunci instanța poate dispune înlocuirea cu pedeapsa închisorii. Subiectivismul condamnatului nu ar trebuie să fie element al deciziei judecătorului, iar sancțiunea muncii în folosul comunității ar trebui să fie o etapă obligatorie în cazul încălcărilor mai puțin grave ale legii penale.

Aceste proceduri și raționamente, de asemenea, sunt aplicabile, în mod corespunzător, și în cazul executării amenzii care însoțește pedeapsa închisorii, cu precizarea că, din motive obiective, munca în folosul comunității dispusă pentru executarea pedepsei amenzii se va executa după executarea sau considerarea ca executată a pedepsei închisorii.

Procedura de executare a amenzii pentru persoana juridică, reglementată în Capitolul II, este destul de asemănătoare cu cea aplicabilă în cazul persoanei fizice, cu particularitatea că, în ipoteza neexecutării, singura opțiune este executarea silită, potrivit dispozițiilor Codului de procedură fiscală, munca în folosul comunității fiind exclusă ca sancțiune alternativă pentru persoana juridică.

3. Pedepsele accesorii

Capitolul III este alocat pentru punerea în executare a pedepselor accesorii, iar Capitolul IV reglementează punerea în executare a pedepselor complementare, reglementările fiind distincte, după cum acestea sunt aplicabile persoanei fizice sau persoanei juridice. Astfel, pentru interzicerea dreptului de a fi ales în autoritățile publice sau în orice alte funcții publice, comunicarea se face primăriei de la domiciliul condamnatului sau din localitatea în care își are locuința persoana condamnată⁶.

Proiectul reglementează, în scopul de a îmbina necesitatea reabilitării sociale a persoanei condamnate cu latura umanistă ce trebuie să însoțească executarea unei sancțiuni penale, posibilitatea acordării, de către judecătorul delegat cu executarea, de permisiuni în executarea pedepsei complementare a interzicerii unor drepturi. Reglementarea este relativ similară cu cea din Legea nr. 275/2006 referitoare la regimul juridic al învoirilor acordate persoanelor încarcerate⁷. Judecătorul va putea acorda o permisiune pe o perioadă ce nu poate depăși 5 zile pentru următoarele cazuri: participarea persoanei supravegheate la căsătoria, botezul său înhumarea unui membru de familie, dintre cei prevăzuți la art. 177 din Codul penal nou; participarea la un concurs în vederea ocupării unui loc de muncă; susținerea unui examen ori urmarea unui tratament sau a unei intervenții medicale. Pe parcursul unui an se pot acorda permisiuni de maxim 30 zile pe an. Noua reglementare prevede că cererea se soluționează în camera de consiliu, după ascultarea condamnatului și a consilierului de probațiune. Instanța se pronunță prin încheiere definitivă.

⁶ A se vedea expunerea de motive a proiectului de lege elaborat de Direcția de Elaborare Acte Normative din cadrul Ministerului Justiției.

⁷ Pentru detalii a se vedea S.G. Barbu, Al. Șerban, *Drept execuțional penal*, ed. a II-a, *op. cit.*, pp. 250-254.

Pedeapsa complementară a degradării militare se pune în executare prin trimiterea de către judecătorul delegat al instanței de executare a unei copii de pe dispozitivul hotărârii comandantului unității militare în a cărei evidență este luată persoana condamnată, respectiv Centrului Militar Județean sau Zonal de la domiciliul condamnatului.

Textul de lege alocat punerii în executare a pedepsei complementare a publicării hotărârii de condamnare cuprinde prevederi distincte referitoare la termenele de publicare, identificarea cotidianului național sau local în care se va face publicarea, precum și la obligația judecătorului delegat de sesizare a organului de urmărire penală competent, pentru cercetarea săvârșirii infracțiunii de neexecutare a sancțiunilor penale [art. 228 alin. (1) C. pen.], în cazul în care persoana condamnată nu se conformează la efectuarea plății pentru publicare.

În Secțiunea a II – a din Capitolul IV este reglementată executarea pedepselor complementare aplicabile persoanei juridice. Dispozițiile comune reglementează, cu caracter de noutate în privința răspunderii penale a persoanelor juridice, instituțiile și autoritățile cărora judecătorul delegat al instanței de executare urmează să le transmită copie după dispozitivul hotărârii, în vederea înscrierii de mențiuni referitoare la pedepsele complementare dispuse în registrele specifice. De exemplu, pentru cazul în care persoana juridică respectivă este societate comercială, informarea se va face Oficiului Național al Registrului Comerțului, în vederea înscrierii mențiunii în Registrul comerțului computerizat pentru persoane juridice și persoane fizice, iar pentru cazul în care persoana juridică a fost condamnată pentru săvârșirea unor infracțiuni privind spălarea banilor ori finanțarea actelor de terorism informarea se va face Oficiului Național de Prevenire și Combatere a Spălării Banilor, Băncii Naționale a României, Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare, Comisiei de Supraveghere a Asigurărilor și Comisiei de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private⁸.

Mai sunt detaliate de noile reglementări și alte forme de executare a pedepselor aplicabile persoanei juridice: executarea pedepsei complementare a dizolvării persoanei juridice (implică comunicarea hotărârii de condamnare de către judecătorul delegat cu executarea, persoanei juridice respective, precum și organului care a autorizat înființarea persoanei juridice, respectiv organului care a înregistrat persoana juridică)⁹, executarea pedepsei complementare a suspendării activității sau a uneia dintre activitățile persoanei juridice, respectiv a executării pedepsei complementare a închiderii unor puncte de lucru ale persoanei juridice¹⁰, executarea pedepsei complementare a interzicerii de a participa la procedurile de achiziții publice constă în

⁸ A se vedea expunerea de motive a proiectului de lege elaborat de Direcția de Elaborare Acte Normative din cadrul Ministerului Justiției.

⁹ Dizolvarea urmează a se realiza potrivit prevederilor legale specifice fiecărui tip de persoană juridică supusă acestei măsuri. De la reglementările specifice dizolvării persoanei juridice în funcție de tipul acesteia, prin proiect se propune o derogare comună și importantă – lichidarea va avea loc întotdeauna prin intermediul unui lichidator.

¹⁰ Proiectul propune transmiterea unei copii după dispozitiv organelor de poliție în a căror circumscripție se află persoanele juridice sau punctele de lucru ale acestora față de care au fost dispuse pedepsele complementare respective, pentru verificarea respectării măsurii dispuse.

transmiterea, de către judecătorul delegat, către anumite instituții prevăzute de lege¹¹, executarea pedepsei complementare a plasării sub supraveghere judiciară¹².

Referitor la executarea afișării hotărârii de condamnare, respectiv executarea publicării hotărârii de condamnare, noua lege detaliază termenele în care acestea se execută, obligațiile persoanei juridice condamnate, obligațiile de verificare ce revin organelor de poliție, respectiv judecătorului delegat, precum și modul de sancționare a neexecutării pedepsei – dispunerea suspendării activității sau a uneia dintre activitățile persoanei juridice până la punerea în executare a pedepsei complementare, dar nu mai mult de 3 luni¹³.

4. Modalități de individualizare

Pe fondul lărgirii ariei, în noul Cod penal, a modalităților de individualizare a executării ce implică respectarea unor măsuri de supraveghere și îndeplinirea unor obligații, noua lege consacră Titlul III pentru instituția executării măsurilor de supraveghere și a obligațiilor dispuse de instanță potrivit Codului penal și cuprinde numeroase reglementări cu caracter de noutate.

Astfel, Capitolul I cuprinde o serie de dispoziții generale¹⁴, aplicabile tuturor modalităților de individualizare reglementate. Capitolul II este consacrat executării amânării aplicării pedepsei¹⁵. Rolul central în punerea în executare a acestei modalități juridice revine serviciului de probațiune, sub autoritatea judecătorului delegat cu executarea¹⁶. Capitolul III

¹¹ Se comunică instituțiilor prevăzute la art. 31 și administratorului sistemului electronic de achiziții publice, pentru ca acesta, la rândul său, în aplicarea prevederilor legale specifice, să dispună cele necesare pentru neînregistrarea în sistem a persoanelor supuse acestei măsuri.

¹² Reprezintă o pedeapsă nouă în regimul sancționator aplicabil persoanelor juridice care săvârșesc infracțiuni, constă în desemnarea de către judecătorul delegat a unui mandatar judiciar din rândul practicienilor în insolvență sau experților judiciari. Această calitate de mandatar judiciar este acordată, așadar, prin efectul legii unei persoane ce face parte din corpul practicienilor în insolvență, sau al experților judiciari și care exercită, de regulă, alte atribuții. Atribuțiile mandatului judiciar vor fi limitate la supravegherea activității persoanei juridice, fără intervenție în gestionarea respectivei activități. Totodată, mandatarul judiciar este obligat a sesiza judecătorul delegat în cazul în care persoana juridică îl împiedică să își exercite atribuțiile sau în cazul în care constată că persoana juridică nu a luat măsurile necesare în vederea prevenirii comiterii de noi infracțiuni. În acest ultim caz, instanța poate dispune înlocuirea pedepsei cu cea a suspendării pedepsei persoanei juridice. A se vedea expunerea de motive a proiectului de lege elaborat de Direcția de Elaborare Acte Normative din cadrul Ministerului Justiției.

¹³ A se vedea expunerea de motive a proiectului de lege elaborat de Direcția de Elaborare Acte Normative din cadrul Ministerului Justiției.

¹⁴ Dintre acestea pot fi menționate ca elemente de noutate acordarea de către consilierul de probațiune a unor permisiuni de cel mult 5 zile în executarea obligațiilor prevăzute la art. 85 alin. (2) lit. e) și f), respectiv art. 101 alin. (2) lit. d) și e) C. pen., atunci când persoana supravegheată urmează să participe la căsătoria, botezul sau funeraliile unui membru de familie, dintre cei prevăzuți la art. 177 C. pen., la un concurs în vederea ocupării unui loc de muncă sau să susțină un examen. De asemenea, este reglementată durata și procedura de acordare de către instanță acordul pentru părăsirea țării de către cel supravegheat, potrivit art. 85 alin. (2) lit. i), respectiv art. 93 alin. (2) lit. d) C. pen. A se vedea expunerea de motive a proiectului de lege elaborat de Direcția de Elaborare Acte Normative din cadrul Ministerului Justiției.

¹⁵ Amânarea executării pedepsei este o măsură nou introdusă în legislația penală română.

¹⁶ Proiectul propune în acest context reglementarea modului de supraveghere a îndeplinirii obligațiilor prevăzute de art. 85 C. pen., cu accent pe obligația de a urma un curs de pregătire școlară ori de calificare profesională, de a urma un program de reintegrare socială sau de a presta o activitate neremunerată în folosul comunității. În legătură cu această din urmă obligație, se reglementează în detaliu regimul de executare, stabilindu-se că o zi de muncă înseamnă 2 ore de activitate prestată efectiv dar și că în cazul persoanelor supravegheate care desfășoară o activitate remunerată sau urmează cursuri de învățământ ori de calificare

reglementează suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, cu numeroase trimiteri la normele corespunzătoare din materia amânării. Capitolul IV cuprinde dispoziții referitoare la liberarea condiționată, noua lege aducând o reglementare unitară a monitorizării respectării măsurilor de supraveghere și obligațiilor impuse celui liberat.

5. Executarea măsurilor educative neprivative de libertate

Titlul IV conține dispoziții privind executarea măsurilor educative neprivative de libertate. În sincronizare cu noua reglementare a regimului sancționator al minorilor dată de noul Cod penal, legea de executare a pedepselor neprivative de libertate reprezintă cadrul legislativ adecvat în materia executării măsurilor educative neprivative de libertate, acoperind așadar regimul juridic sancționator aplicabil minorilor din această perspectivă.

Reglementările din acest Titlu sunt structurate în trei capitole: Capitolul I reglementează dispozițiile generale¹⁷, Capitolul II este consacrat punerii în executare a măsurilor educative neprivative de libertate¹⁸, iar Capitolul III reunește dispoziții comune privind executarea măsurilor educative neprivative de libertate¹⁹.

profesională, durata muncii prestate în aceeași zi calendaristică poate fi de maxim 2 ore. La solicitarea persoanei supravegheate, durata muncii prestate poate fi prelungită cu până la 2 ore de muncă. În zilele nelucrătoare sau în cazul persoanelor care nu desfășoară o activitate remunerată ori nu urmează cursuri de învățământ sau de calificare profesională, durata muncii prestate într-o zi calendaristică nu poate depăși 8 ore. De asemenea, ca o măsură de protecție a persoanei supravegheate textul prevede că munca nu se execută în timpul nopții sau în zilele de duminică și în zilele declarate, potrivit legii, sărbători legale decât la solicitarea persoanei și în măsura în care acest lucru este posibil. A se vedea expunerea de motive a proiectului de lege elaborat de Direcția de Elaborare Acte Normative din cadrul Ministerului Justiției.

¹⁷ Sunt astfel reafirmate scopul și coordonatele executării măsurilor educative, subliniindu-se necesitatea adecvării conținutului acestora la vârsta, personalitatea, starea de sănătate, situația familială și socială a minorului dar și necesitatea executării lor ținând seama de interesul superior al copilului. În același timp este delimitat cadrul instituțional al executării, art. 64 alin. (1) stabilind că organizarea, supravegherea și controlul executării măsurilor educative neprivative de libertate se desfășoară sub coordonarea serviciului de probațiune. A se vedea expunerea de motive a proiectului de lege elaborat de Direcția de Elaborare Acte Normative din cadrul Ministerului Justiției.

¹⁸ Cu privire la executarea stagiului de formare civică se prevede că este organizat sub forma unor sesiuni continue sau periodice, derulate pe durata a cel mult 4 luni, având în vedere un număr de 8 ore de formare civică lunar, și include unul sau mai multe module cu caracter teoretic sau aplicativ, adaptate vârstei și personalității minorilor incluși în respectivul stagiului și ținând seama, pe cât posibil, de natura infracțiunii comise. Cursurile de formare civică se vor elabora pe baza Programei-cadru aprobate prin ordin comun de către Ministrul Justiției și Ministrul Educației, Cercetării, Tineretului și Sportului, în conformitate cu Standardele minime de lucru în probațiune pentru instituțiile din comunitate. În privința măsurii supravegherii proiectul propune ca supravegherea și îndrumarea minorului în executarea măsurii educative a supravegherii să fie încredințată părinților minorului, celor care l-au adoptat sau tutorelui, iar în măsura în care aceștia nu pot asigura supravegherea în condiții satisfăcătoare, unei persoane de încredere, de preferință unei rude apropiate, la cererea acesteia. Consemnarea la sfârșit de săptămână se propune a se executa pe durata unor sfârșituri de săptămână consecutive, afară de cazul în care instanța, sau judecătorul delegat cu executarea la propunerea consilierului de probațiune, a dispus altfel. Supravegherea nemijlocită a respectării măsurii revine, de regulă, persoanei majore cu care locuiește minorul ori altei persoane majore desemnate de instanța de judecată. Cu privire la asistarea zilnică proiectul propune ca programul pe care trebuie să-l respecte minorul și activitățile pe care acesta trebuie să le îndeplinească să fie stabilite de comun acord de către consilierul de probațiune și părinți, tutore sau altă persoană în grija căreia se află minorul, cu consultarea acestuia. În acest fel se ține seama de posibilitățile părinților de a se implica în monitorizarea activității zilnice a minorului, având în vedere programul și responsabilitățile sociale și familiale ale acestora, fiind create premisele pentru o colaborare efectivă între ei și consilierul de probațiune în derularea măsurii. În caz de dezacord, programul se stabilește de către judecătorul delegat cu executarea. A se vedea expunerea de motive a proiectului de lege elaborat de Direcția de Elaborare Acte Normative din cadrul Ministerului Justiției.

¹⁹ Sunt reglementate în acest context modul de supraveghere a îndeplinirii obligațiilor impuse minorului în completarea conținutului măsurii educative potrivit art. 121 C. pen., acordarea unor permisiuni cu o durată de cel

6. Executarea măsurilor de siguranță ș.a.

Titlul V din lege este consacrat executării măsurilor de siguranță: în cazul executării măsurilor de siguranță cu caracter medical, legea aduce precizări cu privire la suportarea de la bugetul de stat a costurilor tratamentului medical. În cazul interzicerii ocupării unei funcții sau exercitării unei profesii, judecătorul delegat are obligația de a transmite copie de pe dispozitivul hotărârii persoanei juridice în cadrul căreia persoana exercită acea funcție, profesie, meserie sau activitate precum și, după caz, persoanei juridice care asigură organizarea și coordonarea exercitării profesiei sau activității respective sau inspectoratului județean de poliție în a cărui circumscripție își are domiciliul condamnatul.

Pentru executarea măsurii de siguranță a confiscării speciale sau a confiscării extinse, noua lege reglementează distinct situația și valorificarea bunurilor confiscate, în funcție de natura acestora și de instituțiile în păstrarea cărora se află la momentul dispunerii măsurii. Titlul VI cuprinde dispoziții privind executarea obligațiilor impuse în caz de amânare sau întrerupere a executării pedepsei detențiunii pe viață sau a închisorii.

În Titlul VII sunt cuprinse distinct măsuri de punere în executare a controlului judiciar și a controlului judiciar pe cauțiune, măsuri preventive aplicabile persoanei fizice, respectiv, dispoziții de punere în executare a măsurilor preventive dispuse față de persoana juridică²⁰.

Titlul VIII stabilește modalitatea de executare a obligațiilor dispuse în caz de renunțare la urmărirea penală, instituție potrivit căreia procurorul, în anumite cazuri și condiții, poate renunța la promovarea unor acțiuni penale în cauzele minore, în care nu există un interes public, însă, cu dispunerea unor obligații față de inculpat²¹.

mult 5 zile în îndeplinirea acestor obligații, dar și dispoziții procedurale privind mecanismul de modificare sau încetare a unora dintre obligații sau de prelungire ori înlocuire a măsurii educative potrivit art. 123 C. pen. De asemenea, este înlăturată o lacună existentă în reglementarea actuală, privind supravegherea minorului căsătorit, care, potrivit legii civile dobândește capacitate deplină de exercițiu, dar din punctul de vedere al legii penale rămâne supus regimului sancționator prevăzut pentru minori. Proiectul propune astfel ca supravegherea modului de executare a măsurii educative în acest caz să fie exercitată de către consilierul de probațiune. A se vedea expunerea de motive a proiectului de lege elaborat de Direcția de Elaborare Acte Normative din cadrul Ministerului Justiției.

²⁰ Aceste prevederi identifică, în esență, instituțiile însărcinate să pună în executare sau să supravegheze îndeplinirea obligațiilor dispuse față de persoana condamnată, de exemplu organul de poliție, instituția sanitară sau banca, în cazul obligațiilor impuse persoanei fizice, respectiv Oficiului Național al Registrului Comerțului sau Ministerul Justiției în cazul persoanelor juridice condamnate. Este, de asemenea, reglementată situația constatării și sesizării nerespectării măsurilor preventive luate față de persoana condamnată, cu precizarea faptului că, în cazul persoanei juridice, efectuarea de către aceasta a unor operațiuni cu încălcarea măsurii preventive dispuse atrage nulitatea absolută a actelor juridice încheiate.

²¹ Referitor la executarea obligațiilor legate de repararea prejudiciului cauzat prin infracțiune, persoana față de care s-a renunțat la urmărirea penală trebuie ca, în termen de 6 luni de la comunicarea ordonanței să facă dovada îndeplinirii acestora. Dacă inculpatul și partea civilă nu ajung la un acord cu privire la cuantumul despăgubirilor datorate sau la modalitatea de reparare a prejudiciului, părțile se pot adresa instanței civile, această ipoteză nefiind un motiv pentru dispunerea revocării renunțării la urmărirea penală. Revocarea ordonanței prin care s-a dispus renunțarea la urmărirea penală nu se poate face nici în situația în care persoana față de care s-a dispus renunțarea dovedește că nu dispune de mijloacele necesare reparării integrale a prejudiciului, dar a reparat o parte din acesta, corespunzător posibilităților sale. Cât privește executarea obligației de a cere public scuze persoanei vătămate, aceasta se va realiza fie prin folosirea unor mijloace de comunicare în masă, fie în mod direct, cu condiția să fie de față două sau mai multe persoane în afară de inculpat și persoana vătămată, în prezența unui reprezentant al poliției.

Cu privire la prestarea muncii neremunerată în folosul comunității, spre deosebire de executarea acesteia ca modalitate de executare a pedepsei amenzii sau ca obligație dispusă în cadrul altor instituții reglementate în prezentul proiect, executarea ca urmare a dispoziției procurorului în cazul renunțării la urmărirea penală, urmează

Concluzii

Noua lege aduce reglementări moderne, chiar revoluționare în mai multe privințe, construind o reglementare coerentă pentru executarea pedepselor neprivative de libertate și a măsurilor procesuale dispuse în faza de urmărire penală, construind pentru practicienii dreptului penal un instrument juridic eficient și clar delimitat față de sistemul clasic de executare a pedepselor în regim privativ de libertate.

REFERINȚE

- S.G. Barbu, Al. Șerban, *Drept execuțional penal*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, pp. 159-178
- L. Coraș, *Sancțiuni penale alternative la pedeapsa închisorii*, Ed. C.H. Beck, București, 2009
- C. Ghigheci, M. Vasilescu, *Rolul și locul judecătorului delegat pentru executarea pedepselor privative de libertate*, RDP nr. 4/2008, 2008, p. 149
- C. Mitrache, *Suspendarea executării pedepsei ca formă a probațiunii în dreptul penal român*, Ed. C.H. Beck, București, 2008
- C. Rotaru, *Fundamentul pedepsei*, Ed. C.H. Beck, București, 2006
- I. Rusu, *Individualizarea sancțiunilor de drept penal – curs master*, Ed. Universul Juridic, București, 2011
- F. Streteanu, R. Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007
- N. Volonciu, R. Moroșanu, *Codul de procedură penală comentat – Art. 415-464. Executarea hotărârilor penale*, Ed. Hamangiu, București, 2007

a fi îndrumată și verificată de către organul de poliție în circumscripția căruia se afla instituția unde se va presta munca. În sfârșit, în ceea ce privește frecventarea unui program de consiliere, persoana față de care s-a renunțat la urmărire penală este obligată ca în termenul stabilit de procuror să identifice și să urmeze pe cheltuială proprie un program de consiliere indicat de procuror, oferit de o instituție din comunitate abilitată. A se vedea expunerea de motive a proiectului de lege elaborat de Direcția de Elaborare Acte Normative din cadrul Ministerului Justiției.

SPĂLAREA BANILOR. TENDINȚE ÎN CE PRIVEȘTE FORMELE DE MANIFESTARE ȘI INCRIMINAREA FENOMENULUI

Lect. univ. dr. GHEORGHE-IULIAN IONIȚĂ
Universitatea Româno-Americană București

Abstract: Autorul evidențiază tendințele fenomenului de spălare a banilor în România, precum și eforturile depuse la nivel internațional, regional și național, cu particularitățile proprii fiecărei reglementări, pentru combaterea acestui flagel.

Keywords: spălare bani, forme de manifestare, incriminare

1. Aspecte privind spălarea banilor ca fenomen antisocial

1.1. Noțiune și etape

Spălarea banilor este o expresie tipic americană utilizată inițial în structurile crimei organizate pentru a desemna reinvestirea în afaceri licite a banilor obținuți din afaceri ilicite, utilizând în același scop complicate circuite financiare interne și internaționale¹.

În ciuda „imaginației” spălătorilor și varietății metodelor folosite, procesul de spălare a banilor se realizează în trei etape: plasarea, spălarea și integrarea².

În cauzistica înregistrată, aceste etape pot apărea distinct, dar se pot și suprapune, în funcție de oportunitățile de spălare disponibile și de cerințele individului sau grupului de criminalitate organizată care le desfășoară³.

1.2. Repere privind situația în România

Potrivit Oficiului Național pentru Prevenirea și Combaterea Spălării Banilor (ONPCSB)⁴, anul trecut (anul 2011),

- principala infracțiune generatoare de bani murdari a fost evaziunea fiscală (79% din cazuri), urmată de înșelăciune (14% din cazuri), infracțiunile prevăzute în Legea nr. 31/1990 (3% din cazuri), infracțiunile prevăzute în Codul vamal (2% din cazuri) și altele (2% din cazuri);

- suma rezultată din sesizările analizate și transmise Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție a fost de cca. 460 mil. euro;

- numărul persoanelor fizice suspecte a fi implicate a fost de 780, din care aproape jumătate (48,72%) sunt cetățeni români;

¹ I.E. Sandu, F. Sandu, G.-I. Ioniță, *Criminologie*, Ed. Sylvi, București, 2001, p. 317.

² G.-I. Ioniță, *Money laundering on the background of the financial crisis – A Romanian reality*, Romanian Economic and Business Review, vol. 5, nr. 2, 2010, pp. 91-94.

³ Idem.

⁴ Oficiul Național de Prevenire și Combatere a Spălării Banilor, *Raport de activitate anual. 2011*, p. 12, disponibil la <http://www.onpcsb.ro/pdf/RAPORT%20FINAL%2007%20MARTIE%202012%20web.pdf>.

- domeniile de activitate cele mai vulnerabile sunt (în ordine descrescătoare din punct de vedere al importanței) comerțul interior (60% din cazuri), comerțul exterior/intracomunitar (13% din cazuri), imobiliar (8% din cazuri), servicii (8% din cazuri), investiții (5% din cazuri), financiar (2% din cazuri); bancar (2% din cazuri).

Potrivit aceleași surse (ONPCSB)⁵ și în aceeași perioadă supusă analizei (anul 2011), au fost identificate câteva *tipologii de spălare a banilor* pe care le vom prezenta în continuare.

A. Spălarea banilor prin intermediul faptelor de comerț – conturile unor societăți de tip fantomă, ale căror beneficiari reali nu sunt cunoscuți, sunt folosite doar în scopul ascunderii originii ilicite a unor fonduri și „mutării unor valori” sub justificarea unor tranzacții

Această tipologie prezintă următoarele *particularități*:

- funcționează indiferent de modul de dobândire a produsului infracțional (numerar sau plasat deja în sistemul financiar), dar prezintă riscuri mai mici de identificare pentru făptuitor dacă produsul infracțional este deja plasat în sistemul financiar;

- funcționează indiferent de tipul de infracțiune predicat;

- posibilitatea de descoperire există doar atunci când se realizează o analiză de ansamblu întrucât fiecare nod din rețea prezintă doar elemente individuale de evaziune fiscală însă mobilul acestor fapte nu constă în îmbogățirea prin sustragerea de la plata taxelor și impozitelor ci în stratificarea unor sume de bani pentru ca ulterior acestea să fie disponibile pentru autorul infracțiunii predicat;

- o asemenea schemă de spălare a banilor este pusă la dispoziție sub de serviciu financiar, de către persoane care nu au legătură cu infracțiunea din care provin fondurile ilicite.

A.1. Circuitele de tip suveică

Această subtipologie prezintă următoarele *particularități*:

- persoanele care generează o asemenea schemă de spălare a banilor sun participanți la infracțiunea din care provin fondurile ilicite;

- societățile folosite în circuit pot fi atât societăți fantomă cât și societăți viabile.

B. Retrageri masive de numerar din conturile unor societăți înființate special pentru plasarea, respectiv stratificarea fondurilor ilicite obținute din evaziune fiscală

Această tipologie prezintă următoarele *particularități*:

- produsul infracțional este disponibil în interiorul sistemului financiar;

- persoanele care efectuează retragerile de numerar au calitatea de împuterniciți pe conturile mai multor societăți dar nu au calitatea de participanți la infracțiunea din care provin fondurile ilicite;

- o asemenea schemă de spălare a banilor nu are ca scop evaziunea fiscală, delapidarea ori gestiunea frauduloasă, sau folosirea cu rea-credință a creditului societății, ci oferirea, în schimbul unui comision, de „servicii financiare” prin care fonduri ilicite sunt puse la dispoziție, în numerar, autorului infracțiunii predicat sau persoanelor desemnate de acesta;

⁵ Ibidem, pp. 51-58.

- această schemă de spălare a banilor se bazează pe abuzul de prevederile legislației privind disciplina financiară, respectiv art. 5 alin. (2) lit. b) din O.G. nr. 15/1996⁶ privind întărirea disciplinei financiar-valutare.

C. Depunerea în numerar, în conturile unor societăți viabile, a unor fonduri cu origine ilicită, cu justificarea împrumut/creditare firmă etc., urmată de transferul sumelor în conturile altor societăți și, în final, retragerea lor, în numerar, cu justificarea restituire împrumut/creditare

Această tipologie prezintă următoarele *particularități*:

- disponibilitatea în numerar a produsului infracțional;
- o asemenea schemă de spălare a banilor este utilizată, cu precădere, de persoanele care au săvârșit și infracțiunea premisă și care dețin calitatea de asociat la o societate;
- societățile folosite sunt viabile, desfășurând o activitate care permite ascunderea, în volumul general de tranzacționare specific obiectului de activitate, a acestor depuneri;
- există posibilitatea combinării cu circuitele de tip suveică.

D. Stratificarea unor fonduri de origine ilicită prin conturile mai multor societăți (fantomă sau viabile) urmată de externalizarea sumelor (în final) către jurisdicții off-shore (de regulă)

Această tipologie prezintă următoarele *particularități* (asemănătoare cu prima tipologie):

- funcționează indiferent de modul de dobândire a produsului infracțional (numerar sau plasat deja în sistemul financiar);
- funcționează indiferent de tipul de infracțiune predicat;
- posibilitatea de descoperire există doar atunci când se realizează o analiză de ansamblu întrucât fiecare nod din rețea prezintă doar elemente individuale de evaziune fiscală însă mobilul acestor fapte nu constă în îmbogățirea prin sustragerea de la plata taxelor și impozitelor ci în stratificarea unor sume de bani pentru ca ulterior acestea să fie disponibile pentru autorul infracțiunii predicat;
- o asemenea schemă de spălare a banilor este pusă la dispoziție sub de serviciu financiar, de către persoane care nu au legătură cu infracțiunea din care provin fondurile ilicite, cât și de participanții la infracțiunea generatoare de fonduri ilicite.

E. Externalizarea unor fonduri de origine ilicită către conturi deschise la instituții financiare din jurisdicții off-shore (în general), urmată de reintegrarea acestora în sistemul financiar românesc, dar în contul altor persoane fizice ori juridice

Această tipologie prezintă următoarele *particularități*:

- produsul infracțional este plasat deja în sistemul financiar;
- o asemenea schemă de spălare a banilor presupune cunoștințe financiare de nivel superior precum și o investiție inițială care constă în comisioanele percepute pentru deschiderea și operarea conturilor off-shore;
- această schemă de spălare a banilor poate fi folosită pentru orice justificare a transferurilor efectuate.

⁶ O.G. nr. 15/1996 publicată în M. Of. nr. 24 din 31 ianuarie 1996.

F. Folosirea conturilor unor societăți rezidente pentru stratificarea unor fonduri ilicite rezultate din infracțiuni premisă săvârșite în exteriorul României

Această tipologie prezintă următoarele *particularități* (asemănătoare cu ale celei precedente):

- produsul infracțional este plasat deja în sistemul financiar;
- o asemenea schemă de spălare a banilor poate fi folosită pentru orice justificare a transferurilor efectuate.

G. Supraevaluarea, în cadrul unor tranzacții, a obiectului tranzacționat (imobile, valori mobiliare, obiecte prețioase etc.), parte din sau întreg prețul plătit în contrapartidă reprezentând, în fapt, fonduri de origine ilicită

Această tipologie prezintă următoarele *particularități*:

- produsul infracțional este plasat deja în sistemul financiar, când operațiunea este derulată de persoane juridice, și disponibil în numerar, când operațiunea este desfășurată de persoane fizice;
- presupune complicitatea unui notar, în situația în care obiectul este un bun imobil;
- o asemenea schemă de spălare a banilor este aplicabilă atunci când se încearcă transferul de valoare ilicită și se folosește în combinație cu alte scheme (de regulă).

H. Transferul unor fonduri ilicite, prin intermediul sistemelor de transfer rapid de bani, efectuate de persoane care, aparent, nu au nicio legătură între ele, și al căror profil financiar nu justifică cuantumul sumei transferate

Această tipologie prezintă următoarele *particularități*:

- se abuzează de detaliile sumare solicitate de prestatorii de servicii, în legătură cu ordonatorul și obiectul tranzacției;
- o asemenea schemă de spălare a banilor este folosită (de regulă) de persoanele implicate în săvârșirea unor infracțiuni judiciare ori de criminalitate organizată, mai puțin în comiterea infracțiunilor economice.

1.3. Un caz de spălare de bani care zguduie lumea bancară

Potrivit unui comunicat al Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism⁷, procurorii acestei direcții, mai exact cei din cadrul Serviciului Teritorial București și Biroul Teritorial Călărași, împreună cu ofițeri de poliție judiciară din cadrul BCCO București, au procedat la destructurarea unui grup infracțional organizat, constituit din 48 de persoane, specializat în săvârșirea infracțiunilor de înșelăciune cu consecințe deosebit de grave și spălarea banilor.

În fapt, se reține că, în perioada 2010-2012, membrii grupului infracțional organizat, sub coordonarea liderului R.D., au realizat beneficii financiare substanțiale prin săvârșirea de fraude bancare, respectiv obținerea sau încercarea de a obține un număr de 40 de credite de la 16 unități bancare de pe teritoriul României, prin utilizarea unor documente falsificate.

Se mai reține că învinuiții au obținut, în mod ilegal, de la Ministerul Economiei, Comerțului și Mediului de Afaceri, în baza unor documente falsificate, finanțarea unor

⁷ DIICOT, *Comunicat de presă 01.11.2012*, disponibil la <http://www.diicot.ro/index.php/arhiva/760-comunicat-de-presa-01-11-2012>.

proiecte de achiziții utilaje, prin intermediul unor societăți comerciale controlate de către liderii grupării.

Activitatea infracțională a fost sprijinită de către învinuții Ș.A., având calitatea de director al Fondului National de Garantare a Creditelor pentru I.M.M.-uri, C.-D.A.C., vicepreședinte al unei unități bancare, M.G., R.C.I. și A.A., angajați în cadrul Ministerului Economiei, Comerțului și Mediului de Afaceri și D.F.D.

Valoarea totală a prejudiciului cauzat prin activitatea infracțională este estimată la suma de 22 milioane de Euro.

2. Incriminarea spălării banilor

2.1. Reglementări internaționale

A. Convenția Națiunilor Unite împotriva criminalității transnaționale organizate

Convenția Națiunilor Unite împotriva criminalității transnaționale organizate a fost adoptată la New York, în anul 2000⁸. Această convenție a fost însoțită de trei protocoale, respectiv Protocolul privind prevenirea, reprimarea și pedepsirea traficului de persoane, în special al femeilor și copiilor, Protocolul împotriva traficului ilegal de migranți pe calea terestră, a aerului și pe mare și Protocolul împotriva fabricării și traficului ilicit de arme de foc, piese și componente ale acestora, și muniție⁹.

În *art. 6 alin. (1)* se prevede incriminarea *spălării produsului infracțiunii*¹⁰, în acest sens, fiecare stat parte adoptă, conform principiilor fundamentale ale dreptului său intern, măsurile legislative și alte măsuri necesare pentru a atribui caracterul de infracțiune, când actul a fost săvârșit cu intenție:

a) (i) schimbării sau transferului de bunuri despre care cel care le desfășoară știe că sunt produsul infracțiunii, în scopul de a ascunde ori de a deghiza originea ilicită a bunurilor respective sau de a ajuta orice persoană care este implicată în săvârșirea infracțiunii principale să se sustragă consecințelor juridice ale actelor sale;

(ii) disimulării sau deghizării naturii veritabile, a originii, a amplasării, a dispunerii, a schimbării ori a proprietății de bunuri sau a altor drepturi referitoare la acestea al căror autor știe că sunt produsul infracțiunii;

b) și, sub rezerva conceptelor fundamentale ale sistemului său juridic:

(i) achiziției, deținerii sau utilizării de bunuri despre care cel care le achiziționează, le deține ori le utilizează știe, în momentul în care le primește, că sunt produsul infracțiunii;

⁸ Convenția Națiunilor Unite împotriva criminalității transnaționale organizate, Protocolul privind prevenirea, reprimarea și pedepsirea traficului de persoane, în special al femeilor și copiilor, adițional la Convenția Națiunilor Unite împotriva criminalității transnaționale organizate, precum și Protocolul împotriva traficului ilegal de migranți pe calea terestră, a aerului și pe mare, adițional la Convenția Națiunilor Unite împotriva criminalității transnaționale organizate, adoptate la New York la 15 noiembrie 2000 au fost ratificate prin Legea nr. 565/2002 publicată în M. Of. nr. 813 din 8 noiembrie 2002 (textele sunt redactate așa cum sunt prezentate în lege; prezintă deficiențe din punct de vedere al acurateței traducerii textului original).

⁹ UN, *UN Conention against Transnational Organized Crime and the Protocol Thereto*, disponibil la <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/>.

¹⁰ Potrivit *art. 2 lit. e)*, expresia *produs al crimei* se referă la orice bun care provine direct sau indirect din săvârșirea unei infracțiuni ori care este obținut direct sau indirect prin săvârșirea ei; potrivit *lit. d)* a aceluiași articol, termenul *bunuri* înseamnă orice fel de bunuri, corporale sau incorporale, mobile ori imobile, tangibile sau intangibile, precum și actele juridice ori documentele care atestă proprietatea asupra acestor bunuri sau alte drepturi referitoare la ele.

(ii) participării la una dintre infracțiunile prevăzute conform prezentului articol sau la orice altă asociere, înțelegere, tentativă ori complicitate prin furnizarea de asistență, ajutor sau sfaturi în vederea săvârșirii ei.

2.2. Reglementări regionale

A. Convenția europeană privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii

Convenția europeană privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii a fost încheiată la Strasbourg, în anul 1990¹¹.

În *art. 6* sunt prevăzute dispoziții privind *infracțiunile de spălare a banilor*.

Potrivit *alin. (1)* al acestui articol,

Fiecare parte adoptă măsurile legislative și măsurile care se dovedesc necesare pentru a conferi caracterul de infracțiune, conform dreptului său intern, următoarelor fapte, atunci când sunt comise cu intenție:

a) transformarea sau transferul bunurilor de către o persoană care cunoaște că aceste bunuri constituie produse¹², în scopul de a disimula sau a ascunde originea ilicită a acestor bunuri ori de a ajuta orice persoană care este implicată în comiterea infracțiunii principale să se sustragă de la consecințele juridice ale faptelor sale;

b) disimularea sau ascunderea naturii, originii, amplasării, dispunerii, mișcării ori a proprietății reale a bunurilor sau a drepturilor relative la acestea, despre care autorul știe că aceste bunuri constituie produse;

și, sub rezerva principiilor sale constituționale și a conceptelor fundamentale ale sistemului său juridic:

c) achiziționarea, deținerea sau folosirea bunurilor despre care cel care le achiziționează, le deține sau le folosește știe, în momentul dobândirii lor, ca acestea constituie produse;

d) participarea la una dintre infracțiunile stabilite conform prezentului articol sau la orice formă de asociere, înțelegere, orice tentativă ori complicitate prin oferirea unei asistențe, unui ajutor sau sfaturi în vederea comiterii sale.

Potrivit *alin. (3)* al acestui articol,

Fiecare parte poate să adopte măsurile pe care le consideră necesare pentru a conferi, în baza dreptului său intern, caracterul de infracțiune tuturor sau unei părți din faptele prevăzute la *alin. (1)* în unul sau în toate cazurile următoare, când autorul:

a) trebuia să prezume că bunul constituie un produs al infracțiunii;

b) a acționat în scop lucrativ (profitabil);

c) a acționat pentru a facilita continuarea unei activități infracționale.

¹¹ Convenția europeană privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii a fost ratificată prin Legea nr. 263/2002 publicată în M. Of. nr. 353 din 28 mai 2002 (textele sunt redactate așa cum sunt prezentate în lege; prezintă deficiențe din punct de vedere al acurateții traducerii textului original).

¹² Potrivit *art. 1 lit. a)*, expresia *produs* desemnează orice avantaj economic obținut din infracțiune. Acest avantaj poate consta în orice bun, astfel cum este definit la *lit. b)* a prezentului articol; potrivit *lit. b)* la care face referire *lit. a)*, *bun* înseamnă un bun de orice natură, corporal sau necorporal, mobil sau imobil, precum și actele juridice sau documentele atestând un titlu sau un drept cu privire la un bun.

B. Convenția Consiliului Europei privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii și finanțarea terorismului

Convenția Consiliului Europei privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii și finanțarea terorismului a fost adoptată la Varșovia, în anul 2005¹³; este prima reglementare internațională care acoperă atât prevenirea și controlul spălării banilor, cât și finanțarea terorismului.

În *art. 9* sunt prevăzute dispoziții privind *infracțiunile de spălare a banilor*.

Potrivit *alin. (1)* al acestui articol,

Fiecare parte adoptă măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a conferi caracterul de infracțiune, conform dreptului său intern, atunci când sunt comise cu intenție, următoarelor fapte:

a) transformarea sau transferul bunurilor, cunoscând că aceste bunuri constituie produse¹⁴, în scopul de a disimula sau a ascunde originea ilicită a acestor bunuri ori de a ajuta orice persoană implicată în comiterea unei infracțiuni predicat să se sustragă de la consecințele juridice ale faptelor sale;

b) disimularea sau ascunderea naturii, originii, amplasării, dispunerii, circulației ori a proprietății reale a bunurilor sau a drepturilor relative la acestea, despre care autorul știe că acestea constituie produse;

și, sub rezerva principiilor sale constituționale și a conceptelor fundamentale ale sistemului său juridic:

c) achiziționarea, deținerea sau folosirea bunurilor despre care cel care le achiziționează, le deține sau le folosește știe, în momentul dobândirii lor, că acestea constituie produse;

d) participarea, asocierea, conspirarea pentru a comite una dintre infracțiunile prevăzute în prezentul articol, precum și tentativa, complicitatea, instigarea, facilitarea și consilierea privind comiterea oricăreia dintre infracțiunile specificate în prezentul articol.

Potrivit *alin. (3)* al acestui articol,

Fiecare parte poate adopta măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a conferi, în baza dreptului său intern, caracterul de infracțiune tuturor sau unora dintre faptele prevăzute la paragraful 1, în unul sau în ambele cazuri prezentate mai jos, când infractorul:

a) a suspectat faptul că bunurile reprezentau produse;

b) trebuia să presupună că bunurile constituiau produse.

*C. Directiva 2005/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 octombrie 2005 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor și finanțării terorismului*¹⁵

¹³ Convenția Consiliului Europei privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii și finanțarea terorismului a fost ratificată prin Legea nr. 968/2006 publicată în M. Of. nr. 968 din 4 decembrie 2006 (textele sunt redactate așa cum sunt prezentate în lege; prezintă deficiențe din punct de vedere al acurateții traducerii textului original).

¹⁴ Potrivit **art. 1 lit. a)**, *produs* se referă la orice avantaj economic, derivat din sau obținut, direct ori indirect, din infracțiuni. Acesta poate consta în orice bun astfel cum este definit la subparagraful b); potrivit **lit. b)**, la care face referire lit. a), *bun* înseamnă un bun de orice natură, corporal sau necorporal, mobil ori imobil, precum și acte juridice sau documentele atestând un titlu ori un drept cu privire la un bun.

¹⁵ Directiva 2005/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 octombrie 2005 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor și finanțării terorismului, publicată în JO L 309, p. 15, 25 noiembrie 2005, disponibil la <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417758:cs&lang=ro&list=>

În *art. 1 alin. (2)* din această directivă, sunt enumerate comportamentele care sunt considerate (în sensul directivei) spălare a banilor (atunci când sunt comise intenționat), respectiv:

(a) conversia sau transferul de bunuri, cunoscând că acele bunuri provin dintr-o activitate infracțională sau dintr-un act de participare la astfel de activități, cu scopul ascunderii sau disimulării originii ilicite a bunurilor sau al sprijinirii oricărei persoane implicate în comiterea activităților respective pentru a se sustrage consecințelor legale ale acțiunilor sale;

(b) ascunderea sau disimularea naturii, sursei, localizării, utilizării, circulației, a drepturilor aferente sau a dreptului de proprietate reale, cunoscând că acestea provin dintr-o activitate infracțională sau dintr-un act de participare la astfel de activități;

(c) achiziția, deținerea sau utilizarea de bunuri, cunoscând, la data primirii lor, că acestea provin dintr-o activitate infracțională sau dintr-un act de participare la astfel de activități;

(d) participarea, asocierea în vederea comiterii, tentativele de comitere și sprijinirea, incitarea, facilitarea și consilierea pentru comiterea oricăreia dintre acțiunile menționate la literalele anterioare.

Potrivit *art. 1 alin. (3)* al aceleiași directive, se consideră spălare a banilor chiar și situația în care activitățile care au generat bunurile ce urmează a fi spălate au fost derulate pe teritoriul unui alt stat membru sau al unei țări terțe.

2.3. Incriminarea în legislația națională

A. Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism

Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism¹⁶ constituie reglementarea specială în domeniu.

Potrivit *art. 29*, din această lege,

(1) Constituie infracțiunea de spălare a banilor și se pedepsește cu închisoare de la 3 la 12 ani:

a) schimbarea sau transferul de bunuri¹⁷, cunoscând că provin din săvârșirea de infracțiuni, în scopul ascunderii sau al disimulării originii ilicite a acestor bunuri sau în scopul de a ajuta persoana care a săvârșit infracțiunea din care provin bunurile să se sustragă de la urmărire, judecată sau executarea pedepsei;

b) ascunderea sau disimularea adevăratei naturi a provenienței, a situației, a dispoziției, a circulației sau a proprietății bunurilor ori a drepturilor asupra acestora, cunoscând că bunurile provin din săvârșirea de infracțiuni;

433533:cs,425613:cs,417758:cs,&pos=3&page=1&nbl=3&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#te xte (textele sunt redate așa cum sunt prezentate pe site-ul oficial; prezintă deficiențe din punct de vedere al acurateții traducerii textului original).

¹⁶ Legea nr. 656/2002 republicată în M. Of. nr. 702 din 12 octombrie 2012.

¹⁷ Potrivit *art. 2 lit. c)*, în sensul acestei reglementări, prin *bunuri* se înțelege bunurile corporale sau necorporale, mobile ori imobile, precum și actele juridice sau documentele care atestă un titlu ori un drept cu privire la acestea.

c) dobândirea, deținerea sau folosirea de bunuri, cunoscând că acestea provin din săvârșirea de infracțiuni.

(2) Tentativa se pedepsește.

(3) Dacă fapta a fost săvârșită de o persoană juridică, pe lângă pedeapsa amenzii, instanța aplică, după caz, una sau mai multe dintre pedepsele complementare prevăzute la art. 53 alin. (3) lit. a)-c) C. pen.

(4) Cunoașterea, intenția sau scopul ca elemente ale faptelor prevăzute la alin. (1), pot fi deduse din circumstanțele faptice obiective.

*B. Legea pentru punerea în aplicare a Codului penal și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții penale*¹⁸

Art. 121 pct. 1 din această lege modifică fostul art. 23 (art. 29, în urma republicării) din Legea nr. 656/2002, care va avea următorul cuprins:

(1) Constituie infracțiunea de spălare a banilor și se pedepsește cu închisoare de la 3 la 12 ani:

a) schimbarea sau transferul de bunuri, cunoscând că provin din săvârșirea de infracțiuni, în scopul ascunderii sau al disimulării originii ilicite a acestor bunuri sau în scopul de a ajuta persoana care a săvârșit infracțiunea din care provin bunurile să se sustragă de la urmărire, judecată sau executarea pedepsei;

b) ascunderea sau disimularea adevăratei naturi a provenienței, a situării, a dispoziției, a circulației sau a proprietății bunurilor ori a drepturilor asupra acestora, cunoscând că bunurile provin din săvârșirea de infracțiuni;

c) dobândirea, deținerea sau folosirea de bunuri, cunoscând că acestea provin din săvârșirea de infracțiuni.

(2) Fapta prevăzută la alin. (1) lit. c) nu constituie infracțiune atunci când aceasta a fost săvârșită de către autor sau de către un participant la săvârșirea faptei prevăzute de legea penală din care provine bunul.

(3) Tentativa se pedepsește.

(4) Cunoașterea provenienței bunurilor sau scopul urmărit, pot fi deduse din circumstanțele faptice obiective.

(5) Dispozițiile alin. (1)-(4) precedente se aplică indiferent dacă infracțiunea din care provine bunul a fost comisă pe teritoriul României sau în străinătate.

Prin *punctul 2* al acestui articol (art. 121) se introduce un nou articol în Legea nr. 656/2001, respectiv art. 23¹, cu următorul cuprins:

(1) Persoana care a comis infracțiunea prevăzută la art. 23 (art. 29 după republicare), iar în timpul urmăririi penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a autorului sau a altor participanți la săvârșirea acestei infracțiuni beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege.

(2) Reducerea la jumătate a limitelor de pedeapsă prevăzute de art. 23 (art. 29 după republicare) se aplică și persoanei care denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a autorului sau a altor participanți la săvârșirea faptei prevăzute de legea penală din care provine bunul.

¹⁸ La data redactării prezentului articol această lege nu fusese publicată în Monitorul Oficial; pentru realizarea demersului propus, am folosit varianta trimisă spre promulgare.

3. În loc de concluzii

3.1. În ceea ce privește fenomenul spălării banilor

În prezent, fenomenul spălării banilor cunoaște o extindere și o specializare fără precedent iar această stare de fapt reclamă o reacție concertată a autorităților de aplicare a legii în domeniul prevenirii și combaterii spălării banilor.

3.2. În ceea ce privește incriminarea faptelor de spălare a banilor¹⁹

A. Prima grupă de fapte

A.1. Elementul material al acestor fapte

a) se folosesc termeni diferiți în ceea ce privește prima modalitate de realizare, respectiv „schimbarea” (Legea nr. 656), comparativ cu „conversia” (celelalte reglementări);

b) prezintă consecvență a doua modalitate de realizare „transferul”, care se regăsește în toate reglementările supuse analizei.

A.2. Scopul comiterii acestor fapte

a) prezintă consecvență „disimularea”, care se regăsește în toate reglementările supuse analizei;

b) se folosesc termeni diferiți, respectiv

- „ascunderea” (Legea nr. 656), comparativ cu „tăinuirea” (celelalte reglementări);

- „ajutarea” (Convenția 2000, Legea nr. 565), comparativ cu „asistarea” (celelalte reglementări);

- (să se sustragă de la) „urmărire, judecată sau executarea pedepsei” (Legea nr. 656), comparativ cu (să se sustragă de la) „consecințele juridice” ale acțiunilor sale (celelalte reglementări).

B. A doua grupă de fapte

B.1. Elementul material al acestor fapte

a) se folosesc termeni diferiți în ceea ce privește una dintre modalitățile de realizare, respectiv „ascunderea” (Legea nr. 656), comparativ cu „tăinuirea” (celelalte reglementări);

b) prezintă consecvență cealaltă modalitate de realizare, respectiv „disimularea”, care se regăsește în toate reglementările supuse analizei.

B.2. Obiectul disimulării sau ascunderii (tăinuirii)

a) prezintă consecvență „natura”, care se regăsește în toate reglementările supuse analizei (cu o particularizare în cazul Legii nr. 656, în sensul „natură a provenienței”);

b) se folosesc termeni diferiți, respectiv „origine” (Legea nr. 656), comparativ cu „sursă” (celelalte reglementări).

¹⁹ Observațiile făcute se raportează la textul original al reglementărilor (cel în limba engleză), nu cel cuprins în legile de ratificare a acestor reglementări, redat mai sus (așa cum am precizat, traducerea textului original este defectuoasă).

C. A treia grupă de fapte

C.1. Elementul material al acestor fapte

a) prezintă consecvență modalitățile de realizare, respectiv „dobândirea”, „deținerea”, „folosirea” care se regăsește în toate reglementările supuse analizei.

C.2. Momentul cunoașterii provenienței

a) neprecizarea acestui moment (Legea nr. 656);

b) precizarea acestui moment (celelalte reglementări), respectiv al „primirii”.

D. Reflecții

D.1. Se poate constata o oarecare *inconsecvență* a legiuitorului în ceea ce privește conținutul normei de incriminare și a termenilor folosiți, chiar dacă aceștia sunt sinonimi.

D.2. Prin punctul 1 al art. 121 din Legea de punere în aplicare a Codului penal, se modifică parțial alineatul (4) al articolului 29 (după republicare) din Legea nr. 656/2001, în sensul *eliminării posibilității deducerii intenției* din circumstanțele faptice obiective, dar *păstrând posibilitatea deducerii scopului*, din circumstanțele faptice obiective. Această intervenție se impunea întrucât elementul subiectiv (intenția) cât și cerința acestuia (scopul) privesc latura subiectivă a infracțiunii și nu pot fi „deduse” din „circumstanțele faptice obiective” care privesc latura obiectivă a infracțiunii. Și din aceste considerații, tindem să apreciem că se impunea înlăturarea și a posibilității deducerii scopului, din „circumstanțele faptice obiective”.

D.3. Prin punctul 1 al art. 121 din Legea de punere în aplicare a Codului penal, se introduce un nou alineat în articolul 29 (după republicare) din Legea nr. 656/2001, care prevede *neincriminarea* dobândirii, deținerii sau folosirii de bunuri, cunoscând că acestea provin din săvârșirea de infracțiuni, în situația în care acestea au fost săvârșite de către autor sau de către un participant la săvârșirea faptei prevăzute de legea penală din care provine bunul.

D.4. Prin punctul 2 al art. 121 din Legea de punere în aplicare a Codului penal, se introduce un nou articol în Legea nr. 656/2001, respectiv art. 23¹ (art. 29¹ după republicare), care prevede *o cauză de reducere a pedepsei* (la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege) pentru persoana care, în timpul urmăririi penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a autorului sau a altor participanți la săvârșirea infracțiunii de spălare de bani sau a celei din care provine bunul.

BIBLIOGRAFIE

1. DIICOT, *Comunicat de presă 01.11.2012*, disponibil la <http://www.diicot.ro/index.php/arhiva/760-comunicat-de-presa-01-11-2012>

2. Directiva 2005/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 octombrie 2005 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor și finanțării terorismului, publicată în JO L 309, 25.11.2005, p. 15, disponibil la <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417758:cs&lang=ro&list=433533:cs,425613:cs,417758:cs,&pos=3&page=1&nbl=3&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>

3. Ioniță G.-I., *Money laundering on the background of the financial crisis – A Romanian reality*, Romanian Economic and Business Review, vol. 5, nr. 2, 2010, pp. 91-94
4. Legea nr. 263/2002 publicată în M. Of. nr. 353 din 28 mai 2002
5. Legea nr. 565/2002 publicată în M. Of. nr. 813 din 8 noiembrie 2002
6. Legea nr. 656/2002 republicată în M. Of. nr. 702 din 12 octombrie 2012
7. Legea nr. 968/2006 publicată în M. Of. nr. 968 din 4 decembrie 2006
8. Legea nr. 968/2006 publicată în M. Of. nr. 968 din 4 decembrie 2006
9. O.G. nr. 15/1996 publicată în M. Of. nr. 24 din 31 ianuarie 1996
10. Oficiul Național de Prevenire și Combateră a Spălării Banilor, *Raport de activitate anual. 2011*, p. 12, disponibil la <http://www.onpcsb.ro/pdf/RAPORT%20FINAL%2007%20MARTIE%202012%20web.pdf>
11. Sandu I.E., Sandu F., Ioniță G.-I., *Criminologie*, Ed. Sylvi, București, 2001, p. 317
12. UN Conention against Transnational Organized Crime and the Protocol Thereto, disponibil la <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/>

ASPECTE LEGATE DE EVOLUTIA NOTIUNII DE PATRIMONIU IN CONTEXTUL SOCIETATILOR/PROFESIONISTILOR UNIPERSONALI

Avocat **ZAIRA ANDRA BAMBERGER**

Baroul București

Abstract: Patrimoniul persoanei, fie persoană juridică sau persoană fizică este una din cele mai importante instituții ale dreptului privat. Patrimoniul este legat strâns de ideea de bunuri și valoare economică care este un aspect extrem de important al oricărui tip de raport juridic. Începând cu unele din primele referințe la patrimoniu din dreptul francez sau german până la definiția dată de Codul Civil Român în vigoare, am realizat o analiză în scopul detalierii celor mai relevante aspecte ale patrimoniului în relație cu societățile unipersonale ca și cu întreprinzătorii unipersonali așa cum sunt aceștia reglementați de dreptul român. Este de asemenea importantă clarificarea posibilității existenței a doua patrimonii ale persoanei care constituie o societate unipersonală, ale persoanei și al societății și care este relația dintre aceste două patrimonii din punctul de vedere al titularului și al creditorilor acestuia.

O analiză din toate aceste puncte de vedere este necesară pentru a evalua reglementările aplicabile și direcțiile viitoare aplicabile în această materie specifică a dreptului privat.

Cuvinte cheie: patrimoniu, Societăți unipersonale, profesioniști, Codul Civil

Patrimoniul persoanei fizice sau juridice reprezintă noțiunea fundamentală a dreptului privat cu care se operează în această materie dar nu întotdeauna legiuitorul a pus la dispoziția practicienilor dreptului o definiție clară a acestei noțiuni. Cu toate acestea și în ciuda acestor aspecte practice, dată fiind importanța acestei noțiuni în materia dreptului privat, fiecare autor respectabil în această materie a prezentat definiții și teorii cu privire la patrimoniu.

Definirea noțiunii de patrimoniu este strâns legată de noțiunea de bunuri care pot fi evaluate din punct de vedere material și valoarea totală a acestora care reprezintă fără nicio îndoială în sens economic valoarea „persoanei” respective în cadrul raporturilor juridice de drept civil sau drept privat. În acest sens Noul Cod Civil conține o definiție a patrimoniului prin precizarea elementelor acestuia, în sensul că patrimoniu reprezintă „drepturile și datoriile ce pot fi evaluate în bani și aparțin acesteia. (n.n. – persoanei)”¹.

Această formulare a definiției patrimoniului a stârmit unele discuții deoarece s-a renunțat la definiția clasică, tradițională a patrimoniului persoanei, definiție care făcea referire la „bunuri” și s-a considerat că referința la „drepturi” mai ales în această materie ar fi mult mai adecvată din cauza bunurilor necorporale ce sunt sau ar trebui să fie incluse în patrimoniul persoanei, mai ales dacă este vorba de persoana juridică, cum ar fi drepturile de

¹ Art. 31 alin. (1) NCC.

proprietate intelectuală sau alte drepturi evaluabile din punct de vedere economic reflectate de regulă în situațiile financiare ale persoanelor juridice.

Pentru a putea evalua cu adevărat impactul unei astfel de definiții unde se precizează drepturile și nu bunurile titularului patrimoniului, așa cum s-a utilizat în accepțiunea clasică a noțiunii², trebuie amintite anumite repere în evoluția noțiunii de patrimoniu.

Astfel, teoria patrimoniului și a unicității acestuia a fost fundamentată în secolul XIX, în dreptul francez, de către Aubry și Rau³ care au menționat că patrimoniul este o universalitate de drept constând în bunurile și obligațiile aparținând unei singure persoane, distingând-o de universalitățile de fapt care sunt legate de anumite raporturi juridice și care sunt alcătuite doar din bunuri corporale. Patrimoniul ca universalitate de drept sau universalitate juridică este compus, conform teoriei clasice din dreptul francez, atât din bunuri cât și din obligații, adică atât din active cât și din pasive. În doctrina franceză⁴ teoria clasică asupra patrimoniului precizează faptul că din caracteristica de universalitate de drept a patrimoniului rezultă trei consecințe importante și anume (1) activul răspunde de pasiv, cele două fiind legate în mod indisolubil, indiferent de natura datoriei; (2) patrimoniul constituie gajul general al creditorilor persoanei și (3) patrimoniul este supus unei evoluții continue astfel încât acesta reprezintă o „universalitate juridică cu conținut variabil de elemente de activ și pasiv, fungibile și interschimbabile”⁵.

Mai mult, în teoria clasică a patrimoniului, acesta este indisolubil legat de o persoană. În consecință doar o persoană fizică sau juridică poate fi titulara unui patrimoniu și fiecare dintre acestea are doar un patrimoniu al cărui titular este atâta timp cât persoana respectivă există.

Cu toate acestea, teoria clasică a patrimoniului așa cum a fost sintetizată în doctrina franceză și preluată și de doctrina românească chiar de data recentă⁶ nu este la adăpost de anumite inconveniente legate atât de funcțiile practice ale patrimoniului cât și de evoluția relațiilor sociale și a realităților odată cu evoluția sistemelor de drept ce le guvernează.

Astfel, teoria clasică a patrimoniului persoanei nu are în vedere faptul că elementul de unitate al patrimoniului nu este neapărat legat de persoana titulară a acestuia, cât mai mult de fapt destinația pe care această persoană o dă anumitor bunuri, identitatea patrimoniu-persoană presupusă de unicitatea patrimoniului, fiind mult prea rigidă față de evoluția realităților social economice.

Având în vedere toate acestea, spre sfârșitul secolului XX a început să se contureze o „revoluție” în definiția patrimoniului prin apariția teoriei patrimoniului de afecțiune, teorie ce își are originea în dreptul german (*Zeckvermogen*) și cu reverberații în dreptul anglo-saxon (*trusts*). Această teorie a patrimoniului de afecțiune se referă la faptul că patrimoniul este un ansamblu de bunuri afectate unui scop determinat. Esența acestei teorii ține de eliminarea persoanei ca fiind elementul de referință în aprecierea existenței patrimoniului și precizarea scopului ca element determinant al existenței patrimoniului. Această teorie presupune că o persoană poate avea mai multe patrimonii, afectate fiecare unui scop precis (de exemplu patrimoniu profesional care reprezintă un ansamblu de bunuri

² C. Bîrsan, *Drept Civil. Drepturile reale principale*, Ed. All Beck 2001 p. 6.

³ Aubry et Rau, *Cours de droit civil française*, 1917, vol. IX, 1917, cap. 573-576.

⁴ N. Reboul-Maupin, *Droit des biens*, Ed. Dalloz 2008 p. 13.

⁵ Idem.

⁶ C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 7-10.

afectate exercitării sau practicării unei profesii) iar aceste patrimonii afectate unui scop pot face obiectul unor acte juridice translativ de proprietate cu titlu universal prin acte între vii⁷.

Mai mult, față de momentul adoptării Codului civil francez la 1804 care a consacrat teoria unicității patrimoniului și până în prezent, societatea a evoluat în mod fundamental și au apărut elemente noi la care patrimoniul și teoriile legate de acesta trebuiau să răspundă. Astfel, creșterea influenței statului în ceea ce privește drepturile de dispoziție asupra bunurilor în general, creșterea în importanță și valoare economică a bunurilor necorporale în defavoarea bunurilor corporale, creșterea importanței coproprietății sub toate formele acesteia, au dus la necesitatea adaptării și evoluției teoriilor clasice legate de patrimoniu și funcțiile acestuia⁸.

Pentru a surmonta rigiditățile teoriei clasice a patrimoniului unic, în practică au apărut diverse forme de organizare a patrimoniului, mai ales în sfera economică, care conferă mai multă suplețe în formarea, organizarea și transferul patrimoniului. După ce în practică s-au verificat și dezvoltat ca funcționalitate și necesitate astfel de forme alternative de organizare a patrimoniului, teoriile clasice legate de patrimoniu au suferit și acestea modificări, pentru a urmări evoluția sistemului de drept în care acestea evoluau.

Prima mare breșă în sistemul patrimoniului unic este dată de reglementarea expresă și în sistemele de drept continentale – cel german și apoi cel francez – a societății comerciale cu răspundere limitată cu asociat unic, ca modalitate de organizare a întreprinderii care duce la crearea unui nou patrimoniu, cel al persoanei juridice nou înființate de către persoana fizică ori juridică fondatoare, patrimoniu distinct de al acestora și supus unor alte reguli de organizare și funcționare. Patrimoniul unei astfel de societăți comerciale este afectat activității economice respective și poate face obiectul unui transfer odată cu transferul/cesiunea părților sociale emise de respectiva societate. În Franța o astfel de reglementare inovativă a apărut în anul 1985 prin Legea din 11 iulie 1985 în baza căreia a fost permisă înființarea de societăți cu răspundere limitată cu asociat unic (*entreprises unipersonnelles a responsabilite limitee* – EURL) sau a exploatărilor agricole cu răspundere limitată (EARL). În România pentru prima oară a fost reglementată societatea comercială cu răspundere limitată prin Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, care încă de la adoptare a prevăzut posibilitatea înființării unei astfel de societăți comerciale.

O alta figură juridică ce a reprezentat o alternativă la teoria clasică a patrimoniului unic al fiecărei persoane este fundația ce poate fi înființată de o singură persoană, instituție ce reprezintă transpunerea în regimul non comercial a afectării unei părți a patrimoniului unei persoane pentru un scop de interes general sau în beneficiul unei colectivități⁹.

În România, în anul 2008 a fost adoptată O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, act normativ care a consacrat pentru prima oară *expressis verbis* existența patrimoniului de afecțiune, adică a unei mase patrimoniale afectată de un întreprinzător activității sale comerciale¹⁰. Pentru prima oară legiuitorul român a acceptat în

⁷ N. Reboul, *op. cit.*, p. 16.

⁸ P. Malaurie, L. Aynes, *Bunurile*, ed. a III-a, Ed. Defrenois, 2007 pp. 16 și 17.

⁹ O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații, art. 15 alin. (1).

¹⁰ Art. 2 pct. (j) O.U.G. nr. 44/2008.

mod expres posibilitatea ca în mod excepțional patrimoniul aceleiași persoane să nu fie de principiu unic și indivizibil, ci titularul patrimoniului să aibă posibilitatea de a-l afecta, parțial, exercitării unei activități comerciale. În Franța, reglementarea similară datează din 1994 când prin Legea din 11 februarie 1994 s-a consacrat posibilitatea unui antreprenor individual de a-și separa bunurile afectate exercitării profesiei de bunurile sale private. Mai mult, prin Legea nr. 2003-721 din 2003 în Franța s-a introdus posibilitatea ca un antreprenor individual să își declare insesizabilă de către creditorii profesionali a locuinței sale personale, insesizabilitate extinsă în 2008 la toate bunurile funciare construite sau reconstruite neafectate folosinței profesionale¹¹. În acest fel, legiuitorul francez a înțeles să pună la dispoziția antreprenorului un mijloc efectiv prin care patrimoniul de afecțiuni să fie protejat față de creditorii profesionali ai acestuia.

O.U.G. nr. 44/2008, privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, definește *patrimoniul de afecțiuni*, ca fiind totalitatea bunurilor, drepturilor și obligațiilor persoanei fizice autorizate, titularului întreprinderii individuale sau membrilor întreprinderii familiale, afectate scopului exercitării unei activități economice, constituite ca o fracțiune distinctă a patrimoniului și separată de gajul general al creditorilor personali ai acestora [art. 2 lit. (j)]. Aceasta definiție a patrimoniului de afecțiuni, exactă și corectă este lipsită însă de elementul practic prin care aceasta ar putea într-adevăr să funcționeze și anume lelementul de publicitate față de terți a unei astfel de separări, operațiune prin care terții ar fi informați în legătură cu constituirea acestei mase patrimoniale distincte. Publicitatea realizată prin înregistrarea întreprinzătorului sau a întreprinderii familiale în Registrul Comerțului nu se referă la acest tip de relație legată de patrimoniul întreprinzătorului ci se referă mai mult la elementele de identificare, calificare și activități desfășurate de acesta.

Pe de altă parte, această constituire a patrimoniului de afecțiuni – opțională pentru întreprinzător – nu oferă și beneficiul independenței acestei mase patrimoniale, de vreme ce se menține răspunderea subsidiară a persoanei fizice autorizate¹², a persoanei fizice titulară a întreprinderii individuale¹³ și a membrilor întreprinderii familiale¹⁴ pentru obligațiile asumate în aceasta calitate răspundere „în completare, cu întreg patrimoniul”. De asemenea Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței prevede în art. 1 alin. (2) că pot face obiectul acestei legi și persoanele fizice comercianți, acționând individual ori asociațiile familiale care răspund cu întreg patrimoniul acestora, fără a se face distincție între masa patrimonială afectată activității comerciale și restul patrimoniului acestora.

Noțiunea de patrimoniu înregistrează o nouă etapă de evoluție și definire în ultimii ani când în doctrină patrimoniul nu mai este în mod necesar și suficient raportat la bunurile corporale cu valoare economică ale unei persoane și obligațiile acesteia, ci este definit și prin raportare la alte valori care pot fi evaluate din punct de vedere economic și care ies din categoria bunurilor propriu-zise. Aceasta este probabil și justificarea avută în vedere de legiuitorul român în raportarea noțiunii de patrimoniu la drepturile persoanei și nu la bunurile acesteia (bunurile sunt drepturi dar nu întotdeauna drepturile reprezintă bunuri). Din această nouă perspectivă patrimoniul ca noțiune poate excede dreptului civil,

¹¹ Art. 526-1 alin. (1) C. com. francez.

¹² Art. 20 O.U.G. nr. 44/2008.

¹³ Art. 26 O.U.G. nr. 44/2008.

¹⁴ Art. 31 O.U.G. nr. 44/2008.

dobândind un conținut mai puțin precis, desemnând și „valorile umane”¹⁵ ce constituie esența civilizației și pe care trebuie să le transmitem și generațiilor viitoare, ca parte a unui patrimoniu comun al umanității. În acest context deși este evident că în accepțiunea dreptului civil patrimoniul va rămâne o noțiune legată exclusiv de valori economice dobândite sau datorate, nu mai puțin în acesta se includ și unele drepturi, ce pot avea o valoare economică, dar care sunt legate de civilizația umană decât de o anumită persoană.

Noul Cod civil aduce o nouă abordare a noțiunii de patrimoniu așa cum am menționat și mai sus, prin introducerea în mod expres a unor clarificări ale acestei instituții care reflectă, în opinia noastră, evoluția și necesitățile practicii față de teoria unicității și indivizibilității patrimoniului ce a stat la baza reglementărilor românești până la acel moment. Prin reglementarea generală a noțiunii de patrimoniu raportând-o la drepturi și nu numai la bunuri, legiuitorul a vrut să cuantifice exact elementele constitutive de activ ale patrimoniului persoanei ce au valoare economică.

Deși în esență reglementarea actuala nu se desparte în mod fundamental de teoria clasică a patrimoniului formulată de juriștii francezi în secolul XIX, păstrând legătura indisolubilă a patrimoniului cu persoana titulară a acestuia și consacrand expres unicitatea patrimoniului¹⁶, totuși admite și posibilitatea existenței unor mase patrimoniale cu afecțiuni distinctă cum ar fi patrimoniul fiduciar, patrimoniile afectate exercitării unei profesii sau cele determinate potrivit legii¹⁷.

Noul Cod civil reglementează, spre deosebire de O.U.G. nr. 44/2008 ale cărei principii în aceasta materie au fost menționate mai sus, un patrimoniu de afecțiuni autonom și care servește scopului afectării sale în mod real deoarece art. 2324 dispune că bunurile ce fac obiectul unei mase patrimoniale afectate exercițiului unei profesii autorizate pot fi urmărite numai de creditorii ale căror creanțe s-au născut în legătură cu profesia respectivă și că acești creditorii nu pot urmări celelalte bunuri ale debitorului. În acest fel se concretizează independența patrimoniului de afecțiuni prin fixarea în mod definitiv a dreptului creditorului doar la masa patrimonială în care s-a născut creanța sa. În vederea realizării efective în practică a unei astfel de separare a maselor patrimoniale în condițiile în care se păstrează atât principiul unicității patrimoniului cât și funcția patrimoniului de gaj general al creditorilor¹⁸, legiuitorul a menționat în mod expres faptul ca o astfel de masă patrimonială ia naștere cu respectarea condițiilor de formă prevăzute de lege¹⁹ – legate de declararea sau înregistrarea unor mențiuni specifice în acest sens în registrele de publicitate mobilă sau imobiliară. Forma concretă a unor astfel de formalități va fi probabil stabilită de actele normative pe care guvernul le va elabora în acest sens.

În plus față de reglementarea O.U.G. nr. 44/2008, Noul Cod civil se adresează tuturor celor care exercită o profesie autorizată de lege²⁰, prin urmare și liber-profesioniștilor care erau excluși înainte de intrarea în vigoare a acestuia din domeniul de aplicare al O.U.G. nr. 44/2008. Noul Cod civil îi definește pe profesioniști ca fiind toți cei care exploatează o întreprindere²¹, iar exploatarea unei întreprinderi este precizată ca fiind exercitarea

¹⁵ Ph. Malaurie *op. cit.* p. 8.

¹⁶ Art. 31 alin. (1) NCC „Orice persoană fizică sau juridică este titulară unui patrimoniu...”.

¹⁷ Art. 31 alin. (3) NCC.

¹⁸ Art. 2324 alin. (1) NCC.

¹⁹ Art. 33 alin. (1) NCC.

²⁰ Art. 2324 alin. (4).

²¹ Art. 3 alin. (2) NCC.

sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu un scop lucrativ²².

De asemenea Noul Cod civil consacră și transferul intrapatrimonial al drepturilor și obligațiilor care devine posibil cu condiția să se respecte formalitățile prevăzute de lege legate de constituirea respectivelor mase patrimoniale și cu respectarea drepturilor creditorilor²³. Un astfel de transfer de drepturi și obligații nu este supus formalităților specifice legate de transferul drepturilor dintr-un patrimoniu în altul deoarece nu are loc un transfer al unui anumit drept către un alt patrimoniu (cum ar fi situația aportării unui bun mobil sau imobil la capitalul social al unei societăți comerciale cu asociat unic) ci doar o alocare intrapatrimonială a drepturilor (și bunurilor) în conformitate cu afectarea hotărâtă de titularul patrimoniului respectiv.

Entitățile unipersonale reprezintă o structură societară ambivalentă. Astfel, aplicând unui singur asociat regulile societare impuse unui grup de persoane suntem obligați să realizăm câteva modificări importante ale regulilor de drept societar care pot fi considerate și modificări ale unor categorii juridice tradiționale.

Mai mult, principiile directe care guvernează această materie a entităților unipersonale și mai ales a societății cu răspundere limitată sunt destul de puține, ceea ce a dat practicienilor posibilitatea unui câmp foarte mare de aplicabilitate a acestor categorii juridice. Astfel cum s-a menționat în doctrina franceză încă din 1989 „într-o societate unipersonală actul juridic de înființare presupune voința fondatorului de a afecta anumite bunuri pentru o anumită activitate, la administrarea unei întreprinderi comerciale, detașând aceste bunuri de restul patrimoniului său”²⁴.

În aceste condiții s-ar părea ca nu alegerea unei anumite forme societare este esențială în înființarea unei astfel de entități unipersonale, cât mai mult decizia de a afecta un patrimoniu către sau în scopul unei afaceri, personalitatea juridică a unei astfel de entități unipersonale, facilitând doar tehnic această divizare patrimonială. Chiar noțiunea de personalitate juridică luată într-un sens utilitarist poate fi apreciată ca o afecțiune specifică a unor bunuri pentru un anumit scop.

De asemenea, trebuie avut în vedere și faptul că, datorită specificității acestui tip de organizare a activității, regulile de drept de organizare și funcționare a unei societăți comerciale se diluează atunci când sunt aplicate unei entități unipersonale iar ceea ce rămâne ca o caracteristică definitivă a acestora este doar afectarea unui patrimoniu pentru o anumită idee de afaceri.

În acest context, opiniile exprimate în lucrările de specialitate în sensul că înființarea unei societăți cu răspundere limitată cu asociat unic poate fi considerată ca o modalitate de ocolire a principiilor de drept civil care prevăd unicitatea patrimoniului unei persoane și a dreptului de gaj general al creditorilor asupra patrimoniului acelei persoane pot fi considerate ca fiind întemeiate. Cu toate acestea în mod cert faptul că regulile speciale privind societatea cu răspundere limitată cu asociat unic sunt subsumate sistemului de reguli aplicabil în general unei societăți cu răspundere limitată reprezintă un avantaj față de cazul entităților de acest gen fără personalitate juridică, avantaje evidente mai ales din punct

²² Art. 3 alin. (3) NCC.

²³ Art. 32 alin. (1) NCC.

²⁴ R. Roblot, *Traite elementaire de droit commercial de G. Ripert*, 13eme ed., 1989, 995-1.

de vedere al regulilor mai riguroase de gestiune și fiscalitate aplicabile unor entități cu personalitate juridică.

De asemenea, apartenența la acest sistem de reguli de drept societar reglementează de o manieră mai clară și aspectele legate de transmiterea afacerii de la fondator la o alta persoană sau entitate sau la mai multe persoane sau entități, adică reglementează de fapt relația dintre cele două patrimonii astfel create, unice și independente unul față de celalalt. Deși Noul Cod civil introduce noțiunile de mase patrimoniale și patrimonii de afectățune așa cum am detaliat și mai sus, se menține de principiu regula unicității patrimoniului, stabilind că orice persoană fizică sau persoană juridică este titulară a unui patrimoniu care include toate drepturile și datoriile ce pot fi evaluate în bani și aparțin acesteia. Mai mult, patrimoniul poate face obiectul unei diviziuni sau unei afectățuni numai în cazurile și condițiile prevăzute de lege. În acest mod devine posibilă divizarea patrimoniului, adică transferul drepturilor și obligațiilor dintr-o masă patrimonială în alta, cu titlu de excepție, fără ca un astfel de transfer să fie interpretat ca un act de înstrăinare, ci doar un act de gestiune al patrimoniului cu condiția să nu fie afectate drepturile creditorilor asupra fiecărei mase patrimoniale în parte.

Cu toate acestea, în cazul în care titularul patrimoniului, printr-un act propriu-zis de dispoziție înființează o societate comercială al cărei asociat unic este, suntem în prezența unui veritabil act de naștere al unei alte persoane, al unui alt subiect de drept și titular de patrimoniu. Care este relația dintre aceste două patrimonii? Esența acestei relații prin efectul personalității juridice de care se bucură societatea comercială este una de independență chiar dacă la un moment dat au fost unul și același patrimoniu. Mai mult, patrimoniul societății comerciale cu asociat unic poate avea o evoluție diferită de cel al asociatului unic, al fondatorului acesteia, ca efect al desfășurării de acte de comerț prevăzute ca atare în obiectul de activitate al societății sau ca efect al transferului societății de la fondatorul inițial către o alta persoană.

În situația în care asociatul unic fondator rămâne pe parcursul existenței societății aceeași persoană, reprezentantul legal al societății, administratorul acesteia poate îndeplini orice acte de dispoziție sau administrare legate de patrimoniul societății, în limitele impuse de Asociatul unic, ca unic formator al voinței sociale. În schimb bunurile/drepturile aflate în patrimoniul asociatului unic fondator sunt supuse direct și exclusiv voinței acestuia în ceea ce le privește fără formalități speciale, în condițiile uzuale prevăzute pentru astfel de acte în legislația civilă.

Evitarea unei potențiale confuzii sau confuziuni de fapt între patrimoniul societății cu răspundere limitată cu asociat unic și cel al asociatului/fondatorului acesteia reprezintă de fapt scopul impunerii în cadrul reglementării societare a unor formalități special legate de forma deciziilor asociatul unic și actele de dispoziție asupra bunurilor din patrimoniul societății. Pe de altă parte, patrimoniul societății ca și patrimoniul persoanei fizice, reprezintă gajul general al creditorilor societății, cu anumite elemente specifice, reținute de reglementările în vigoare.

Creditorii asociaților nu pot exercita niciun fel de drept de executare sau garantare a obligațiilor asumate de asociați față de sau cu privire la bunurile societății, ci numai asupra părților din beneficii care se cuvin asociaților după bilanțul contabil (pe durata societății), iar la dizolvarea societății, asupra părții ce s-ar cuveni asociaților prin lichidarea acesteia. În ceea ce privește relația dintre creditorii societății comerciale și patrimoniul asociaților, în

funcție de forma societății comerciale sau de alte calități ale asociatului în raport cu societatea, acesta răspunde sau nu nelimitat pentru obligațiile asumate de societate. Dar această răspundere, la formele de societăți unde există, are exclusiv natura juridică a unei garanții, și nu presupune deloc existența unei confuziuni între patrimoniul social și cel al asociatului respectiv.

Orice obligații ale societății față de terți nu pot face obiectul unei compensări cu obligațiile terților față de asociați. În anumite situații special determinate de lege, obligațiile societății față de terți se pot compensa cu acțiuni emise de societate, prin majorarea capitalului social al acesteia, în condițiile prevăzute de lege. Creditorii societății comerciale au drepturi doar asupra bunurilor care formează patrimoniul social pe care le pot exercita în diverse modalități (de exemplu prin executare silită) în mod similar cu situația creditorilor persoanei fizice și de asemenea pot dobândi drepturi asupra bunurilor ce compun patrimoniul asociatului sau a administratorului societății în măsura în care acesta separat față de societate dar pentru aceasta garantează executarea obligațiilor acesteia cu bunurile din patrimoniul propriu. Această situație des întâlnită în practică, mai ales în situația împrumuturilor bancare, a făcut ca doctrina franceză să aprecieze că separația de patrimonii și răspunderea limitată sunt doar aspecte teoretice în avantajul alegerii formei societare unipersonale deoarece în realitate aceste „atrații” nu funcționează în practică unde, asociatul unic administrator garantează îndeplinirea obligațiilor societății cu bunurile din patrimoniul propriu, asumându-și o parte din riscul afacerii în acest mod. În acest context menționăm faptul că procedura insolvenței privește numai patrimoniul social al societății, iar nu și patrimoniul asociaților, cu excepția cazului în care asociații au garantat cu patrimoniul lor îndeplinirea obligațiilor asumate de către societate (de exemplu în cazul avalizării unor bilete la ordin sau cambii emise de societate).

Pentru evitarea unor confuzii trebuie făcută încă de la acest moment distincția între patrimoniul societății comerciale așa cum este acesta definit de Noul Cod civil și capitalul social al acesteia ori activul social. Patrimoniul societății comerciale reprezintă totalitatea drepturilor și obligațiilor societății. Activul social cuprinde totalitatea drepturilor societății comerciale, iar pasivul social totalitatea obligațiilor sociale. Patrimoniul social este așadar o noțiune diferită de capitalul social. Numai la constituirea societății, patrimoniul social este constituit din totalitatea aporturilor asociaților, fiind egal cu capitalul social (în sens juridic, și nu contabil), însă în cursul funcționării societății, este normal ca acestea să aibă valori diferite, de vreme ce după constituire, în activitatea sa, societatea dobândește alte drepturi și își asumă obligații, care nu pot reprezenta decât elemente de patrimoniu dar nu și de capital social.

Art. 3 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 prevede că obligațiile sociale sunt garantate cu patrimoniul social, ceea ce reprezintă o redactare deficitară a textului de lege. În realitate, obligațiile societății asumate ca parte a activității acesteia sunt în mod evident o parte a întregului patrimoniu social, reprezentând pasivul social. Obiectul gajului general al creditorilor sociali este doar activul social, respectiv totalitatea drepturilor societății comerciale. *De lege ferenda*, se impune o clarificare a acestui text de lege în sensul folosirii unei exprimări mai exacte în textul de lege.

Patrimoniul societății comerciale reprezintă suportul material al activității acesteia și îi conferă acesteia posibilitatea de a participa în nume propriu la raporturile juridice cu terții și de a avea o răspundere patrimonială proprie. În acest sens, art. 193 alin. (1) NCC dispune că

persoana juridică participă în nume propriu la circuitul civil și răspunde pentru obligațiile asumate cu bunurile proprii, afară de cazul în care prin lege s-ar dispune altfel. Astfel Noul Cod civil consacră tendințele moderne în definirea patrimoniului fără a renunța la teoria personalistă și a unicității patrimoniului dar include și teoria patrimoniului de afectațiune, sinteza celor două teorii reprezentând de fapt existența patrimoniului ca atribut dar nu ca element al personalității civile, indiferent dacă vorbim de persoana fizică sau juridică, un atribut unic dar divizibil al persoanei.

Cu toate acestea există un anumit tip de acte juridice care deși privesc în esență societatea comercială produc efecte în patrimoniul asociatului/fondatorului. Aceste acte sunt cele legate de transmiterea/cesiunea părților sociale de către asociatul unic către o altă sau alte persoane. Cesiunea părților sociale reprezintă actul care rupe legătura existentă între patrimoniul fondatorului și patrimoniul societății. Părțile sociale reprezintă de fapt partea de patrimoniu afectată în mod voluntar la constituirea societății de către titularul acestuia printr-un act de voință specific în sensul acestei afectări, acesta fiind de fapt și singurul moment la care capitalul social al societății este egal ca valoare economică cu patrimoniul societății comerciale. În niciun alt moment nu putem pune semnul egal din punct vedere al conținutului și al relevanței ori funcției juridice și economice între capitalul social al unei societăți comerciale și patrimoniul acesteia dar există acel moment zero al constituirii societății la care din punct de vedere valoric acestea sunt egale.

Așadar la momentul cesiunii părților sociale cele două patrimonii își pierd legătura personală semnificativă pe care o reprezintă asociatul unic, titularul patrimoniului pe de o parte și elementul volitiv care își pune amprenta peste evoluția patrimoniului societății pe de altă parte. Cu toate acestea valoarea părților sociale, spre deosebire de valoarea acțiunilor unei societăți comerciale pe acțiuni (titluri esențialmente negociabile a căror valoare este stabilită pe baza cererii și ofertei, de regulă pe o piață relevantă/organizată) reprezintă, cel puțin la nivel teoretic, o mai mare legătură cu valoarea intrinsecă a patrimoniului societății.

Astfel, în mod particular în cazurile de retragere sau excludere a asociaților societăților comerciale cu răspundere limitată, Legea nr. 31/1990 prevede faptul că asociatul exclus sau care se retrage nu va avea dreptul la o parte din patrimoniul societății (drepturi și obligații) ci va avea dreptul să primească o sumă de bani care să reprezinte valoarea acesteia²⁵. În aceste condiții părțile sociale își încetează existența ca element al patrimoniului asociatului respectiv la valoarea nominală a acestora, valoarea de subscriere, și vor fi înlocuite de valoarea economică efectivă a acestora, valoare care este de principiu mai mare decât valoarea nominală a părților sociale și reprezintă de fapt valoarea cotei părți din patrimoniul societății raportată la contribuția la capitalul social (în cazul unei societăți cu răspundere limitată cu mai mulți asociați, caz în care se aplică excluderea).

În concluzie, chiar dacă patrimoniul entității unipersonale și patrimoniul asociatului unic (fondator sau nu) sunt două patrimonii independente unul față de altul, unice, având fiecare un titular diferit (chiar dacă elementul volitiv ce stă în spatele acestora este de principiu același) între acestea există o legătură semnificativă dată de valoarea părților sociale subscrise care, în esență, este o reflectare a valorii patrimoniale a societății în patrimoniul asociatului unic.

²⁵ Art. 224 Legea nr. 31/1990.

Având în vedere toate cele detaliate mai sus putem concluziona că evoluția realităților social economice a dus la evoluția teoriilor asupra patrimoniului și la adoptarea unor soluții pragmatice care să asigure o mai bună organizare a activităților economice ce au impus modificarea conținutului normelor juridice care reglementează această materie. În acest fel, chiar dacă inițial însăși existența unei entități unipersonale cu personalitate juridică ar fi fost considerată ca fiind o încălcare flagrantă a teoriei unicității patrimoniului și o încercare de a ocoli atât restricțiile legate de imposibilitatea formării unor mase patrimoniale de afecțiune dar și de a limita răspunderea și gajul general al creditorilor prin crearea în mod ficțional a unui nou titular de patrimoniu, la acest moment o dată cu evoluția legislativă, existența unor mase patrimoniale diferite și a entităților unipersonale titulare de patrimoniu nu mai reprezintă decât o adaptare extrem de rapidă a teoriei dreptului societar la realitățile economice și sociale contemporane.

BIBLIOGRAFIE:

Cod Civil

O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații

Aubry et Rau, *Cours de droit civil française*, 1917, vol. IX 1917 cap. 573-576

C. Bîrsan, *Drept Civil. Drepturile reale principale*, Ed. All Beck, 2001

P. Malaurie, L. Aynes, *Bunurile*, ed. a III-a, Ed. Defrenois, 2007

N. Reboul-Maupin, *Droit des biens*, Ed. Dalloz 2008

R. Roblot, *Traite elementaire de droit commercial* de G Ripert, 13eme ed., 1989

REFLECȚII CU PRIVIRE LA FORMELE SOCIETARE TRANSNAȚIONALE

Lector univ. dr. MIRELA GEORGIANA SABĂU

Facultatea de Drept București

Universitatea Spiru Haret

Avocat Baroul București

Abstract: This essay analyzes the legal provisions and main legal issues related to the transnational forms of company created and regulated at the European Union level, aiming to identify to which extent the provisions on European Company (SE) and the project for Regulation on European Private Company (SPE) respond to the real needs of the business environment. Companies are the engine of the economy and thus the regulations on companies adopted by the European Union institutions and/or by the national authorities have to allow the facile organization and operation of companies on the EU internal market, finding the most adequate solutions for the legal aspects raised by globalization and integration. The conclusion of this study is that today it is a real need for transnational forms of companies. The provisions of the Regulation of the European Company (SE) is a compromise achieved after a very long process, while the proposed regulation on European Private Company (SPE) has the chance to be the regulation that brings good and valid solutions, creating a legal institution of a large applicability in practice, especially if the simple structure, minimal capital requirements and reduced formalities for establishment are maintained and the most important aspects will be established at EU level, the references to the national laws being kept at minimum.

Key words: company, European company, European private company, cross border activities, free movement of companies, transnational forms of companies

1. Aspecte introductive

Pentru a facilita activitățile transfrontaliere și transnaționale ale societăților la nivelul Uniunii Europene au fost instituite forme de societăți „europene” sau supranaționale/transnaționale pentru care persoanele fizice și juridice pot opta cu ocazia înființării de întreprinderi, ca alternativă la formele naționale de societăți. Formele europene de societăți sunt menite să asigure mobilitatea întreprinderii în spațiul Uniunii Europene, fiind mai adaptate pentru operațiunile și activitățile transfrontaliere decât societățile naționale. Ele largesc gama mijloacelor de acțiune în spațiul european și contribuie la realizarea unui grad mai mare de integrare în piața internă.

Creația cea mai proeminentă de drept societar european¹ este societatea europeană. Alături de aceasta se regăsesc alte forme societare europene cum ar fi societatea cooperativă

¹ C. Gheorghe, *Drept comercial european*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 70-71.

europenă (SCE)², societatea mutuală europeană (ME)³ și societatea privată europeană⁴, ultimele două aflate la stadiul de idei, propuneri și proiecte, nefinalizate încă prin adoptarea unor acte normative la nivelul Uniunii. De asemenea la nivelul Uniunii Europene sunt reglementate grupurile europene de interes economic (GEIE).

În literatură⁵ s-au făcut referiri la o transpunere a principiilor legate de noțiunea de cetățenie europeană⁶ în sfera persoanelor juridice europene (GEIE, SE, SCE și SPE). Acest studiu analizează însă, în mod exclusiv, aspecte legate de societatea europeană și societatea privată europeană ca forme de organizare a întreprinderii.

2. Societatea europeană

2.1. Reglementare și modalități de constituire

Societatea europeană, cunoscută sub denumirea sa în limba latină „*Societas Europaea*” și acronimul SE este o creație a dreptului Uniunii Europene, care face posibilă constituirea, organizarea și funcționarea pe teritoriul Uniunii Europene a unor societăți de „dimensiune europeană, libere de obstacolele rezultând din diferențele și aplicarea teritorială limitată a dreptului național al societăților.”⁷ Acest tip de societate, care îmbracă forma unei societăți pe acțiuni, în care răspunderea acționarilor este limitată la sumele subscrise, a fost instituită prin Regulamentul (CE) nr. 2.157/2001 al Consiliului privind statutul societății europene⁸, adoptat la 8 octombrie 2001, după mai bine de 30 de ani de negocieri și discuții între Statele Membre.

Regulamentul a intrat în vigoare la data de 8 octombrie 2004, prevederile sale completându-se cu cele ale Directivei nr. 2001/86/CE privind implicarea salariaților⁹, care conține dispoziții pentru garantarea dreptului salariaților de a se implica în deciziile societății europene și care a fost adoptată în aceeași zi cu Regulamentul.

² Regulamentul Consiliului (CE) nr. 1435/2003 din 22 iulie 2003 privind Statutul unei Societăți Cooperative Europene, Jurnalul Oficial L nr. 207 din 18 august 2003, cu modificările ulterioare.

³ Proiectele pentru Asociația europeană și pentru Societatea mutuală europeană au fost propuse de către Comisia Europeană în anul 1992 și au fost retrase în anul 2006 datorită lipsei de progrese în cadrul negocierilor de la nivelul Consiliului. Împreună cu proiectul de societatea cooperativă europeană, aceste propuneri au făcut parte dintr-un pachet privind promovarea întreprinderilor din „economia socială”, fiind răspunsul la cererea ca „economiei sociale” să i se acorde posibilitatea de a-și crea propriile forme legale europene și să asigure astfel condiții egale de concurență cu societățile tradiționale bazate pe capital.

⁴ Propunere de Regulament al Consiliului din 25 iunie 2008 privind statutul societății private europene

⁵ N. Lenoir, 2007, *La Societas Europaea ou SE: pour une Citoyenneté Européenne de l'Entreprise* (2007), *Rapports officiels*, Ed. La documentation Française, Paris, pp. 21-25 și propunerea profesorului Michel Menjucq în ceea ce privește SE anexată Raportului Lenoir în Anexa VIII-6.

⁶ Articolul 20 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (ex-articolul 17 TCE) prevede în alin. (1): „Se instituie cetățenia Uniunii. Este cetățean al Uniunii orice persoană care are cetățenia unui stat membru. Cetățenia Uniunii nu înlocuiește cetățenia națională, ci se adaugă acesteia.”

⁷ Citat din preambulul Regulamentului (CE) nr. 2.157/2001 al Consiliului privind statutul societății europene.

⁸ Publicat în JO L 294, 10.11.2001, p. 1-21 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV), editie speciala în limba româna: capitol 6 volum 4 pp. 113-133.

⁹ Publicată în JO L 294, 10.11.2001, p. 22-32 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV), ediție speciala în limba româna: capitol 6 volum 4 pp. 134-144.

Societatea europeană a fost concepută ca o societate pe acțiuni cu sediul într-un stat membru al Uniunii Europene, care „poate circula liber” în Uniunea europeană¹⁰, întrucât are posibilitatea de a își schimba sediul dintr-un Stat Membru în alt Stat Membru fără a intra în dizolvare și fără a fi necesar să fie din nou înființată în Statul Membru membru în care se află noul sediu social, sub o altă formă impusă de legislația națională a acestui stat. De asemenea societatea europeană poate lua naștere ca urmare a unei fuziuni transfrontaliere a unor societăți din diferite State Membre ale Uniunii Europene și poate la rândul ei fuziona cu alte societăți europene din state membre diferite. Regulamentul conferă Statelor Membre facultatea de a permite statelor care nu sunt membre ale Uniunii Europene să participe la înființarea unei societăți pe acțiuni.

Societatea europeană este o societate pe acțiuni, în care acționarii răspund exclusiv în limita capitalului social subscris, care are personalitate juridică. Ea este supusă unei reglementări comunitare, care a împrumutat elemente din mai multe legislații ale Statelor Membre, și care se completează cu prevederile actelor constitutive ale societății europene (statutului) și cu prevederile legale din materia societăților pe acțiuni din statul membru pe al cărui teritoriu societatea europeană are sediul social. Pentru a detalia societății europene cu sediul în România îi sunt aplicabile: (a) prevederile Regulamentului (CE) nr. 2.157/2001 al Consiliului privind statutul societății europene, (b) H.G. nr. 187/2007 privind procedurile de informare, consultare și alte modalități de implicare a angajaților în activitatea societății europene, care transpune în dreptul intern dispozițiile Directivei nr. 2001/86/CE privind implicarea salariaților; (c) prevederile actului constitutiv (statutului) SE, derogatorii de la Regulament în materiile în care Regulamentul permite derogarea; (d) în completare pentru aspectele care nu sunt reglementate de Regulament se aplică dispozițiile din Titlul VII „Societatea europeană” al Legii nr. 31/1990 și alte prevederi ale Legii nr. 31/1990 aplicabile societății europene, cum ar fi cele referitoare la fuziunea transfrontalieră, precum și prevederile Legii nr. 31/1990 aplicabile societăților pe acțiuni, care nu contravin Regulamentului.

2.2. Adoptarea teoriei sediului statutar

Art. 69 din Regulament pune în mod clar problema abandonării teoriei „sediului real” în favoarea teoriei „sediului statutar”. O parte dintre statele membre permiteau deja ca societățile înmatriculate pe teritoriul lor și supuse astfel jurisdicției lor să își stabilească într-un alt Stat Membru sediul lor de „direcțiune” (de conducere și activitate operațională).

Alegerea făcută de regulament nu poate fi considerată contrară tratatelor întrucât art. 54 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (ex. – art. 48 TCE) prevede că: „societățile constituite în conformitate cu legislația unui Stat Membru și având *sediul social, administrația centrală sau locul principal de desfășurare a activității* în cadrul Uniunii sunt asimilate, în aplicarea prezentei subsecțiuni, persoanelor fizice resortisante ale Statelor Membre”, dând astfel greutate egală teoriei sediului statutar și celei a sediului real, orice alegere pentru una dintre cele două teorii fiind permisă.

¹⁰ Didier P, Didier Ph., 2011, *Droit Commercial*, vol II, *Les sociétés commerciales*, Ed. Economica, Paris, p. 250.

2.3. Adoptarea celor mai importante decizii cu privire la societatea europeană

Modul de adoptare a deciziilor cu privire la societății europene, în cadrul adunărilor generale a acționarilor acestora, sunt conform art. 9, art. 10¹¹ și art. 53 din Regulament(CE) nr. 2.157/2001 reglementate de legislația aplicabilă societăților anonime în Statul Membru pe teritoriul căruia se află sediul social al societății europene, cu excepția aspectelor reglementate în alt mod de Regulament. Societatea europeană prin specificul său transnațional ridică probleme de drept internațional privat, astfel că Regulamentul conține norme conflictuale în materia protecției acționarilor minoritari și a terților, care dispun că dacă o societate controlează o altă societate, guvernată de o ordine juridică diferită, protecția acționarilor minoritari și a terților este supusă legii aplicabile societății controlate.

Conform art. 54 alin. (1) din Regulamentul (CE) nr. 2.157/2001 adunarea generală a unei societăți europene trebuie convocată cel puțin o dată în fiecare an calendaristic, în termen de șase luni de la încheierea exercițiului financiar. Este exceptată prima adunare generală, care poate să aibă loc oricând în perioada de 18 luni ulterioară constituirii societății.

Același art. 54 alin. (1) din Regulamentul (CE) nr. 2.157/2001, prevede însă că dacă legislația Statului Membru, pe al cărui teritoriu se află sediul societății europene, prevede obligativitatea convocării mai multor adunări generale pentru societățile anonime cu același obiect de activitate ca și societatea europeană respectivă, atunci și adunarea generală a acționarilor societății europene trebuie convocată în acest fel. Prin urmare, în privința numărului minim de întruniri anuale ale adunării generale a societății europene Regulamentul nu se stabilește un regim unitar, ci declară aplicabile reglementările diferențiate din legislația Statelor Membre.

Adunarea generală a societății europene poate fi convocată oricând este necesar de către organele sale de conducere, de administrare, de supraveghere sau de orice alt organism sau autoritate competentă în conformitate cu legislația internă aplicabilă societăților anonime în Statul Membru pe teritoriul căruia se află sediul societății europene.

Adunarea poate fi convocată de către organele societății din proprie inițiativă sau la cererea unuia sau mai multor acționari care dețin împreună cel puțin 10 % din capitalul subscris. Actul constitutiv al societății europene sau legislația statului în care aceasta își are sediul poate să prevadă un procent mai mic de participare la capital a acționarilor, cărora li se recunoaște inițiativa convocării. Legea nr. 31/1990 nu prevede un procent mai mic pentru societățile europene cu sediul în România, prin urmare se va aplica procentul de 10% sau cel prevăzut în actul constitutiv. În absența oricărei restricții, procentul prevăzut în actul constitutiv poate fi oricât de mic, chiar sub 1%¹². Cererea de convocare a adunării adresată organelor societății de către acționari trebuie să cuprindă și ordinea de zi. Dacă adunarea generală nu este convocată la timp sau, indiferent de situație, în termen de două luni, autoritățile judiciare sau administrative de la sediul societății europene pot dispune convocarea adunării generale într-o perioadă dată de timp sau pot autoriza acționarii care au formulat respectiva cerere sau reprezentanții acestora să convoace o adunare generală, dacă

¹¹ Conform art. 10 din Regulament societatea europeană este tratată în fiecare stat membru ca și cum ar fi o societate anonimă, constituită în conformitate cu dreptul Statului Membru în care își are sediul social.

¹² N.R. Dominte, 2008, *Organizarea și funcționarea societăților comerciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 137.

a acționarii dreptul de a convoca adunarea conform dispozițiilor de drept intern din statul în care societatea europeană își are sediul.

Adunarea generală a societății europene decide, conform art. 57 din Regulamentul (CE) nr. 2.157/2001, cu *majoritatea voturilor valabil exprimate*, dacă statutul societății europene, Regulamentul sau legislația aplicabilă societăților pe acțiuni (anonime) nu prevăd o majoritate mai mare. Regulamentul (CE) nr. 2.157/2001 precizează în mod riguros semnificația sintagmei „voturi exprimate,” specificând că acestea nu includ voturile aferente acțiunilor pentru care acționarul nu a participat la vot, s-a abținut de la vot, a votat în alb sau a emis un vot nul.

Pentru modificarea statutului unei societăți europene este necesară o majoritate de minimum două treimi din voturile valabil exprimate, cu excepția cazurilor în care legislația aplicabilă societăților anonime în Statul Membru pe teritoriul căruia se află sediul societății europene impune sau permite o majoritate mai mare. Orice stat membru poate să prevadă în legislația națională aplicabilă societății europene că dacă la adunarea generală a acționarilor este reprezentat mai puțin de jumătate din capitalul subscris al societății europene, atunci pentru modificarea statutului este suficientă majoritatea simplă a voturilor valabil exprimate.

2.4. Principalele propuneri de îmbunătățire a reglementării societății europene

Principalele propuneri de îmbunătățire a reglementării actuale a societății europene au fost formulate în raportul Lenoir și vizează aspecte ce țin de:

- Modificarea nivelului ridicat al capitalului social minim al societății europene, existând numeroase voci care au pledat pentru modificarea art. 4 al Regulamentului în sensul stabilirii unui capital minim mai mic decât cel de 120.000 Euro;

- Art. 7 din Regulament impune cerința ca pentru orice societate europeană sediul statutar și cel al conducerii să se afle în același Stat Membru. Cu privire la acest aspect există disensiuni și s-a formulat propunerea de a permite unei societăți europene să aibă sediul administrației sale centrale și sediul său statutar în state membre diferite;

- Există o singură formă de societate care conform art. 2 alin. (1) din Regulament are acces la constituirea unei societăți europene prin fuziune, societatea pe acțiuni, ceea ce înseamnă că societățile organizate în orice altă formă societară își pot deschide calea spre constituirea unei prin fuziune numai dacă se supun anterior formalităților de transformare în societăți pe acțiuni și îndeplinesc condițiile pentru o astfel de formă de societate, inclusiv cele cu privire la valoarea capitalului social, iar pentru societățile din România cele privind numărul minim de 2 acționari;

- Conturarea noțiunii de fuziune în art. 17 alin. (2) din Regulament o limitează la două forme de fuziune: prin absorbție și prin constituirea unei noi societăți și ar putea¹³ fi completată cu expresia „și alte tipuri de fuziuni”, pentru a permite realizarea unei fuziunii transfrontaliere prin absorbția unei filiale de către societatea mamă, ca modalitate de constituire a societății europene;

- Art. 8 alin. (16) din Regulament prevede că, ar putea constitui o rezolvare pentru eliminarea blocajelor invocate de practicieni în domeniu. Operațiunea se distinge prin aceea că societatea absorbantă are calitatea de asociat al entității absorbite, ceea ce determină anumite particularități cu privire la condițiile, procedura și efectele unui asemenea tip de fuziune.

¹³ N. Lenoir, 2007, *La Societas Europaea ou SE: pour une Citoyenneté Européenne de l'Entreprise* (2007), *Rapports officiels*, Ed. La documentation Française, Paris, p. 119.

3. Societatea privată europeană

Societatea europeană este, așa cum rezultă din cele de mai sus o formă societară destinată întreprinderilor mari, are un nivel de capital social minim ridicat, iar accesul întreprinzătorilor mici și medii la aceasta este încă destul de limitat.

Ideea de societate privată europeană a pornit de la necesitatea îmbunătățirii accesului întreprinderilor mici și mijlocii pe piața internă a Uniunii și de la obiectivul dezvoltării activităților transfrontaliere ale acestora pe teritoriul Uniunii Europene. Pentru aceasta Comisia Europeană, în cadrul inițiativei sale de stimulare a dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii în Europa denumită „Small Business Act”, a avansat o propunere de formă societară mai simplă ca organizare, fără constrângeri impuse de un capital minim ridicat și care să fie mai aproape de ideea de integrare, în sensul de a fi supusă într-o mai mare măsură dreptului Uniunii decât societatea europeană. Se tinde astfel la o mai bună evitare a obstacolele ridicate de aplicarea unor reglementări naționale diferențiate.

Propunerea Comisiei a fost un răspuns al nevoilor mediului de afaceri de la data la care a fost formulată. Astfel în anul 2008, conform datelor statistice, la nivelul Uniunii Europene întreprinderile mici și mijlocii reprezentau 99 % din numărul total al întreprinderile care funcționau pe teritoriul Uniunii. Dintre acestea numai 8 % desfășurau o activitate comercială transfrontalieră și numai 5 % aveau filiale sau asocieri în participațiune în străinătate.

Societatea privată europeană este concepută ca o formă autonomă de societate înființată pe teritoriul Uniunii Europene. Aspecte ca natura juridică, capacitatea de folosință, capacitatea de exercițiu, înființarea, modificarea statutului, transformarea și dizolvarea, numele sau denumirea societății, structura organizatorică, competențele de reprezentare ale organelor societății, dobândirea și pierderea calității de asociat și respectiv a drepturilor și a obligațiilor care decurg din aceasta și răspunderea societății, a directorilor executivi, a membrilor organelor acesteia și a asociaților săi cu privire la obligațiile societății, precum și standarde minime privind obligațiile organelor de conducere față de societate, modul de funcționare a organelor societății, majoritatea voturilor necesară, consultarea asociaților, cesiunea de părți sociale și altele ar urma să fie reglementate exclusiv prin Regulamentul privind Statutul Societății Private Europene. Aspectele care au rămas supuse legislației naționale a Statului Membru în care societatea privată europeană se înființează sunt: gestiunea contabilității fiscalitatea, relațiile de muncă și insolvența.

Comisia Europeană a publicat propunerea sa de Regulament al Consiliului (COM (2008) 396 final) cu privire la Statutul Societății Private Europene (Societas Privata Europaea, SPE) în data de 25 iunie 2008. Conform propunerii de Statut al Societății Private Europene aceasta poate fi înființată fie *ex nihilo* de către una sau mai multe persoane fizice și/sau juridice, fie prin transformarea unei societăți existente (inclusiv a unei societăți europene) în societate privată europeană, fie prin fuziunea sau divizarea unor societăți existente sau prin înființarea unei filiale comune. Formalitățile administrative și costurile de înființare vor fi reduse.

Societatea europeană dobândește personalitate juridică din data înregistrării în registrul prin intermediul căruia se realizează publicitatea față de terți prevăzut de legislația națională a Statului Membru în care societatea și-a stabilit sediul social. Orice filială înființată de

societatea europeană va fi supusă legislației naționale din Statul Membru în care va fi constituită.

Spre deosebire de societatea europeană, societatea privată europeană nu este obligată să aibă administrația centrală sau sediul principal în același Stat Membru în care își are sediul social. Sediul social poate fi transferat dintr-un Stat Membru în alt Stat Membru, fără ca personalitatea juridică a societății europene sau drepturile și obligațiile create prin contractele încheiate anterior să fie afectate. Regulamentul în forma propusă de Comisie conține prevederi specifice aplicabile în cazul transferului sediului social într-un alt Stat Membru, pentru a se evita încălcarea sau eludarea drepturilor preexistente în ceea ce privește participarea angajaților.

Capitalul social al societăți europene este divizat în părți sociale care nu pot fi oferite spre subscriere publicului sau admise la tranzacționare pe o piață reglementată. Valoarea minimă a capitalului este 1 EURO sau echivalentul acestei sume în altă monedă, la momentul înregistrării, cu precizarea că acest capital minim nu trebuie în mod necesar să fie vărsat la constituire. Fiecare asociat va răspunde în limita valorii capitalului social subscris.

Dovada dreptului de proprietate asupra părților sociale se face prin înregistrare în registrul asociațiilor societății care va fi ținut prin grija organului care asigură conducerea curentă a societății. Orice asociat se poate retrage în mod liber din societate, în timp ce excluderea se decide de către adunarea generală a asociațiilor și trebuie aprobată de către instanță.

Actul constitutiv al societății private europene trebuie să conțină următoarele informații: forma juridică și denumirea societății; durata societății, în cazul în care aceasta este limitată; obiectul de activitate; sediul social al societății; capitalul societății, organul sau organele împuternicite să reprezinte societatea în relațiile cu terții și în instanță; aportul fiecărui asociat în raport cu părțile sociale subscrise de acesta/aceasta la societatea respectivă. Acestea elemente apar în anexa I la propunerea de Regulament. Aspectele nereglementate prin Regulament sau prin actul constitutiv adoptat de către asociații vor fi guvernate de legislația națională aplicabilă a Statului Membru unde a fost stabilit sediul social.

Asociații decid cu privire la cele mai importante aspecte legate de înființarea, organizarea și funcționarea societății, în timp ce problemele mai puțin importante sunt hotărâte de către organul de conducere curentă al societății, care asigură administrarea acesteia sub supravegherea organelor sau persoanelor cu atribuții de control.

4. Concluzii

Societățile reprezintă motorul economiei, iar reglementările aplicabile acestora adoptate de către instituțiile Uniunii Europene și/sau de către autoritățile naționale trebuie să permită organizarea și funcționarea lor facilă și eficientă în piața internă a Uniunii.

Diferențierile între legislațiile naționale ale Statelor Membre pot reprezenta obstacole pentru activitatea transfrontalieră a întreprinderilor, iar Uniunea Europeană este datoare, conform obiectivelor stabilite de către Statele Membre prin tratat, e să identifice soluțiile și reglementările cele mai adecvate realizării unei piețe interne în care întreprinderile sunt mobile, circulând rapid și liber, ridicându-se deasupra diversității reglementărilor și contextelor naționale.

În urma unei succinte treceri în revistă a aspectelor juridice defnitorii ale societății europene și a societății private europene concluzia studiului este că reglementarea societății europene este un compromis la care s-a ajuns în urma unui foarte lung proces și care datorită unor limitări și restricționări pot profita unui număr extrem de redus de întreprinderi, raportat la numărul total al întreprinderilor cu sediul pe teritoriul Uniunii Europene.

În acest context Regulamentul privind societatea privată europeană, aflat în stadiu de propunere – proiect are șanse să fie acea reglementare care aduce soluții bune și viabile, instituind o instituție juridică ce poate avea o mare aplicabilitate în practică, în special în măsura în care se vor menține forma suplă, cerințe minimale de capital și de formalități reduse de înființare, iar cele mai importante aspecte vor fi stabilite la nivelul Uniunii Europene, trimiterele la legislațiile naționale rămânând reduse la minim.

BIBLIOGRAFIE

Didier P., Didier Ph., 2011, *Droit Commercial*, vol II, *Les sociétés commerciales*, Ed. Economica, Paris, p. 250

Dominte N.R., 2008, *Organizarea și funcționarea societăților comerciale*, Ed. C.H. Beck, București

Gheorghe C., 2009, *Drept comercial european*, Ed. C.H. Beck, București

Noëlle Lenoir, *La Societas Europaea ou SE: pour une Citoyenneté Européenne de l'Entreprise* (2007), *Rapports officiels*, Ed. La documentation Française, Paris, 2007

Propunerea Comisiei de Regulament al Consiliului privind Statutul societății private europene publicată în 25 iunie 2008

Regulamentului (CE) nr. 2.157/2001 al Consiliului privind statutul societății europene

Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene

Regulamentul Consiliului (CE) nr. 1435/2003 din 22 iulie 2003 privind Statutul unei Societăți Cooperative Europene, cu modificările ulterioare

CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE ÎN CADRUL ORDINII JURIDICE COMUNITARE

Consilier juridic ADRIAN ARMEANU
Inspectoratul General pentru Imigrări

Abstract: Prin acest studiu, prezentăm unele aspecte ale Curții de Justiție a Uniunii Europene în cadrul ordinii juridice comunitare.

Keywords: Uniune Europeană, Curte de Justiție, ordine juridică

Considerații generale

Pentru a construi Europa, anumite state (astăzi în număr de 27) au încheiat între ele tratate care instituie Comunitățile Europene, apoi Uniunea Europeană, dotate cu instituții în măsură să adopte reguli de drept în domenii specifice.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene reprezintă *instituția jurisdicțională a Uniunii Europene*. Ea este compusă din trei instanțe: Curtea de Justiție, Tribunalul de Primă Instanță și Tribunalul Funcției Publice, a căror misiune esențială este de a examina legalitatea actelor uniunii și de a asigura *interpretarea și aplicarea uniformă a dreptului Uniunii Europene (denumit în continuare Dreptul UE)*.

Prin intermediul jurisprudenței sale, Curtea de Justiție a stabilit obligația administrațiilor și a instanțelor naționale de a aplica integral dreptul UE în cadrul sferei lor de competență și de a proteja drepturile conferite de acesta cetățenilor (*aplicarea directă a dreptului UE*), lăsând inaplicabilă orice dispoziție contrară din dreptul intern, anterioară sau ulterioară normei comunitare (*supremația dreptului UE asupra dreptului național*).

Curtea a recunoscut de asemenea principiul răspunderii Statelor Membre pentru încălcarea dreptului UE, care constituie, pe de o parte, un element care consolidează în mod decisiv protecția drepturilor conferite persoanelor private de către normele comunitare și, pe de altă parte, un factor care poate contribui la aplicarea mai diligentă a normelor comunitare de către Statele Membre. Încălcările comise de către Statele Membre pot astfel da naștere obligațiilor de reparare, care pot, în anumite cazuri, să aibă repercusiuni grave asupra finanțelor publice naționale. În plus, pentru orice neîndeplinire de către statele membre a obligațiilor decurgând din dreptul UE poate fi sesizată Curtea, iar în situația neexecutării unei hotărâri care constată o astfel de neîndeplinire, statul poate fi obligat să plătească penalități de întârziere și/sau o sumă forfetară.

Curtea de Justiție lucrează totodată în colaborare cu judecătorul național, instanța de drept comun în domeniul dreptului Uniunii. Orice instanță națională chemată să soluționeze un litigiu referitor la dreptul Uniunii poate și uneori trebuie să adreseze Curții de Justiție întrebări preliminare. În acest mod, Curtea este chemată să dea o interpretare proprie normei de drept comunitar sau să verifice legalitatea acesteia.

Evoluția jurisprudenței ilustrează contribuția Curții la crearea unui spațiu juridic care îi privește pe cetățeni, fiind menit să le protejeze drepturile conferite de legislația comunitară în diverse domenii ale vieții lor cotidiene.

1. Principii fundamentale stabilite prin jurisprudență

În jurisprudența sa, al cărei punct de plecare îl reprezintă hotărârea *Van Gend & Loos* din 1963, Curtea a introdus principiul efectului direct al dreptului Uniunii în Statele Membre. Acesta permite cetățenilor europeni să invoce în mod direct normele juridice comunitare în fața instanțelor judecătorești naționale.

Întreprinderea de transport *Van Gend & Loos*, importatoare de mărfuri din Germania în Țările de Jos, trebuia să plătească taxe vamale pe care le aprecia ca fiind contrare dispoziției din Tratatul CEE ce interzice mărirea taxelor vamale în cadrul relațiilor comerciale reciproce. Acțiunea punea problema conflictului dintre dreptul intern și normele Tratatului CEE. Fiind sesizată de către o instanță judecătorească din Țările de Jos, Curtea a soluționat întrebarea prin instituirea doctrinei efectului direct, conferind astfel întreprinderii de transport o garanție directă a drepturilor sale izvorâte din legislația comunitară în fața instanței judecătorești naționale.

În 1964, hotărârea *Costa* a stabilit supremația dreptului UE asupra dreptului intern. În această cauză, o instanță judecătorească italiană solicitase Curții de Justiție să stabilească dacă legea italiană de naționalizare a sectorului de producție și de distribuție a energiei electrice era compatibilă cu anumite norme din Tratatul CEE. Curtea a introdus doctrina supremației dreptului UE, întemeindu-se pe specificul ordinii juridice comunitare, menite să aibă o aplicare uniformă în toate Statele Membre.

În 1991, în hotărârea *Francovich ș.a.*, Curtea a dezvoltat o altă noțiune fundamentală, și anume aceea a răspunderii unui Stat Membru față de persoanele private pentru prejudiciile cauzate acestora prin încălcarea dreptului UE de către respectivul stat. Ca urmare, începând cu 1991, cetățenii europeni au la îndemână o acțiune în repararea prejudiciilor împotriva statului care încalcă o normă comunitară.

Doi cetățeni italieni, care trebuiau să își încaseze remunerațiile de la angajatorii lor aflați în faliment, au introdus acțiuni invocând abținerea statului italian de a transpune dispozițiile comunitare care protejează lucrătorii salariați în cazul insolvenței angajatorului. Fiind sesizată de către o instanță judecătorească italiană, Curtea a precizat că directiva respectivă urmărea să confere drepturi persoanelor fizice, drepturi de care acestea au fost private ca urmare a abținerii statului de a transpune directiva. Astfel, Curtea a deschis posibilitatea introducerii unei acțiuni în reparare împotriva statului însuși.

2. Curtea în viața cetățeanului european

Din miile de hotărâri pronunțate de Curte, cea mai mare parte, în special cele pronunțate cu titlu preliminar, au în mod vădit consecințe importante în viața de fiecare zi a cetățenilor europeni. Unele dintre aceste hotărâri sunt citate în cele ce urmează, cu titlu de exemplu, pentru domeniile cele mai importante ale dreptului UE.

3. Libera circulație a mărfurilor

Începând cu hotărârea *Cassis de Dijon*, pronunțată în 1979, referitoare la principiul liberei circulații a mărfurilor, comercianții pot să importe în țările lor orice produs provenind din altă țară a Comunității, cu condiția ca acesta să fi fost produs și comercializat în mod legal în acea țară și ca niciun motiv imperativ, privind de pildă protecția sănătății sau a mediului înconjurător, să nu se opună importului său în țara de consumație.

4. Libera circulație a persoanelor

În acest domeniu au fost pronunțate numeroase hotărâri.

În hotărârea Kraus (1993), Curtea a statuat că situația unui resortisant comunitar, titular al unei diplome postuniversitare care a fost obținută într-un alt Stat Membru și care îi facilitează accesul la o profesie sau la exercitarea unei activități economice, este reglementată de dreptul UE, chiar și în privința raporturilor acelui resortisant cu Statul Membru de origine. Astfel, dacă un Stat Membru poate condiționa utilizarea acestui titlu pe teritoriul său de obținerea unei autorizații administrative, procedura de autorizare poate avea drept unic scop să verifice dacă titlul a fost eliberat în mod legal.

Dintre hotărârile pronunțate în acest domeniu, una dintre cele mai cunoscute este hotărârea Bosman (1995), prin care Curtea a statuat, la cererea unei instanțe judecătorești belgiene, asupra compatibilității dintre regulile federațiilor de fotbal și libera circulație a lucrătorilor. Curtea a precizat că sportul practicat la nivel profesionist este o activitate economică al cărei exercițiu nu poate fi împiedicat de reguli referitoare la transferul jucătorilor sau care limitează numărul jucătorilor resortisanți ai altor state membre. Acest principiu a fost extins, prin hotărâri ulterioare, la situația sportivilor profesioniști provenind din țări terțe care au încheiat un acord de asociere (hotărârea Deutscher Handballbund, 2003) sau de parteneriat (hotărârea Simutenkov, 2005) cu Comunitățile Europene.

5. Libera prestare a serviciilor

O hotărâre din 1989 privind libera prestare a serviciilor se referea la situația unui turist britanic care fusese agresat și rănit grav în metroul parizian. Fiind sesizată de către o instanță judecătorească franceză, Curtea a decis că, în calitate de turist, cetățeanul britanic beneficia de servicii și în afara țării sale, aflându-se în sfera de aplicare a principiului nediscriminării pe motiv de naționalitate înscris în dreptul UE. În consecință, el avea dreptul la aceeași despăgubire precum cea care ar fi putut fi pretinsă de un resortisant francez (hotărârea Cowan).

Fiind sesizată de către instanțe judecătorești luxemburghize, Curtea a statuat că prevederile naționale care refuză unei persoane asigurate rambursarea cheltuielilor pentru un tratament dentar pe motiv că a fost efectuat în alt Stat Membru constituie un obstacol nejustificat în calea liberei prestări a serviciilor (hotărârea Kohll, 1998), iar refuzul de a rambursa cheltuielile privind achiziționarea de ochelari din străinătate este considerat un obstacol nejustificat în calea liberei circulații a mărfurilor (hotărârea Decker, 1998).

6. Egalitatea de tratament și drepturi sociale

O stewardesă a introdus o acțiune împotriva angajatorului său pe motiv de discriminare în privința remunerației pe care o încasa în comparație cu colegii ei de sex masculin care efectuau aceeași muncă. Fiind sesizată de o instanță judecătorească belgiană, Curtea a decis, în 1976, că norma din tratat care impunea principiul egalității de remunerare a lucrătorilor femeii și bărbați pentru aceeași muncă are efect direct (hotărârea Defrenne).

Interpretând normele comunitare referitoare la egalitatea de tratament între bărbați și femeii, Curtea a contribuit la protecția femeii împotriva concedierilor legate de perioada sarcinii. Nemaiputând să lucreze din cauza dificultăților legate de sarcină, o femeie a fost concediată. În 1998, Curtea a declarat această concediere contrară dreptului UE. Concedierea unei femei în cursul sarcinii pe motiv de absențe cauzate de o boală în legătură cu sarcina însăși constituie o discriminare interzisă pe motiv de sex (hotărârea Brown).

Pentru a garanta protecția securității și a sănătății lucrătorilor, este necesar ca aceștia să beneficieze de un concediu anual plătit. În 1999, sindicatul britanic BECTU a contestat legea britanică care priva lucrătorii cu contracte de muncă de scurtă durată de acest drept, pe motiv că nu era conformă directivei comunitare privind organizarea timpului de lucru. Curtea a conchis (hotărârea BECTU, 2001) că dreptul la concediu anual plătit este un drept social conferit de dreptul UE în mod direct tuturor lucrătorilor și că niciun lucrător nu poate fi privat de acesta.

7. Drepturile fundamentale

Apreciind că respectarea drepturilor fundamentale face parte integrantă din principiile generale ale dreptului pe care este chemată să le apere, Curtea a contribuit în mod considerabil la îmbunătățirea standardelor privind protecția acestor drepturi. În această privință, ea se inspiră din tradițiile constituționale comune Statelor Membre și din instrumentele internaționale de protecție a drepturilor omului, în principal Convenția Europeană a Drepturilor Omului, la care Statele Membre au cooperat sau au aderat.

După numeroase atacuri teroriste îndreptate împotriva agenților de poliție, în Irlanda de Nord a fost introdus dreptul de portarmă de către forțele de poliție. Totuși, pentru motive de securitate publică, acest drept nu a fost acordat (pe baza unui certificat eliberat de către ministerul competent și inatacabil pe cale judecătorească) femeilor care lucrau în poliție. În consecință, poliția nord-irlandeză nu a mai putut oferi niciun contract de muncă cu normă întreagă vreunei femei. Fiind sesizată de către o instanță judecătorească din Regatul Unit, Curtea a decis că excluderea oricărei puteri de control a judecătorului asupra certificatului unei autorități naționale se opune principiului unui control judecătoresc efectiv recunoscut fiecărei persoane care se consideră lezată printr-o discriminare întemeiată pe sex (hotărârea Johnston, 1986).

8. Cetățenia europeană

În ceea ce privește cetățenia europeană, care este recunoscută de Tratatul tuturor resortisanților Statelor Membre, Curtea a confirmat că aceasta include dreptul de ședere pe teritoriul unui alt Stat Membru. Astfel, un resortisant minor al unui Stat Membru, care are o asigurare medicală și care dispune de resurse suficiente, beneficiază în egală măsură de un astfel de drept de ședere. Curtea a subliniat că dreptul UE nu impune minorului să dispună el însuși de resursele necesare și că refuzul de a acorda în același timp dreptul de ședere mamei sale, resortisantă a unei țări terțe, ar priva dreptul de ședere al copilului de orice efect util (hotărârea Zhu și Chen, 2004).

În aceeași hotărâre, Curtea a precizat că, chiar și în cazul în care dobândirea naționalității unui Stat Membru are ca scop obținerea de către resortisantul unei țări terțe a dreptului de ședere în temeiul dreptului UE, un Stat Membru nu poate restrânge efectele acordării naționalității de către alt Stat Membru.

9. Tribunalul de Primă Instanță

10. Componenta

Tribunalul de Primă Instanță este compus din cel puțin câte un judecător pentru fiecare Stat Membru (începând cu 2007-27). Judecătorii sunt numiți de comun acord de guvernele Statelor Membre, pentru un mandat de șase ani ce poate fi reînnoit. Judecătorii

desemnează din rândul lor un președinte pentru un mandat de trei ani și numesc un grefier pentru un mandat de șase ani. Judecătorii își exercită atribuțiile în deplină imparțialitate și independență.

Spre deosebire de Curtea de Justiție, Tribunalul nu dispune de avocați generali permanenți. În mod excepțional, această funcție poate fi încredințată unui judecător.

Tribunalul se întrunește în camere compuse din trei sau din cinci judecători sau, în anumite situații, o cauză poate fi atribuită unui singur judecător. De asemenea, Tribunalul se poate întruni în Marea Cameră (13 judecători) sau în ședință plenară, atunci când complexitatea juridică sau importanța cauzei o justifică. Aproximativ trei sferturi din cauzele aflate pe rolul Tribunalului sunt soluționate de către o cameră compusă din trei judecători.

Președinții camerelor compuse din cinci judecători sunt aleși dintre judecători pentru o perioadă de trei ani.

Tribunalul dispune de o grefă proprie, dar recurge la serviciile Curții de Justiție pentru alte necesități administrative și lingvistice.

11. Competența

Tribunalul de Primă Instanță este competent să instrumenteze:

- acțiuni introduse *de persoane fizice sau juridice* împotriva actelor instituțiilor UE (acte adresate acestor persoane sau care le privesc în mod direct și individual) sau împotriva abținerii acestor instituții de a da o decizie. Este vorba, de exemplu, de o acțiune introdusă de către o întreprindere împotriva unei decizii a Comisiei prin care i se aplică o amendă;

- acțiuni introduse *de Statele Membre împotriva Comisiei*;

- acțiuni introduse de Statele Membre împotriva Consiliului cu privire la actele adoptate în domeniul *ajutoarelor acordate de stat, la măsurile de protecție comercială („dumping”)* și la actele prin care Consiliul exercită *competențe de execuție*;

- acțiuni *prin care se urmărește obținerea unor despăgubiri* pentru prejudiciile cauzate de instituțiile UE sau de funcționarii lor;

- acțiuni ce au la bază *contracte încheiate de Comunități, prin care se atribuie în mod expres Tribunalului competența de instrumentare*;

- acțiuni în domeniul *mărcilor comunitare*.

Deciziile pronunțate de către Tribunal pot fi atacate la Curtea de Justiție în termen de două luni cu recurs limitat la aspecte de legalitate.

Litigiile dintre Comunități și funcționarii lor sunt de competența Tribunalului Funcției Publice. Cu toate acestea, există posibilitatea unui recurs limitat la aspecte de legalitate la Tribunalul de Primă Instanță.

12. Procedura

Tribunalul dispune de propriul său regulament de procedură. În principiu, procedura cuprinde o fază scrisă și o fază orală.

O *cerere scrisă* de un avocat sau de un agent adresată grefei declanșează procedura. Punctele principale ale acțiunii sunt publicate într-un comunicat, în toate limbile oficiale, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene. Acțiunea este comunicată de grefier părții adverse, care dispune de un termen pentru a formula o întâmpinare. Reclamantul are posibilitatea de a prezenta o replică într-un termen anume stabilit, la care pârâul poate răspunde printr-o duplică.

Toate persoanele care justifică un interes privitor la soluționarea unui litigiu aflat pe rolul Tribunalului, precum și Statele Membre și instituțiile comunitare, pot interveni în proces. Intervenientul prezintă un memoriu în favoarea sau în defavoarea uneia dintre părți, la care părțile pot ulterior răspunde. În anumite situații, intervenientul poate să-și prezinte observațiile și cu ocazia fazei orale.

În timpul *fazei orale*, audierea este publică. Pe parcursul acesteia, judecătorii pot adresa întrebări reprezentanților părților. Judecătorul raportor rezumă într-un raport al cauzei faptele expuse, argumentele fiecărei părți și, dacă este cazul, argumentele intervenienților. Acest document este pus la dispoziția publicului în limba în care se desfășoară procedura.

În continuare, judecătorii deliberază pe baza proiectului de hotărâre redactat de către judecătorul raportor, iar hotărârea este pronunțată în cadrul unei audieri publice.

Procedura în fața Tribunalului de Primă Instanță este scutită de taxe. În schimb, onorariul avocatului abilitat să pledeze în fața instanțelor unui Stat Membru la care părțile trebuie să recurgă pentru a fi reprezentate nu este suportat de către Tribunal. Cu toate acestea, în cazul în care o persoană fizică nu este în măsură să suporte cheltuielile de judecată, poate solicita *asistență juridică gratuită*.

13. Măsurile provizorii

Introducerea unei acțiuni la Tribunal nu are ca efect suspendarea executării actului atacat. Cu toate acestea, Tribunalul poate să dispună suspendarea executării sau să prescrie alte măsuri cu caracter provizoriu.

Președintele Tribunalului sau, dacă este cazul, un alt judecător – anume desemnat pentru soluționarea cererilor având ca obiect dispunerea unei măsuri provizorii – hotărăște asupra unei astfel de cereri printr-o ordonanță motivată.

Nu se acordă măsuri cu caracter provizoriu decât dacă sunt reunite trei condiții:

- acțiunea trebuie să pară la prima vedere întemeiată;
- solicitantul trebuie să facă dovada urgenței măsurilor fără de care ar suporta un prejudiciu grav și ireparabil;
- măsurile provizorii trebuie să țină seama de un echilibru între interesele părților și interesul general.

Ordonanța are un caracter provizoriu și nu influențează sub nicio formă decizia Tribunalului asupra fondului cauzei. De altfel, ea poate face obiectul unui recurs în fața președintelui Curții de Justiție.

14. Procedura accelerată

Această procedură îi permite Tribunalului să hotărască cu celeritate asupra fondului în cauze considerate ca prezentând o urgență deosebită.

Procedura accelerată poate fi solicitată fie de partea reclamantă, fie de partea pârâtă.

Regimul lingvistic

Limba în care este redactată acțiunea, care poate fi *una dintre cele 23 de limbi oficiale ale Uniunii Europene, va fi limba în care se va desfășura procedura în cadrul cauzei respective*.

Dezbatările care au loc cu ocazia fazei orale a procedurii sunt traduse simultan, după necesități, în diferite limbi oficiale ale Uniunii Europene. Judecătorii deliberază fără interpret într-o limbă comună care, prin tradiție, este franceza.

Tribunalul Funcției Publice a Uniunii Europene

Componența

Este compus din șapte judecători numiți de Consiliu pentru o perioadă de șase ani care poate fi reînnoită, după ce se face apel la candidaturi și după obținerea avizului unui comitet format din șapte personalități alese dintre foști membri ai Curții de Justiție și ai Tribunalului și dintre juriști a căror competență este notorie.

Prin numirea judecătorilor, Consiliul urmărește asigurarea unei compuneri echilibrate a Tribunalului Funcției Publice, pentru a dispune de o reprezentare geografică cât mai largă în privința resortisanților Statelor Membre și a sistemelor juridice naționale.

Judecătorii Tribunalului Funcției Publice desemnează din rândul lor președintele, pentru o perioadă de trei ani ce poate fi reînnoită.

Tribunalul Funcției Publice se întrunește în camere compuse din trei judecători. Cu toate acestea, atunci când dificultatea sau importanța problemelor de drept justifică acest lucru, o cauză poate fi trimisă în fața plenului. În plus, în situațiile determinate prin Regulamentul său de procedură, Tribunalul Funcției Publice poate soluționa cauza în cameră compusă din cinci judecători sau în complet format dintr-un judecător unic.

Judecătorii numesc un grefier pentru un mandat de șase ani. Tribunalul Funcției Publice dispune de o greafă proprie, dar recurge la serviciile Curții de Justiție pentru alte necesități administrative și lingvistice.

Competența

În cadrul instituției jurisdicționale, Tribunalul Funcției Publice este instanța specializată în materia contenciosului funcției publice a Uniunii Europene. Această competență a fost exercitată anterior de Curtea de Justiție și, de la crearea sa în 1989, de Tribunal.

Tribunalul soluționează în primă instanță litigiile dintre Uniunea Europeană și agenții săi, conform articolului 270 TFUE, ceea ce reprezintă aproximativ 120 de cauze pe an, în condițiile în care personalul instituțiilor Uniunii este compus din aproximativ 35 000 de persoane. Aceste litigii au drept obiect nu numai probleme referitoare la relațiile de muncă propriu-zise (remunerație, desfășurarea carierei, recrutare, măsuri disciplinare etc.), ci și regimul de securitate socială (boală, vârstă, invaliditate, accidente de muncă, alocații familiale etc.).

Tribunalul soluționează de asemenea litigiile dintre organe, oficii sau agenții și personalul lor, pentru care competența este atribuită Curții de Justiție a Uniunii Europene [de exemplu, litigii între Europol, Oficiului pentru Armonizare în cadrul Pieței Interne (OAPI) sau Banca Europeană de Investiții și agenții acestora].

Tribunalul nu poate, în schimb, soluționa litigiile dintre administrațiile naționale și agenții lor. Hotărârile pronunțate de Tribunalul Funcției Publice pot face obiectul unui recurs limitat la probleme de drept. Acest recurs poate fi introdus în termen de două luni în fața Tribunalului.

Procedura

Procedura în fața Tribunalului Funcției Publice se desfășoară conform dispozițiilor din Statul Curții de Justiție a Uniunii Europene, în special a celor cuprinse în anexa I la acesta, precum și din propriul său regulament de procedură, care a intrat în vigoare la 1 noiembrie 2007. În principiu, procedura cuprinde o fază scrisă și o fază orală.

15. Faza scrisă

O cerere introductivă scrisă de un avocat și adresată grefei declanșează procedura. Cererea introductivă este comunicată de către grefier părții adverse, care dispune de un termen pentru a depune un memoriu în apărare.

Tribunalul Funcției Publice poate hotărî că este necesar un al doilea schimb de memorii scrise. Orice persoană care justifică un interes în soluționarea unui litigiu aflat pe rolul Tribunalului Funcției Publice, precum și Statele Membre și instituțiile Uniunii Europene pot interveni în procedură. Intervenientul depune un memoriu, prin care urmărește susținerea sau respingerea concluziilor uneia dintre părți, la care părțile pot ulterior să răspundă. În anumite situații, intervenientul poate să își prezinte observațiile și în cadrul fazei orale.

16. Faza orală

În timpul fazei orale are loc o ședință publică. În cadrul acesteia, judecătorii pot adresa întrebări reprezentanților părților și, dacă este cazul, chiar părților. Judecătorul raportor întocmește un raport pregătit de ședință, care conține elementele esențiale ale cauzei și indică aspectele pe care părțile trebuie să se concentreze în pledoarii. Acest document este pus la dispoziția publicului în limba de procedură.

Judecătorii deliberază pe baza proiectului de hotărâre redactat de către judecătorul raportor. Hotărârea se pronunță în ședință publică.

17. Cheltuielile de judecată

Procedura la Tribunalul Funcției Publice este scutită de taxe. În schimb, onorariul avocatului, care are dreptul să își exercite profesia în fața unei instanțe a unui stat membru și care trebuie să reprezinte partea, nu este în sarcina Tribunalului Funcției Publice. Cu toate acestea, o parte poate solicita să beneficieze de asistență judiciară în cazul în care se află în imposibilitate de a face față cheltuielilor de judecată.

18. Soluționarea amiabilă a litigiilor

În orice stadiu al procedurii, începând din momentul depunerii cererii introductive, Tribunalul Funcției Publice poate încerca să faciliteze soluționarea amiabilă a litigiilor.

19. Măsurile provizorii

Introducerea unei acțiuni la Tribunalul Funcției Publice nu are ca efect suspendarea executării actului atacat. Cu toate acestea, Tribunalul Funcției Publice poate să dispună suspendarea executării acestuia sau să prescrie alte măsuri provizorii. Președintele Tribunalului Funcției Publice sau, dacă este cazul, un alt judecător delegat cu luarea măsurilor provizorii se pronunță asupra unei astfel de cereri prin ordonanță motivată.

Măsurile provizorii se dispun numai dacă sunt întrunite trei condiții:

- acțiunea principală trebuie să pară, la prima vedere, întemeiată;
- solicitantul trebuie să dovedească împrejurările care determină urgența măsurilor, în lipsa cărora ar suporta un prejudiciu grav și ireparabil;
- măsurile provizorii trebuie să țină seama de punerea în balanță a intereselor părților și a interesului general.

Ordonanța are caracter provizoriu și nu prejudică fondul asupra căruia Tribunalul Funcției Publice se pronunță în acțiunea principală. În plus, aceasta poate fi atacată cu recurs în fața Tribunalului.

20. Regimul lingvistic

Limba în care este redactată cererea introductivă, care poate fi una dintre cele 23 de limbi oficiale ale Uniunii Europene, va fi limba de procedură în cauza respectivă.

Dezbaterile care au loc cu ocazia fazei orale a procedurii beneficiază de interpretare simultană, în funcție de necesități, în diferite limbi oficiale ale Uniunii Europene. Judecătorii deliberază fără interpret într-o limbă comună, limba franceză.

BIBLIOGRAFIE:

- Augustin Fuerea, *Instituțiile Uniunii Europene*, Ed. Universul Juridic, București 2002
- Manolache Octavian, *Drept Comunitar*, Ed. All Beck, București 2003
- <http://europa.eu>;
- <http://curia.europa.eu>.

ANALIZA COMPATIBILITĂȚII LEGII NR. 38/2010 CU UN MEDIU CONCURENȚIAL NORMAL

Drd. NATHANIEL CORNOIU-JITĂRAȘU
Facultatea de Drept, Universitatea din București

Abstract: According to art. 45 of the Romanian Constitution (revised), the free access to an economic activity is guaranteed, while art. 135 para. (1) of the same fundamental law establishes the principle according to which the Romanian economy is based on free initiative and competition.

Despite the State's obligation to secure the freedom of commerce, as provided by art. 135 para. (2) point b) of the same Constitution, the Romanian legislator has adopted two years ago a law which severely infringes the free access of enterprises to a certain market, as well as the right to exit the market of those firms which do not want to continue their business in that market, the free competition on the relevant market being seriously damaged.

The object of the present study is to explain the legal consequences of the adoption of Law no. 38/2010 and its purpose is to promote an alternative solution which could significantly reduce some negative effects of the economic crisis in the national dairy market.

Keywords: antitrust, statutes, barriers to entry and exit, free competition

I. Procesul legislativ

Legea nr. 38 din 9 martie 2010 pentru abrogarea O.G. nr. 48/2005 privind organizarea pieței laptelui de vacă a fost promulgată prin Decretul nr. 354 din 5 martie 2010 al Președintelui României și publicată în Monitorul Oficial nr. 157 din 11 martie 2010, intrând în vigoare 3 zile mai târziu, în conformitate cu art. 12 alin. (1) ipoteza întâi din Legea nr. 24/2000 (republicată) privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative.

Inițiată de Guvern la solicitarea Asociației crescătorilor de bovine¹, această măsură legislativă² a fost avizată favorabil de Consiliul Legislativ prin Avizul nr. 1.004 din 8 septembrie 2009³ și înaintată Parlamentului prin Adresa nr. E-211 din 25 septembrie 2009 a Secretariatului General al Guvernului⁴.

¹ În acest sens, a se vedea: Expunerea de motive a Guvernului, Secțiunea a-6-a, pct. 1, p. 3; documentul se găsește pe site-ul oficial al Senatului României, la adresa: <http://webapp.senat.ro/pdf/09L524EM.pdf> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

² O copie a versiunii inițiale a proiectului legislativ se găsește la adresa: <http://webapp.senat.ro/pdf/09L524FG.pdf> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

³ A se vedea, în acest sens: Expunerea de motive a Guvernului, Secțiunea a-6-a, pct. 5, p. 3-4; o copie a acestui act administrativ se găsește la adresa: <http://webapp.senat.ro/pdf/09L524LG.pdf> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

⁴ O copie a acestui document se găsește la adresa: <http://webapp.senat.ro/pdf/09L524AD.pdf> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

Proiectul legislativ a fost votat de Senat pe 28 octombrie 2009, cu unanimitate (54 de voturi și 0 abțineri) și de Camera Deputaților pe 16 februarie 2010⁵.

II. Conținutul Legii nr. 38/2010

Legea nr. 38/2010 conține doar două articole, din care primul abrogă O.G. nr. 48/2005, iar al doilea menține până la sfârșitul anului 2014 actele subsecvente emise în temeiul ordonanței abrogate.

III. Descrierea actului normativ abrogat

O.G. nr. 48 din 11 august 2005 privind organizarea pieței laptelui de vacă⁶ a fost aprobată cu modificări prin Legea nr. 72 din 23 martie 2006⁷, ulterior fiind modificată prin O.U.G. nr. 89 din 11 septembrie 2007⁸ (aprobată cu modificări prin Legea nr. 93 din 8 aprilie 2008⁹).

În ceea ce privește obiectul reglementării actului normativ abrogat, se observă faptul că O.G. nr. 48/2005 ocârmuia activitatea sectorului de producție, procesare și de piață a laptelui de vacă (art. 1).

Conform prevederilor art. 19 alin. (2) din același act normativ, rolul O.G. nr. 48/2005 a fost acela de cadru legal necesar implementării – începând de la 1 ianuarie 2007 – prevederilor Regulamentelor Consiliului Uniunii Europene nr. 1.255 din 17 mai 1999¹⁰, nr. 1.782 din 29 septembrie 2003¹¹ și nr. 1.788 din 29 septembrie 2003¹².

IV. Examenul critic al Legii nr. 38/2010

În principiu, dreptul legiuitorului de a aduce modificări actelor normative aflate în vigoare la un moment dat poate și trebuie să fie exercitat în conformitate cu Constituția României și cu celelalte norme juridice incidente.

Din punct de vedere juridic, abrogarea înseamnă eliminarea printr-o normă juridică nouă a unei reglementări vechi, care astfel își încetează aplicarea pentru viitor, abrogarea putând fi expresă ori tacită¹³.

Sub aspect teoretic, în cazul abrogării unei legi există două ipoteze:

a) fie legislația inițială a fost adoptată pentru o anumită perioadă, la sfârșitul căreia actul normativ relevant iese din vigoare, fără a fi necesară o nouă reglementare,

⁵ A se vedea, în acest sens: Fișa actului legislativ, care se găsește la adresa: <http://webapp.senat.ro/senat.proiect.asp?cod=14552&pos=0> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

⁶ Acest act normativ a fost publicat în Monitorul Oficial al României, Partea întâi, nr. 781 din 29 august 2005.

⁷ Acest act normativ a fost publicat în Monitorul Oficial al României, Partea întâi, nr. 288 din 30 martie 2006.

⁸ Acest act normativ a fost publicat în Monitorul Oficial al României, Partea întâi, nr. 639 din 19 septembrie 2007.

⁹ Acest act normativ a fost publicat în Monitorul Oficial al României, Partea întâi, nr. 291 din 15 aprilie 2008.

¹⁰ Acest act normativ a fost publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, nr. L 160 din 26 iunie 1999.

¹¹ Acest act normativ a fost publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, nr. L 270 din 21 octombrie 2003.

¹² Acest act normativ a fost publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, nr. L 270 din 21 octombrie 2003.

¹³ Prof. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique* [(ed. a VIII-a, tirajul al doilea, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, XXI+986p.), p. 4].

b) fie evoluția societății reclame înlocuirea integrală a vechilor norme, situație în care abrogarea este simultană cu legiferarea unei alte legislații.

În cazul pieței laptelui de vacă, nefiind în prezența unei dereglementări integrale – imposibile obiectiv în prezența unor tranzacții anuale a căror valoare depășește un miliard de euro¹⁴, dar mai ales datorită existenței Pieței Comune – legiitorul român nu s-a putut regăsi în prima ipoteză [lit. a)], argumente în acest sens fiind actele normative comunitare, precum și art. 2 din Legea nr. 38/2010. Totuși, în sens contrar s-a exprimat în 2009 Consiliul Legislativ, care, în pofida dispozițiilor art. 19 alin. (2) din O.G. nr. 48/2005 referitoare la cadrul juridic național necesar a fi reglementat începând de la data aderării României la Uniunea Europeană, și contrar propriei constatări făcute în 2005 în Avizul său favorabil acordat proiectului Ordonanței nr. 48/2005, în sensul că „nu este [operată] o transpunere fidelă a procedurilor comunitare care reglementează piața produselor lactate”¹⁵, a considerat în cele din urmă că abrogarea Ordonanței menționate ar conduce la eliminarea unor (presupuse) „paralelisme legislative”¹⁶.

În mod evident, Consiliul Legislativ a făcut o confuzie între lipsa necesității transunerii *ad litteram* a dispozițiilor unui regulament comunitar și nevoia reglementării la nivel național a cadrului juridic specific aplicării normelor comunitare, argumente importante în sprijinul acestei teze fiind: concordanța O.G. nr. 38/2005 cu acquis-ul comunitar¹⁷, lăsarea în ființă a O.G. nr. 48/2005 timp de peste 3 ani după momentul aderării țării noastre la Uniunea Europeană și mai ales inexistența în legislația comunitară a unei reglementări speciale pentru piața românească, legislație care să facă inutilă edictarea de acte normative similare la nivel național.

De asemenea, este relevantă absența oricăror referiri concrete la acele „paralelisme legislative”, cu atât mai mult cu cât inclusiv în ipoteza puțin probabilă în care în cursul aplicării regulamentelor comunitare ar fi survenit un conflict juridic cu un act normativ național, preeminența ar fi fost acordată automat legislației europene.

Sub aspectul tehnicii legislative, art. 64–65 din Legea nr. 24/2000 (republicată) prevăd că normele juridice dintr-o lege veche și care sunt contrare unei reglementări noi trebuie abrogate [art. 64 alin. (1)], iar actul abrogării este definitiv [art. 64 alin. (3)], ceea ce înseamnă că (re)intrarea în vigoare a O.G. nr. 48/2005 prin abrogarea Legii nr. 38/2010 nu mai este posibilă, deoarece este interzisă de art. 64 alin. (3) din Legea nr. 24/2000, care

¹⁴ G. Cocias, *Piața lactatelor va fierbe la peste un miliard de euro* (Wall-Street, 8 februarie 2007); X, *Piața laptelui va ajunge la un miliard de euro în următorul an* (Rompres, 27 august 2007); A. Apetrei, *Piața lactatelor în 2008: investiții, noi jucători, creșteri în volum și valoare* (Wall-Street, 15 decembrie 2008); D. Șerban, *Piața laptelui: piața produselor lactate ar putea crește în 2009 cu 5%, la 1,15 miliarde de euro, a declarat președintele APRIL* (AgroRomania, 22 iunie 2009); A. Apetrei, *Adriana Ionescu, Tnuva: Sperăm la o revenire a industriei laptelui în a doua jumătate a anului viitor* (Wall-Street, 23 octombrie 2009); X, *Piața de lactate, în stagnare* (Wall-Street, 8 februarie 2010); C. Poenaru, *Napolact: piața lactatelor din România se apropie de un miliard de euro. Scad vânzările de unt și smântână, cresc cele de iaurt* (Ziua de Cluj, 23 martie 2012).

¹⁵ A se vedea, în acest sens: Pct. 3, p. 3 din Avizul nr. 1.164 din 15 august 2005 al Consiliului Legislativ; o copie a versiunii electronice a acestui act administrativ se găsește la adresa: <http://webapp.senat.ro/pdf/05L386LG.pdf> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

¹⁶ A se vedea, în acest sens: Pct. 2 din Avizul nr. 1.004/2009 al Consiliului Legislativ, citat *supra*, nota de subsol nr. 3.

¹⁷ A se vedea, în acest sens: Pct. 3, p. 3 din Avizul nr. 1.164/2005 al Consiliului Legislativ citat *supra*, nota de subsol nr. 15.

oprește repunerea în vigoare a unui act normativ mai vechi prin abrogarea reglementării ulterioare, fiind așadar necesară edictarea unei reglementări noi.

Observând atent prevederile Legii nr. 38/2010, constatăm faptul că legiuitorul s-a aflat într-o ipoteză asemănătoare celei descrise mai sus, la pct. IV, lit. b), în sensul că s-a considerat oportună înlăturarea vechii legislații, urmată de păstrarea efectelor actelor încheiate în temeiul Ordonanței nr. 48/2005.

Practic, Legea nr. 38/2010 permite ultraactivarea actului normativ abrogat expres doar în cazul actelor juridice încheiate până pe 13 martie 2010 în temeiul O.G. nr. 48/2005 de către agenții economici deja aflați pe piața laptelui, cu excluderea tuturor celorlalți potențiali concurenți (fermieri și procesatori) ai celor aflați în prima categorie.

Cu alte cuvinte, legiuitorul a dispus aplicarea, sub imperiul Legii nr. 38/2010 a reglementării precedente doar față de actorii economici deja aflați sub incidența Ordonanței nr. 48/2005, prin înlăturarea de la aplicarea aceluiași norme față de întreprinderile care ar fi dorit să intre pe piața laptelui de vacă începând cu 14 martie 2010.

În aceste condiții, constatăm că intrarea în vigoare a Legii nr. 38/2010 a intervenit într-un moment-cheie pentru piața laptelui de vacă, și anume cu jumătate de lună înainte de începutul anului cotei de lapte pe 2010, respectiv 1 aprilie 2010 [termen calculat conform dispozițiilor art. 5 alin. (2) din O.G. nr. 48/2005].

Luând în considerare consecințele în plan economic ale noii reglementări, suntem de părere că Legea nr. 38/2010 a instituit o barieră absolută la intrarea pe piață¹⁸, prin permiterea participării la sistemul de repartizare a cotei de lapte doar agenților economici aflați în piață pe 13 martie 2010 și orientarea automată a celorlalți (potențiali) producători și procesatori către piața neagră, unde deja se pare că avusese loc o concentrare a unei părți semnificative (circa 40 %) din producția autohtonă de lapte.

Față de împrejurarea că art. 2 al Legii nr. 38/2010 impune prelungirea până la sfârșitul anului 2014 a efectelor actelor [administrative (e.g.: autorizații), civile și comerciale (e.g.: contracte)] încheiate în temeiul O.G. nr. 48/2005 și cunoscând faptul că durata contractelor încheiate între producătorii de lapte și procesatori este în general de un an, constatăm că prin edictarea noii legislații a avut loc și o nesocotire a obligației prevăzute de art. 135 alin. (2) lit. a) din Legea fundamentală a României¹⁹ privind necesitatea asigurării libertății comerțului în latura sa negativă, în sensul permiterii agenților economici de a înceta benevol activitatea desfășurată până la un moment dat. Practic, bariera absolută la intrarea pe piață a noilor societăți este dublată de bariera absolută la ieșirea de pe piață a firmelor

¹⁸ Lansat în 1934 de către Heinrich von Stackelberg {Apud: Jean TIROLE, *The theory of industrial organization* [Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge, 1988, XII+479p.), p. 315]}, acest concept a fost uneori criticat în doctrina economică {John H. SHENEFIELD, Irwin M. STELZER, *The antitrust laws. A primer* [(ed. a IV-a, American Enterprise Institute Press, La Vergne, 2001, XII+187p.), p. 90]}, însă în Dreptul comparat al concurenței i se acordă o atenție aparte, o dovadă în acest sens fiind volumul editat de Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică, *Barriers to entry (2005)* [Policy roundtable, Paris, 6 martie 2006, 316p.]. În România, instituirea privată – de către o asociație profesională – a unei bariere la intrarea pe o anumită piață a fost sancționată de către Consiliul Concurenței prin Decizia nr. 544/2000, care ulterior a fost infirmată prin Sentința nr. 1.204/2001 a Curții de Apel București – Secția de contencios administrativ și fiscal, dar și prin Decizia nr. 342/2004 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Secția de contencios administrativ și fiscal, apud: C. BUTACU, *Legislația concurenței. Comentarii și explicații* [(Ed. All Beck, București, 2005, VII+278p.), p. 27 și notele de subsol nr. 1-2, p. 28 și nota de subsol nr. 1].

¹⁹ A se vedea, în acest sens: Constituția României republicată, după revizuirea din 2003, în Monitorul Oficial al României, Partea întâi, nr. 767 din 31 octombrie 2003.

care se găseau în acel domeniu la data de 13 martie 2010, fapt care constituie o tristă confirmare a doctrinei economice potrivit căreia uneori, reglementările adoptate de legiuitor sunt vătămătoare pentru bunul mers al concurenței²⁰, singurii posibili beneficiari ai unei astfel de legislații fiind procesatorii care își vor consolida poziția dominantă pe care o dețin la nivel local sau regional, în detrimentul potențialilor competitori – opriți să intre pe piață, dar mai ales în dezavantajul fermierilor – care vor obține prețuri din ce în ce mai mici pentru marfa lor, precum și în dauna consumatorilor – care vor cumpăra produse lactate din ce în ce mai scumpe.

Concluzii

Având în vedere chestiunile analizate și ținând cont de următorii factori:

i) gravul dezechilibru economic dintre cerere și ofertă pe piața laptelui crud din România anulului 2010,

ii) ratarea în țara noastră a obiectivului comunitar privind asigurarea unui nivel de viață echitabil pentru cvasi-majoritatea fermierilor²¹ autohtoni, prin implementarea defectuoasă, în beneficul exclusiv al procesatorilor, a mecanismului prevăzut de Piața Agricolă Comună (P.A.C.),

iii) caracterul oligopolistic al cererii la nivel regional,

iv) dubla barieră instituită de legiuitor pe piața laptelui (atât la intrarea, cât și la ieșirea de pe piață),

v) existența unei piețe negre ale cărei dimensiuni aproape că egalează piața (de) reglementată, suntem de părere că în cazul Legii nr. 38/2010 au fost întrunite condițiile prevăzute de art. 4 alin. (2) ipoteza a doua din Legea nr. 21/1996 (modificată)²² – respectiv restrângerea substanțială a concurenței prin efectul legii examinate, situație în care considerăm că Guvernul României ar fi trebuit să adopte o hotărâre privind instituirea unui control al prețului laptelui la poarta fermei pe o durată de cel mult 3 ani, perioadă care ulterior ar fi putut fi prelungită succesiv cu câte un an.

Nivelul acestui preț ar fi putut avea două componente²³ și anume: un cost de producție mediu/litru evaluat în cazul exploatărilor de mici dimensiuni (1-2 capete de bovine) și o

²⁰ Dr. C. Veljanovski, *The Economics of Law* [(ed. a II-a, The Institute of Economic Affairs, Londra, 2006, 177p.), p. 16, dar mai ales pp. 151 și 152].

²¹ Pentru o analiză destul de recentă a problematicii economice specifice fermierilor săraci, a se vedea: G. Ramsay, B. Morgan, *Barriers to entry, poor livestock producers and public policy* (Food and Agriculture Organisation, Pro-Poor Livestock Policy Initiative, Roma, 24 noiembrie 2009, X+72p.), dar mai ales: R.E. de Hoyos, D. Medvedev, *Poverty effects of higher food prices. A global perspective* (Policy Research Working Paper no. 4.887/1.3.2009, The World Bank, Washington, 32p.) și A.A. Aksoy, B. Hoekman (eds.), *Food prices and rural poverty* (The International Bank for Reconstruction and Development/ The World Bank, Washington, 2010, XV+332p.).

²² Legea concurenței a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea întâi, nr. 742 din 16 august 2005 și modificată prin O.U.G. nr. 75 din 30 iunie 2010 (publicată în M. Of. nr. 459 din 6 iulie 2010 și rectificată în Monitorul Oficial al României, Partea întâi, nr. 549 din 5 august 2010), O.U.G. nr. 75/2010 fiind la rândul ei aprobată cu modificări prin Legea nr. 149 din 5 iulie 2011 (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea întâi, nr. 490 din 11 iulie 2011 și rectificată în Monitorul Oficial al României, Partea întâi, nr. 511 din 19 iulie 2011, precum și în Monitorul Oficial al României, Partea întâi, nr. 563 din 8 august 2011).

²³ Unii economiști s-au aplecat asupra modului de fixare a prețului laptelui imediat după terminarea Primului Război Mondial; pentru detalii, a se vedea: F.A. PEARSON, *Principles involved in fixing the price of milk* (Journal of Farm Economics, vol. 1, nr. 3/1919, pp. 89-96). Pentru o cercetare aprofundată a mecanismului de formare a prețurilor bunurilor fungibile, a se vedea: Prof. S.J. EVENETT, Prof. F. JENNY (eds.), *Trade, competition and the pricing of commodities* (Centre for Economic Policy Research, Londra, 2012, X+161p.).

marjă a profitului nu mai mică decât media europeană în aceeași branșă (fermieri) și nu mai mare decât maximul marjei profitului procesatorilor din România.

În aparență, un asemenea demers din partea Executivului ar fi putut fi calificat drept o simplă intervenție protecționistă în favoarea agricultorilor români, însă comparația cu modelul celei mai avansate economii din lume arată că industria laptelui este domeniul în care Guvernul SUA a intervenit mai mult decât pe oricare altă piață²⁴, atât prin cumpărarea de produse din lapte în vederea sprijinirii prețului laptelui la poarta fermei²⁵, cât și prin acordarea de subvenții (*deficiency payments*)²⁶ către fermieri.

Practic, neluarea măsurii propuse mai sus ori a uneia echivalente este posibil să fi generat unul sau mai multe efecte deosebit de grave sub aspect economic și anume: scăderea prețului laptelui brut, accentuarea fenomenului de pauperizare a fermierilor români²⁷, ieșirea de pe piață a unor întreprinderi, creșterea dependenței României față de importuri și implicit cheltuirea de monedă străină pentru alimentarea consumului intern, precum și dezechilibrarea balanței de plăți externe.

BIBLIOGRAFIE:

A. Ataman Aksoy, Bernard Hoekman (eds.), *Food prices and rural poverty*²⁸ (The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, 2010)

Alina Apetrei, Adriana Ionescu, *Tnuva: Sperăm la o revenire a industriei laptelui în a doua jumătate a anului viitor* (Wall-Street, 23 octombrie 2009)

Alina Apetrei, *Piața lactatelor în 2008: investiții, noi jucători, creșteri în volum și valoare*²⁹ (Wall-Street, 15 decembrie 2008)

Cristina Butacu, *Legislația concurenței. Comentarii și explicații* (Ed. All Beck, București, 2005)

Hayley H. Chouinard, David E. Davis, Jeffrey T. LaFrance, Jeffrey M. Perloff, *Milk marketing order winners and losers* (Applied Economic Perspectives and Policy, vol. 32, nr. 1/2010).

Gabriela Cocias, *Piața lactatelor va fierbe la peste un miliard de euro*³⁰ (Wall-Street, 8 februarie 2007)

Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique* (ediția a opta, tirajul al doilea, Presses Universitaires de France, Paris, 2008)

²⁴ Hayley H. CHOUINARD, David E. DAVIS, Jeffrey T. LaFRANCE, Jeffrey M. PERLOFF, *Milk marketing order winners and losers* [(Applied Economic Perspectives and Policy, vol. 32, nr. 1/2010, p. 59-76), p. 59].

²⁵ Prof. Robert L. THOMSON, *Agricultural price supports* [în: Dr. David R. HENDERSON (ed.), *The Fortune encyclopedia of Economics* (Warner Books, New York, 1993, XX+876p.), p. 649].

²⁶ R. L. THOMSON, *art. cit.*, p. 650.

²⁷ Un fenomen asemănător a fost observat și în cazul agricultorilor nord-americani din perioada interbelică: B. H. HIBBARD, *The farmers' influence over prices* [(Journal of Farm Economics, vol. 5, nr. 1/1923, p. 1-15), p. 1].

²⁸ Volumul se găsește la adresa: http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/Pubs/Food_Prices_Rural_Poverty.pdf (accesată pe 9 noiembrie 2012).

²⁹ Sursa se găsește la adresa: <http://www.wall-street.ro/articol/Companii/55627/Piata-lactatelor-in-2008-Investitii-noi-jucatori-cresteri-in-volum-si-valoare.html> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

³⁰ Sursa se găsește la adresa: <http://www.wall-street.ro/articol/Companii/25295/Piata-lactatelor-va-fierbe-la-peste-un-miliard-de-euro.html> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

Rafael E. de Hoyos, Dennis Medvedev, *Poverty effects of higher food prices. A global perspective*³¹ (Policy Research Working Paper no. 4.887/1.3.2009, The World Bank, Washington)

Simon J. Evenett, Frédéric Jenny (eds.), *Trade, competition and the pricing of commodities*³² (Centre for Economic Policy Research, Londra, 2012)

B.H. Hibbard, *The farmers' influence over prices* (Journal of Farm Economics, vol. 5, nr. 1/1923)

Organisation for Economic Co-operation and Development, *Barriers to entry (2005)*³³ [Policy roundtable, Paris, 6 martie 2006]

F.A. Pearson, *Principles involved in fixing the price of milk* (Journal of Farm Economics, vol. 1, nr. 3/1919)

Călin Poenaru, *Napolact: piața lactatelor din România se apropie de un miliard de euro. Scad vânzările de unt și smântână, cresc cele de iaurt*³⁴ (Ziua de Cluj, 23 martie 2012)

Gavin Ramsay, Bryan Morgan, *Barriers to entry, poor livestock producers and public policy*³⁵ (Food and Agriculture Organization, Pro-Poor Livestock Policy Initiative, Roma, 24 noiembrie 2009)

John H. Shenefield, Irwin M. Stelzer, *The antitrust laws. A primer*³⁶ (ediția a patra, American Enterprise Institute Press, La Vergne, 2001)

Dragoș Șerban, *Piața laptelui: piața produselor lactate ar putea crește în 2009 cu 5%, la 1,15 miliarde de euro, a declarat președintele APRIL*³⁷ (AgroRomânia, 22 iunie 2009)

Robert L. Thomson, *Agricultural price supports* [în: David R. Henderson (ed.), *The Fortune encyclopedia of Economics*³⁸ (Warner Books, New York, 1993)

Jean Tirole, *The theory of industrial organization*³⁹ (Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge, 1988)

Cento Veljanovski, *The Economics of Law*⁴⁰ (ediția a doua, The Institute of Economic Affairs, Londra, 2006)

³¹ Studiul se găsește la adresa: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2009/03/30/000158349_20090330112537/Rendered/PDF/WPS4887.pdf (accesată pe 9 noiembrie 2012).

³² Cartea se găsește la adresa: <http://www.paralelo36andalucia.com/wp-content/2012/03/MATERIAS-PRIMAS.pdf> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

³³ Materialul se găsește la adresa: <http://www.oecd.org/dataoecd/43/49/36344429.pdf> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

³⁴ Sursa se găsește la adresa: <http://ziuadecj.realitatea.net/economie/napolact-piata-lactatelor-din-romania-se-apropie-de-un-miliard-de-euro-scad-vanzarile-de-unt-si-smantana-cresc-cele-de-iaurt--86964.html> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

³⁵ Studiul se găsește la adresa: <http://www.fao.org/ag/againfo/programmes/en/pplpi/docarc/wp46.pdf> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

³⁶ Volumul se găsește la adresa: http://www.aei.org/files/2001/12/01/20040217_book14.pdf (accesată pe 9 noiembrie 2012).

³⁷ Sursa se găsește la adresa: http://agroromania.manager.ro/articole/stiri/piata-laptelui-%3Cbr%3Epiata-produselor-lactate-ar-putea-creste-in-2009-cu-5procente-la-1_15-miliarde-euro-a-declarat-presedintele-april-3769.html (accesată pe 9 noiembrie 2012).

³⁸ Enciclopedia se găsește la adresa: http://files.libertyfund.org/files/1064/0145_Bk.pdf (accesată pe 9 noiembrie 2012).

³⁹ Tomul se găsește la adresa: <http://books.google.ro/books?id=HljsF0XONF8C&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false> (accesată pe 9 noiembrie 2012).

⁴⁰ Cartea se găsește la adresa: <http://www.iea.org.uk/files/upldbook391pdf?.pdf> (accesată pe (accesată pe 9 noiembrie 2012).

UNELE ASPECTE PRIVITOARE LA ORDINUL EUROPEAN DE ANCHETĂ ÎN MATERIE PENALĂ

Asist. univ. dr. CRISTIAN-EDUARD ȘTEFAN
Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”, București
Subcomisar de Poliție

Abstract: Throughout the article, the author examines some aspects of a new instrument on mutual assistance in criminal matters between the members of the EU, respectively of the European Investigation Order. The directive on the European Investigation Order aims to be a comprehensive and simplified instrument on the taking of evidence in judicial cooperation in criminal matters, which will replace the current system, marked by the coexistence of conventional legal aid based on the principle of mutual recognition instruments.

Keywords: legal aid, European Investigation Order, cooperation, evidence, European Union

1. Aspecte introductive privind cadrul general de obținere a probelor în materie penală la nivel european

Încă din etapa discuțiilor preliminare, statele inițiatoare ale proiectului unui ordin european de anchetă au susținut, în general, ideea instituirii unui regim juridic unic pentru obținerea de probe în cadrul UE. De aceea, au existat opinii majoritare asupra faptului că un astfel de domeniu de aplicare general nu trebuie, totuși, să se extindă la acele forme de asistență judiciară reciprocă care nu sunt direct legate de strângerea probelor, precum și asupra faptului că cooperarea polițienească ar trebui de asemenea să se situeze în afara domeniului de aplicare a instrumentului ordinului european de anchetă.

Până în prezent, în domeniul asistenței judiciare reciproce în materie penală în scopul obținerii probelor, la nivel european, au fost adoptate următoarele acte normative:

a) *Decizia-cadru 2003/577/JAI a Consiliului din 22 iulie 2003 privind executarea, în cadrul Uniunii Europene, a ordinelor de indisponibilizare a bunurilor sau a probelor, care a abordat necesitatea recunoașterii reciproce imediate a ordinelor pentru a preveni distrugerea, transformarea, deplasarea, transferul sau înstrăinarea probelor*¹.

b) *Decizia-cadru 2008/978/JAI a Consiliului din 18 decembrie 2008 privind mandatul european de obținere a probelor în vederea obținerii de obiecte, documente și date în vederea utilizării acestora în cadrul procedurilor în materie penală a fost adoptată în aplicarea principiului recunoașterii reciproce în această materie*².

¹ Întrucât instrumentul respectiv este limitat la faza de indisponibilizare, ordinul de indisponibilizare trebuie să fie însoțit de o cerere separată de transfer al probelor către statul emitent, în conformitate cu normele aplicabile asistenței reciproce în materie penală. Aceasta rezultă într-o procedură în două etape care îi afectează eficiența. În plus, acest regim coexistă cu instrumentele tradiționale de cooperare și, în consecință, este rar utilizat în practică de către autoritățile competente.

² Mandatul european de obținere a probelor se aplică doar probelor deja existente și, prin urmare, acoperă un spectru limitat de cooperare judiciară în materie penală cu privire la probe. Din cauza domeniului de aplicare

De la adoptarea Deciziilor-cadru 2003/577/JAI și 2008/978/JAI, a devenit evident faptul că actualul cadru de colectare a probelor este prea fragmentat și complicat. În consecință, se impune o nouă abordare.

2. Premisele adoptării directivei parlamentului european și a consiliului privind ordinul european de anchetă în materie penală

Mecanismele și procedeele actuale de cooperare internațională pentru obținerea de probe în alt Stat Membru sunt numeroase și diferă semnificativ. În primul rând, cooperarea este reglementată prin instrumente ale Consiliului Europei privind asistența judiciară reciprocă, cum ar fi Convenția europeană de asistență judiciară în materie penală din 1959³ și protocoalele acesteia. În plus, UE a adoptat instrumente care au facilitat mai mult cooperarea dintre Statele Membre, respectiv Convenția de punere în aplicare a Acordului Schengen și Convenția UE din 29 mai 2000 privind asistența judiciară reciprocă în materie penală și protocoalele acesteia.

În cadrul Programului de la Stockholm, care a fost adoptat la 11 decembrie 2009, Consiliul European a decis că ar trebui să se urmărească instituirea unui sistem cuprinzător pentru obținerea probelor în cazurile cu o dimensiune transfrontalieră, pe baza principiului recunoașterii reciproce⁴. Consiliul European a arătat că instrumentele existente în acest domeniu constituie un regim fragmentar și că este necesară o nouă abordare, bazată pe principiul recunoașterii reciproce, dar care să ia în considerare și flexibilitatea sistemului tradițional de asistență judiciară reciprocă. În consecință, Consiliul European a solicitat un sistem cuprinzător care să înlocuiască instrumentele existente în acest domeniu, inclusiv Decizia-cadru privind mandatul european de obținere a probelor, care să includă pe cât posibil toate tipurile de probe și care să prevadă termene pentru aplicare și să limiteze pe cât posibil motivele de refuz.

În acest context, în aprilie 2010, un grup de șapte State Membre a prezentat o propunere de directivă⁵ a Parlamentului European și a Consiliului privind ordinul european de anchetă în materie penală. Obiectivul proiectului de directivă este încheierea regimului fragmentat de obținere a probelor între Statele Membre prin înlocuirea cadrului juridic

limitat, autoritățile competente sunt libere să utilizeze fie noul regim, fie procedurile de asistență judiciară reciprocă, care rămân aplicabile, în orice caz, probelor care nu se încadrează în domeniul de aplicare a mandatului european de obținere a probelor.

³ Convenția europeană de asistență judiciară în materie penală din 1959 asigură cadrul fundamental pentru cooperarea în vederea obținerii de probe. Aceasta prevede că executarea cererilor de asistență reciprocă trebuie să se facă cu respectarea dreptului statului solicitat. Convenția a fost completată cu două protocoale adiționale în 1978 și 2001. În ciuda progreselor aduse de aceste instrumente, mecanismele prevăzute fac în continuare obiectul principiului suveranității naționale. În consecință, prelucrarea unei cereri de asistență reciprocă poate fi lentă și ineficientă.

⁴ Principiul recunoașterii reciproce, care este o caracteristică specifică a UE, a fost recunoscut ca fiind o piatră de temelie a cooperării judiciare în materie civilă și penală începând cu Consiliul European din Tampere din 1999. Recunoașterea reciprocă a fost dezvoltată în cadrul mai multor programe de lucru ale UE, cum ar fi Programul de măsuri de punere în aplicare a principiului recunoașterii reciproce a deciziilor în materie penală din 2000, Programul de la Haga din 2004, Programul de la Stockholm din 2009 și este în prezent consacrat la art. 81, alin. (2), lit. (a) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

⁵ Începând cu luna iulie a anului 2010, propunerea a fost examinată de către grupurile de pregătire ale Consiliului. Grupul de lucru pentru cooperare în materie penală s-a reunit cu mai multe ocazii în vederea discutării propunerii. Mai multe chestiuni nesoluționate au fost de asemenea examinate în cadrul CATS; pe durata președinției belgiene, și Coreper/Consiliul a fost invitat să ofere orientări cu privire la unele chestiuni.

existent, inclusiv a Deciziei-cadru 2008/978/JAI privind mandatul european de obținere a probelor, cu un unic instrument juridic. Proiectul de directivă are la bază principiul recunoașterii reciproce. Este avută în vedere obținerea unui echilibru general în cadrul instrumentului menționat în vederea combinării flexibilității necesare unui astfel de instrument cuprinzător cu securitatea juridică, precum și a protecției drepturilor la apărare cu eficiența procedurii.

Această nouă abordare se bazează pe un instrument unic numit ordinul european de anchetă (EIO – *European Investigation Order*), care urmează să fie emis în scopul desfășurării uneia sau a mai multor măsuri de anchetă specifice în statul executant în vederea strângerii probelor. Aceasta include obținerea de probe care sunt deja în posesia autorității executante.

Înlocuirea regimului juridic existent de obținere a probelor în materie penală cu un singur instrument bazat pe principiul recunoașterii reciproce și cuprinderea tuturor tipurilor de probe este prezentată ca fiind soluția cea mai eficientă de simplificare a cadrului juridic în domeniul obținerii probelor. Pornind din nou de la zero, va exista un impact pozitiv deoarece Statele Membre nu vor fi obligate de aranjamentele sau excepțiile pre-existente în acest sens.

Un ordin european de anchetă are un domeniu de aplicare orizontal și, în consecință, se aplică tuturor măsurilor de anchetă. Totuși, unele măsuri necesită norme specifice care sunt mai eficient tratate în mod separat, precum instituirea unei echipe comune de anchetă și strângerea de probe în cadrul unei astfel de echipe, precum și unele forme specifice de interceptare a comunicațiilor, ca de exemplu interceptarea cu transmisia și interceptația imediată a telecomunicațiilor prin satelit. Instrumentele existente ar trebui să continue să se aplice acestor tipuri de măsuri.

Ordinul european de anchetă ar trebui să se axeze pe măsura de anchetă care trebuie utilizată. Autoritatea emitentă este cea mai în măsură să decidă ce măsură trebuie utilizată, pe baza cunoașterii detaliilor anchetei avute în vedere. Totuși, autoritatea executantă ar trebui să aibă posibilitatea de a utiliza un alt tip de măsură, fie din cauza faptului că măsura solicitată nu există, fie pentru că nu este disponibilă în temeiul legislației naționale sau din cauza faptului că celălalt tip de măsură va obține același rezultat precum măsura prevăzută de ordinul european de anchetă prin mijloace mai puțin coercitive.

Executarea unui ordin european de anchetă ar trebui să se desfășoare în conformitate cu formalitățile și procedurile indicate în mod expres de statul emitent, în cea mai mare măsură posibilă și fără a aduce atingere principiilor fundamentale de drept al statului emitent. Autoritatea emitentă poate solicita ca una sau mai multe autorități ale statului emitent să participe la executarea ordinului european de anchetă, în sprijinul autorităților competente ale statului executant. Posibilitatea nu implică niciun fel de competențe ale autorităților de aplicare a legii pentru autoritățile statutului emitent pe teritoriul statutului executant.

Pentru a asigura eficacitatea cooperării judiciare în materie penală, posibilitatea refuzului de a recunoaște sau de a executa ordinul european de anchetă, precum și motivele pentru amânarea executării acestuia ar trebui limitate.

Restricțiile legate de timp sunt necesare pentru a asigura cooperarea rapidă, eficientă și consecventă între Statele Membre în materie penală. Luarea deciziei privind recunoașterea sau executarea, precum și actuala executare a măsurii de anchetă, ar trebui să se desfășoare

cu aceeași viteză și grad de prioritate ca și pentru un caz național similar. De aceea, ar trebui să fie prevăzute termene pentru a asigura luarea unei decizii sau executarea în termen rezonabil sau pentru a respecta constrângeri procedurale în statul emitent.

Ordinul european de anchetă prevede un regim unic pentru obținerea probelor. Totuși, sunt necesare norme suplimentare pentru unele tipuri de măsuri de anchetă care ar trebui incluse în ordinul european de anchetă, precum transferul temporar de persoane aflate în custodie, audieri prin teleconferință sau videoconferință, obținerea de informații referitoare la conturile bancare sau la tranzacțiile bancare sau livrări supravegheate. Măsurile de anchetă care implică strângerea probelor în timp real în mod continuu și într-o anumită perioadă de timp sunt incluse în ordinul european de anchetă, dar ar trebui acordată flexibilitate autorității executante pentru aceste măsuri, date fiind diferențele existente în legislațiile naționale ale Statelor Membre.

Propunerea de directivă cuprinde 5 capitole, structurate după cum urmează:

a) *Capitolul I „Ordinul european de anchetă”*, ce cuprinde dispoziții privind: definiția ordinului european de anchetă și obligația de executare a acestuia, domeniul de aplicare a ordinului european de anchetă, tipuri de proceduri pentru care poate fi emis ordinul european de anchetă, conținutul și forma ordinului european de anchetă.

Așa cum se prevede în cadrul propunerii, ordinul european de anchetă reprezintă o decizie judiciară emisă de o autoritate competentă a unui Stat Membru (statul emitent) în vederea desfășurării uneia sau a mai multor măsuri de anchetă specifice într-un alt Stat Membru (statul executant) în vederea strângerii probelor. Principiul recunoașterii reciproce stă la baza executării de către Statele Membre a ordinului european de anchetă.

Autoritatea emitentă a ordinului european de anchetă poate fi un judecător, o instanță judecătorească, un judecător de instrucție sau un procuror competent pentru cauza vizată sau orice altă autoritate judiciară, astfel cum este definită de către statul emitent, care acționează, în cazul respectiv, în calitate de autoritate care conduce ancheta penală și care este competentă să dispună strângerea de probe în conformitate cu legislația națională.

În cuprinsul art. 4 al propunerii Directivei, sunt menționate situațiile în care poate fi emis un ordin european de anchetă, acestea fiind următoarele: în cazul procedurilor penale inițiate de către o autoritate judiciară sau care poate fi inițiată în fața unei autorități judiciare pentru o infracțiune penală în temeiul legislației naționale a statului emitent; în cazul procedurilor inițiate de autorități administrative cu privire la fapte care constituie încălcări ale normelor de drept și care sunt incriminate prin legislația națională a statului emitent și în cazul în care decizia autorităților menționate poate da naștere unei căi de atac în fața unei instanțe competente, în special în materie penală; în cazul procedurilor inițiate de autorități judiciare cu privire la fapte care constituie încălcări ale normelor de drept și care sunt incriminate prin legislația națională a statului emitent și în cazul în care decizia autorităților menționate poate da naștere unei căi de atac în fața unei instanțe competente, în special în materie penală; precum și în legătură cu proceduri menționate anterior, care privesc fapte sau infracțiuni care pot angaja răspunderea unei persoane juridice sau pot conduce la aplicarea de sancțiuni penale unei persoane juridice în statul emitent.

b) *Capitolul II „Proceduri și garanții pentru statul emitent”*, ce cuprinde dispoziții privind: transmiterea ordinului european de anchetă, ordinul european de anchetă cu referire la un ordin precedent.

Ordinul european de anchetă se transmite de autoritatea emitentă către autoritatea executantă prin orice mijloace care permit o înregistrare scrisă și în condiții care să permită statului executant să stabilească autenticitatea acestuia. Toate comunicările oficiale ulterioare au loc direct între autoritatea emitentă și autoritatea executantă. În cazul în care autoritatea emitentă dorește acest lucru, transmiterea poate fi efectuată prin intermediul sistemului securizat de telecomunicații al Rețelei Judiciare Europene.

c) *Capitolul III „Proceduri și garanții pentru statul executant”*, ce cuprinde dispoziții privind: recunoașterea și executarea, recurgerea la un tip diferit de măsură de anchetă, motive de nerecunoaștere sau de neexecutare, termene pentru recunoaștere sau executare, transferul probelor, căi de atac, temeiuri pentru amânarea recunoașterii sau executării, obligația de a informa, răspunderea penală și civilă privind funcționarii, confidențialitatea.

d) *Capitolul IV „Dispoziții specifice pentru anumite măsuri de anchetă”*, ce cuprinde dispoziții privind: transferul temporar către statul emitent al persoanelor ținute în custodie în scopul anchetei, transferul temporar către statul executant al persoanelor ținute în custodie în scopul anchetei, audierea prin videoconferință, audierea prin teleconferință, informații privind conturile bancare, informații privind tranzacțiile bancare, monitorizarea tranzacțiilor bancare, livrările supravegheate, măsurile de anchetă care implică strângerea probelor în timp real în mod continuu și într-o anumită perioadă de timp.

e) *Capitolul V „Dispoziții finale”*, ce cuprinde dispoziții privind: notificări, relația cu alte acorduri și înțelegeri, dispoziții tranzitorii, transpunere și intrarea în vigoare. Partea finală a propunerii directivei este rezervată formei și conținutului ordinului european de anchetă. Formularul tipizat al ordinului european de anchetă cuprinde mai multe rubrici distincte care urmează să fie completate de autoritatea judiciară competentă, astfel: măsura de anchetă care urmează să fie aplicată (descrierea măsurii de anchetă pentru care este solicitată executarea și localizarea executării), informații privind identitatea persoanei sau persoanelor fizice sau juridice împotriva cărora au fost introduse acțiunile în justiție, autoritatea judiciară care a emis ordinul european de anchetă (denumirea oficială, numele reprezentantului, funcția deținută, numărul de referință al dosarului, adresa, numărul de telefon și fax, e-mail, limbile în care este posibil să se comunice cu autoritatea emitentă, detaliile de contact pentru persoana sau persoanele de contactat în cazul în care este nevoie de informații suplimentare în privința executării ordinului european de anchetă sau în vederea luării măsurilor practice necesare pentru transferul probelor), legătura cu un eventual ordin de anchetă anterior, tipul de proceduri pentru care a fost emis ordinul european de anchetă, motivele emiterii ordinului european de anchetă (un rezumat al faptelor și o descriere a împrejurărilor în care infracțiunea sau infracțiunile care stă (stau) la baza ordinului european de anchetă a (au) fost săvârșită (săvârșite), inclusiv data și locul, după cum sunt cunoscute de autoritatea emitentă; natura și încadrarea juridică a infracțiunii (infracțiunilor) care rezultă din ordinul european de anchetă și dispozițiile legale sau codul aplicabil), modalitățile specifice pentru executare, dispoziții finale și semnătura autorității emitente și/sau a reprezentatului acesteia atestând exactitatea conținutului ordinului european de anchetă.

3. Concluzii

În prezent, autoritățile judiciare din Statele Membre ale UE sunt obligate să utilizeze două regimuri diferite pentru a obține probe în interiorul UE: pe de o parte, asistența judiciară reciprocă și, pe de altă parte, recunoașterea reciprocă. Incoerența este rezultatul

domeniului de aplicare limitat atât al Deciziei-cadru 2003/577/JAI a Consiliului din 22 iulie 2003 privind ordinele de înghetare cât și al Deciziei-cadru 2008/978/JAI din 18 decembrie 2008 privind mandatul european de obținere a probelor. Cu toate că aceste instrumente juridice introduc principiul recunoașterii reciproce în domeniul obținerii probelor, sunt foarte criticabile deoarece domeniul de aplicare restrictiv complică practic cooperarea internațională, în loc să o simplifice.

În concluzie, suntem de părere că noul instrument de asistență judiciară în materie penală ar trebui să cuprindă toate măsurile de anchetă al căror scop este obținerea de probe, fiind totodată necesară luarea unei decizii în privința posibilității de a extinde domeniul de aplicare a propunerii la anumite tipuri specifice de proceduri, al căror caracter nu este pur penal, dar care sunt legate de anumite infracțiuni.

Textul propunerii Directivei Parlamentului European și a Consiliului privind ordinul european de anchetă în materie penală este pe ansamblu pozitiv, din punctul de vedere al facilitării și accelerării cererii și executării de probe care sunt disponibile în alt Stat Membru. Un singur instrument juridic care să poată fi utilizat pentru solicitarea tuturor tipurilor de probe este mult mai practic și mai eficient decât formele anterioare de asistență judiciară reciprocă.

BIBLIOGRAFIE

Convenția europeană de asistență judiciară în materie penală din 1959

Decizia-cadru 2003/577/JAI a Consiliului din 22 iulie 2003 privind executarea, în cadrul Uniunii Europene, a ordinelor de indisponibilizare a bunurilor sau a probelor

Decizia-cadru 2008/978/JAI a Consiliului din 18 decembrie 2008 privind mandatul european de obținere a probelor

Inițiativa Regatului Belgiei, a Republicii Bulgaria, a Republicii Estonia, a Regatului Spaniei, a Republicii Austria, a Republicii Slovenia și a Regatului Suediei pentru o directivă a Parlamentului European și a Consiliului privind ordinul european de anchetă în materie penală, Bruxelles, 21 mai 2010

VIS MOOT – LEGAL EDUCATION TOOL IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

CRISTINA IOANA FLORESCU*

Abstract: This paper aims to open a reflection on the role of the Vis Moot on international commercial arbitration in the context of improving pedagogy in legal education.

The paper identifies a number of educational benefits that derive from the practice-directed, integrative and international learning experiences inherent in the moot. Incorporating those moot activities within a coherently aligned pedagogical process improve further the quality of learning.

Vis Moot is actually a week in which participants attend the hearing of a commercial dispute governed by UN Convention on Contracts on the International Sales of Goods (CISG), which involves learning experience relevant to professional practice both for those acting as students and arbitrators. The oral arguments run fluidly from the jurisdictional issues to the substantive and have been prepared by advanced law students, selected for their oral advocacy skills.

The professionals of law find ways to transmit knowledge between generations by encouraging practical training and rewarding students.

The Vis Moot has a remarkable value for students, teachers, coaches, law schools and all those participating as arbitrators for educational opportunities and international visibility that can provide better position in the international educational network and not only. Participating in such a moot can have a transformative effect on a teacher or a law school and its approach to legal education.

Key words: arbitration, moot, legal education, practice-learning

1. Introduction

In the present paper, the author deals with the legal education for prospective lawyers, particularly in the context of international arbitration, briefly touching some general considerations of academic and practical training for lawyers.

The paper's subject matter is that the necessary skills for student to become an effective lawyer in advocacy field are not learned only in the classroom or lecture hall, but also along the experience of 'learning-by-doing' and 'problem based learning', especially in the international and globalization era of nowadays.

The most efficient instrument in such respect are the moot courts competitions, not because students are transformed and the continue impact over the years makes its presence felt, but also because teachers, coaches and other participants as professionals in such an event are exposed to this process and can develop innovative approaches to teaching law

* PhD, University Lecturer of Commercial and Arbitration Law at Spiru Haret University, Faculty of Law and Public Administration Bucharest.

and to their professional experience that can be applied in other context, as I personally experienced.

The learning process stimulated by the Vis Moot can also received an analysis from the pedagogical perspective, considering the potential learning outcomes, student activities to be improved and teaching strategies to be broaden.

2. Legal education – general considerations

Internationalization of legal education has become a priority and a necessity for many law schools around the world¹. When one refers to legal education in the classical manner is taking into consideration mainly the transfer of knowledge from a professor to his students by methods which involve teaching in classrooms and lecture halls of learned institutions, in ambiance of formality. The measure of such knowledge acquired by students is realized through the examination system, mainly in writing or by oral tests.

That it is why the acquisition of advocacy and in general the lawyering skills and abilities are usually left to the legal profession itself, even in the student years in some systems a few hours of practice are required. In the common law systems (mostly USA) the law schools associated with universities offered courses especially for the bar examination candidates. In England, there are programs that included practical experience within barristers' chambers and in solicitors' firms, each leading to final professional examinations that ensure training for candidates to practice.

In civil law systems, typically law students acquire the necessary practical skills during the training period after graduation, when preparing for bar examinations. All the systems envisage mandatory practical training of future lawyers.

In some countries, candidates are required to complete a period of practical work experience with judges at the national courts. Other civil systems require the candidates to gain some work experience in other areas of the legal profession, depending also on possible future specialization of the candidate, such as law firms, legal departments of commercial corporations or public administrative bodies, public notary offices or other legal specialists' offices. Usually to become members of a bar, the candidates must first obtain a law degree (or a LL.M.) and pass a comprehensive entry examination. After registration is required a two-year training period to access the definitive lawyer title and to be admitted as fully qualified to the bar. Therefore, the trainee lawyer must find by himself a mentor, an experienced lawyer, to realize this practice and to be sure that he will obtain the necessary skills in order to pass the final exam of admission in the profession. In this training period, candidates also attend advocacy lessons and participate in the programs of compulsory continuing legal education (CLE) program, which is required also to fully qualified lawyers to maintain them updated with the rapidly changing legislative environment and all the theoretical aspects which develop and become more specialized².

¹ L.D. Luca. 2000. *Symposium on Emerging Worldwide Strategies in Internationalizing Legal Education: Introduction and Overview*, Dickinson Journal of International Law, 18, p. 414; J.F. Murphy, J. Atik. 2003. *International Legal Education*, International Lawyer, 37 (2), p. 623.

² This is also the situation in Romania for any candidate to become a lawyer. See also Law no. 51/1990 regarding the organization and practice of lawyer profession, republished in 2011.

Much of the CLE can be acquire in the traditional manner, in classrooms and lecture halls, as Bars usually provide such courses. But in specialized and increasingly sophisticated commercial areas, as advocacy for dispute resolution, international arbitration, regulatory work or mergers and acquisitions, new learning techniques are necessary.

A number of academic institutions, law firms or professional bodies organize courses based on the concept 'learning-by-doing'³ or 'problem based learning'⁴. Instead of sitting in lecture halls listening to professor or other specialists in a particular law field, or just simply reading at home text books, a 'mock case' is presented by the trainers and the participants are playing various parts as the case might be – judges, arbitrators, mediators, Claimants, Respondents, experts, internal or external counsels for one part or the other, witnesses etc. The trainers are experienced practitioners in that law field from leading specialists in the world and their role is more supportive, of guidance and coaching, as each participant is informed on the mock case before the action began and also feedback are provided afterwards to help the attendees to analyze themselves and correct what they did wrong.

3. Moots courts

Moot court is a competition during law school activity (also for LL.M. or PhD candidates) in which students participate through preparation and arguing of a specific case in front of a panel form of judges or arbitrators. Generally, the case and sometimes sides are selected previously, and students are given a specific amount of time to prepare for the oral hearings. Moot court involves appellate cases as opposed to those at the trial level, which are often called 'mock trials', which simulate lower-courts trials. Judges are usually law professors, attorneys from the community, professionals specialized in certain field of law, depending on the moot domain, and even members of the judiciary.

Depending on the law school, the process for selecting moot court members differs, in some of them students from senior years are allowed, while in others they are allowed from the first year. Moot court students research their respective sides, write memoranda and present oral arguments in hearings organized in a special place dedicated to the event, in front of a panel. The members of the panel are free to ask questions at any time during the presentation, and students should respond accordingly; therefore, a profound understanding of the facts of the case, their arguments, and their opponents' arguments is required⁵.

Lately, special projects⁶ in the mootings have been developed to organize such moot courts and are intended to provide access to problem based learning for the advanced law students, encouraging their participation in such competitions. The students' participation in

³ The primary goal of this theory is to foster skill development and the learning of the factual information in the context of how it will be use. See also for further details R.C. Schank, T.R. Berman, K.A. Macpherson. 1999. *Learning by Doing*. In C.M. Reigeluth ed. 1999. *Instructional-Design Theories and Models*, Vol. II, Lawrence Erlbaum Associates, Inc., Mahwah, New Jersey, p. 163 (161-182).

⁴ For details about this notion see http://en.wikipedia.org/wiki/Problem-based_learning and also <http://ldt.stanford.edu/~jeepark/jeepark+portfolio/PBL/whatis.htm>

⁵ <http://lawschool.about.com/od/lawschoolculture/a/mootcourt.htm>; http://en.wikipedia.org/wiki/Moot_court

⁶ See for example in the international public law field <http://www.juridice.ro/226797/moot-courts-2012-justice-on-international-level-bucureti-7-9-decembrie-2012.html>

such events is desirable for their prospective career in the legal field. Students should join moot courts as legal employers, particularly large law firms, are looking for students that already participated in such events. This guarantees at some level that the prospective candidate for a job in the legal department has spent many hours perfecting the legal analytical research and writing skills that practicing attorneys need. A resume containing participation in moot court is preferred, as so the employer knows that the candidate has been learning to formulate and communicate legal arguments. Therefore, the employer do not have to invest too much time and costs in training and can use the candidate directly in practicing law, as the candidate has already spent a lot of time on these tasks in law school period. The essential skills for any attorney learned during the mooting are useful, as he become increasingly more comfortable formulating arguments and expressing them in front of judges or arbitrators and he already exercised the public speaking skills.

On a more personal level, participating in Moot Court can also provide a unique bonding experience for any student and the team and also can ensure a support system during law school. One should also consider the mobility of students between the universities from one law system to another, which influences the curricula and the pedagogical methodologies. Consequently, mooting is one of the most compelling and effective forms of learning by doing process and an advocacy skill learning tool, especially for trial advocates.

There had been an important increase in the number of national and international moot courts all over the world in the last decade⁷. This expansion was encouraged by universities and other institutions interested to educate students in the field of law, both from common law and civil law countries, which host organization of the moots in various cities around the globe. Consequently, there are now many Moot Court competitions, covering various aspects of law including criminal, human rights, environmental, FDI⁸ and others, taking place in several different countries and languages, most of them being conducted in English.

Therefore, students have been engaged in competing teams, in the tradition of oral hearings in court proceedings, as mooting is necessarily aimed at the presentation of arguments and counter-arguments, even the presentation of evidence is not taken into consideration. Moot is about seeking to promote fair and efficient solutions to concrete issues, which it meets the necessity to understand a network of legal norms and rules and the increasing role of statutory materials, administrative practices and guidelines in any legal system⁹.

4. Vis Moot Court

The most significant moot in the field of international commercial arbitration is the Willem C. Vis Moot, an annual competition involving private law¹⁰, held annually in

⁷ One of the most prominent moot court is the Jessup on public international law, established in 1960 in USA held yearly in Washington D.C. and is timed to coincide with the annual meeting of the American Society of International Law. For other important moots please see the list of notable competitions on http://en.wikipedia.org/wiki/Moot_court

⁸ I have also participated as an arbitrator for this Foreign Direct Investment International Arbitration Moot in 2011 in London. For more details on this moot, please see <http://www.fdimoot.org/>

⁹ J. Waincymer. 2011. *Problem-Based Learning in Legal Education*. In S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers eds. 2011. *International Arbitration and International Commerce Law: Synergy, Convergence and Evolution, Liber Amicorum Eric Bergsten*. Wolters Kluwer, p. 815.

¹⁰ For more details see http://en.wikipedia.org/wiki/Willem_C._Vis_Moot

Vienna, Austria, every spring in the week before Catholic Easter and also in Hong Kong, China (a few weeks before Vienna) and is conducted in English.

The Vis Moot is under the patronage of its director, Professor Eric. E. Bergsten¹¹, the main person, the brain and the soul behind this moot. He has a long-standing and a sustained contribution in general in international commercial and arbitration law and legal education. Prof. Bergsten became a mentor and also a good friend of all the participants and he touched the professional lives of thousands of students as well as of the arbitrators who met on this occasion every year and are engaged in so many social and networking opportunities this Moot creates.

The annual Moot session in Vienna, that already became a tradition, manages to capture the interest of many young students, LLM or PhD candidates who specialize in commercial arbitration. This is a special event, an increasingly large in scale, due to the participation of a great number of students, coaches, teachers, lawyers, practitioners and arbitrators who are interested in international commercial arbitration and commercial law. The Moot is a competition in arbitration and international trade law, in which student teams participate from many prestigious universities on all five continents.

Generally there are thousands of participants from over 65 (almost 70) countries, registering hundreds of teams of students from different universities (basically one or two student teams from Romania participate also every year). It is a unique opportunity to the younger ones to learn from the more experienced, to exchange ideas and especially to meet and make acquaintance with personalities and practitioners with different cultural education and training from the field of commercial and arbitration law. New friendships and professional relationships grow every year, a significant contribution being the social events that are prepared by the organizers at the competition and also the several other conferences and seminars that are taking place in the same period due to the great numbers of commercial and arbitration law specialists participating to the Moot.

4.1. About the Vis Moot problem

Vis Moot presents a fictional case in a particular environment, but provides a more realistic simulated learning exercise than any other moot or mock activity¹². This moot consists of two distinct stages. First is the written of memoranda for the Claimant and for

¹¹ Professor Eric Bergsten served for sixteen years as a distinguished international civil servant with the United Nations and he was Chief of the International Trade Law Branch of the Office of Legal Affairs, The Secretariat of UNCITRAL and he is also a Professor Emeritus at Pace University School of Law, New York, Westchester. See <http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=129&ifkCat=141&sid=171>; <http://www.law.pace.edu/faculty/eric-e-bergsten>; <http://www.cisgmoot.org/2010/viseast8-Tribute-to-Eric-Bergsten.php> and many more. See also the Preface of the volume S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers eds. 2011. *International Arbitration and International Commerce Law: Synergy, Convergence and Evolution, Liber Amicorum Eric Bergsten*.

¹² E. Bergsten. 2006. *The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot and the Teaching of International Commercial Arbitration*, *Arbitration International* vol. 22, p. 309-314; E. Bergsten. 2001. *Teaching about International Commercial Law and Arbitration: The Eights Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, *Journal of International Arbitration* 18, p. 481; E. Bergsten. 2003. *Ten Years of the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, *International Arbitration Law Review* 6, p. 37; E. Bergsten. 1999. *The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot: The Perspective of the Organizer*, *Croatian Arbitration Yearbook* 6, p. 167.

See also the materials posted on <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/perspectives.html#edu>

the Respondent and then the hearing of oral arguments in front of a three member panel of arbitrators.

The Moot, as an educational venture, is intended to be as close as possible a simulation of what would happen in a real arbitration. Every end of September beginning of October the problem is posted on the site and is inspired by a pool of real cases, trying to present it as realistic as possible¹³. There is also available the clarification process, which helps students to develop their abilities of considering and evaluating possible solution on both parts (Claimant and Respondent) and sifting on information, searching additional data to formulate coherent and convincing arguments.

It is important to mention, that like real life, the problem presents a situation that do not have a certain answer and do not fit within a particular field of law and give rise to a multitude of legal issues. The problem is to determine questions of contract under CISG¹⁴, argued in the context of an arbitration of a dispute under the UNCITRAL Model Law¹⁵ and under a specified set of arbitration rules of a recognized arbitral institution which changes each year.

It is important to mention that in 2007 the basis for analyzing the problem's jurisdiction and competence of the arbitral tribunal were the Romanian Arbitration Rules of The Court of International Commercial Arbitration attached to the Chamber of Commerce and Industry of Romania that applied that year. This was a welcomed initiative that ensure the promotion of the Romanian arbitral institution widely activity. The aims of the Romanian participants in this competition were to made known and advertise the Romanian arbitration rules, to ensure their friendliness and constructiveness, in the sense of highlighting their international aspects.

4.2. The Vis Moot written memoranda and their evaluation

The first stage of the Vis Moot comprises of submitting written memorandum on Claimant's behalf and after receiving a Respondent's memorandum submitted by another competing team the first team has to respond to the second team's memo, as the roles are shifted. The moot organizes in such manner the distribution of memorandum so that to confront and make pairs of teams from civil law schools against those from common law schools in front of mixed common and civil law arbitral panels. This is one of the Vis Moot key elements of learning by adding real-world educational experience, because this requires students to have an open mind to all the legal systems, approaches and methodologies and they are encouraged to address arguments, not only to create and structure their own.

Regarding the written memoranda, a few details are to be highlighted. Their length is limited, so students are in the position to really strive for the most relevant and efficient

¹³ More insights about the problem see H. Dundas. 2008. *The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, Stockholm International Arbitration Review 1, p. 157-169, available on <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/11-Willem.pdf>

¹⁴ United Nation Convention on Contracts for International Sale of Goods, known also as Vienna Sales Convention, 1980. See also <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf> and http://en.wikipedia.org/wiki/United_Nations_Convention_on_Contracts_for_the_International_Sale_of_Goods

¹⁵ For details see http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html and in more details on presentation and case law in this respect see http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/mal2012.html

arguments and materials to submit, being a useful exercise to decide what to keep in writing and what to preserve for the oral part to better impress the panel and the audience.

Even only two members appear in each oral argument, the team is composed of several students, ideally all implicated both in writing and in oral hearings. Because of the specialization and of the better teams every year, some of the team's members have been especially prepared for the oral hearings, which are split between jurisdictional issues and substantive ones. The memoranda serve as the basis for oral hearings in the preliminary rounds, but practice shows that the arguments develop over a few presentations, when the oralists, once performed in front of their opponents and tribunals, find innovative and more suitable arguments and comments to support their view and acting.

Teams are encouraged to present their case with due regard for an international perspective so that applicable law and authority can be found not only in the text of the applicable law itself but also in court and tribunal interpretations of law, scholarly commentary, treatises, and general principles of international law. Sometimes a specific issue is not addressed in a given jurisdiction, therefore students are encouraged to find authority in scholarly writings on the issue as well as judicial and arbitral interpretations from other jurisdictions. The Vis Moot thereby introduces many students to the use of foreign materials and different supporting legal authority from sources all over the globe.

The memoranda are evaluated by an international panel of arbitrators, who also provide comments and feedback to the students and a short list of the best for each of Claimant and Respondent are sent to a separate panel for ranking, as in the end there are awards for the best memoranda and oralists¹⁶.

4.3. The Vis Moot oral hearings

Regarding the second stage, of the oral hearings, the Vis Moot provide for a challenging competition involved almost 300 universities from almost 70 countries in front of a three member panel comprises of the most pre-eminent arbitrators from around the globe.

In the competition, over the first four days, each team argues twice as Claimant, twice as Respondent. The panel for each argument consists of three persons and to the extent possible the panels have been balanced in regard to experience and legal background, being mixed both common law and civil law arbitrators and also in regard of their experience and are formed of academics and practitioners. Each of the three arbitrators from the panel awards points¹⁷ to each of the two oralists. The points such collected are added up over the four days, both to give a team total and individual totals. The top 64 teams (Vienna) and 16 (Hong Kong) go forward to the elimination stages, run on a winner basis. In these advanced

¹⁶ The awards are named after luminaries in international commercial arbitration: F. Eisemann Award – for the law school team that prevails in the oral arguments, P. Sanders Award – for the best memorandum supporting the position of Claimant, W. Melis Award – for the best memorandum supporting of Respondent, M. Domke Award – for the best advocate with the highest score in the general rounds.

¹⁷ The points are on a 25-50 scale, with most scores being in the 35-45 range; each arbitrator makes his/her own scores, in principle without consultation with the other two members of the tribunal, but this is not excluded, as usually arbitrators' task in real life is to achieve a unanimous solution and it is normal to advise each other in all respects concerning the hearing, but the individual decision on scoring should remain independent.

stages the winner is decided by the tribunal, after the oral hearing, sometimes after long debates and often on a split decision.

As already mentioned before, the intention is that the oral argument reflects a real arbitration as much as possible, but there is a schedule to be respected, as the organization of such an event is a very difficult task to accomplish. So the hearings are scheduled every two hours, but the actual hearing itself usually is not taking more than one hour, as there is needed time for presentation at the beginning and also some rebuttals, questions and feedback from the tribunals in the end. Also considerations of fairness in the evaluation call for each of the four students to have an equivalent amount of time to present his or her argument.

One should take into consideration that different arbitrators adopt different approaches to the oral hearings, because each arbitrator has its own legal system and its own approach and methodology for testing the students' skills in such a process. Some of the arbitrators ask few questions during the hearing or compress them at the end of a student's presentation. Instead other arbitrators are highly interfering with the presentation and are asking questions from the beginning of the hearing and sometimes are not even allowing too much freedom of space to the student to make any systematic argument at all¹⁸.

In consequence, advocates have to be prepared both to present a coherent reasoned argument without interruption and to have the entire hearing engaged by questions or something in between. Further, some arbitrators adopt a demanding examination throughout the entire hearing, seeking authority for every statement student formulates, while others look for student's advocacy skills and ability to think by her/his own. One of the benefits of the Moot is that it exposes the students to these different attitudes. Therefore, arbitrators are requested to refrain from questioning if they would do so in a real arbitration or, if they would ask questions, they should ask the same questions as in a real arbitration and if they are necessary and relevant to a smooth flow of the proceedings.

My view in this respect, and as I often proceed in this matter, is to help student in formulating its arguments and to guide him on the way that leads to the problem's main points that should be submitted. Therefore, my opinion is that questions should be rather concentrated on improving the student's performance and helping the argument than just investigating or challenging the student. As it is so well put by an arbitrator specialist in Vis Moot¹⁹, the successful oralist is one who is able to zealously advocate his or her position, while maintaining a professional and amicable tone and appearance, particularly under pressure.

Considered a significant teaching and learning tool, the arbitrators are called in the preliminary stages at the end of each hearing to devote some of their time to offer some insights as feedback to the students. This part is the one that students awaits for to learn and gain more practice, in spite of the facts that sometimes the advices contradict, depending on the arbitrator's experiences that may differ from one arbitrator to another, but all of them can provide an overview as they are more experienced academics and lawyers. Thus one of the benefits of the Moot is that it exposes the students to these different attitudes.

As Professor Eric Bergsten itself instructs and requires in the instructions sent to the arbitrators every year, "it is particularly important that arbitrators not ask questions whose

¹⁸ Most of them are from common law tradition, where such an examination is usual practice.

¹⁹ H. Dundas. 2008., *op. cit.*, p. 158.

sole purpose is to test whether the students have understood the problem and the law or to make the oral arguments “interesting”. Such questions are not appropriate in a Moot that attempts to simulate a real arbitration. It should not be necessary to say that an arbitrator who asks questions in order to show off his or her own knowledge is not acting properly.”

Regarding the final phase of the oral hearing, the arbitrators’ evaluation of the teams’ arguments and the students’ skills is made separately from the scoring. The arbitrators are encouraged and it is now a very well established tradition to give the students oral evaluations of their performance immediately following the oral hearings. An oral evaluation by the arbitrators is often the most valuable aspect of the Moot for the students. The students appreciate knowing what they did well and in what respects they should improve to be able to present a better arguments in the coming hearings.

4.4. Pre-Moots of the Vis Moot – regional challenges

After this brief description of the Vis Moot mechanism, anyone can realize that the learning experience is intensified during the oral arguments. The Moot is an educational experience, and the students are not be precluded using the insights they may have gained from earlier arguments in which they have participated or that they may have observed. This is particularly true in regard to the arguments of the Respondent, since those arguments were prepared in response to the memorandum of a particular Claimant’s memorandum. It is obvious that sometimes is better the Respondent to change its argument to meet somewhat different arguments of a different team representing the Claimant.

Regarding the experience gathered by student in the oral hearings, pre-moots²⁰, usually regional²¹, are organized for students in order to rehearse with other universities and improve their skills until the great Moot starts. To better prepare the teams, universities or academic institutes organize such meetings to test the skills accumulated so far and to ensure the possibility to develop the students’ advocacy knowledge on the road to the big Moot. Every student is aiming to win a prize to the Moot, so the participation is such a pre-moot is an opportunity to meet other students, coaches and arbitrators and to better familiarize with the moot atmosphere and requests.

4.5. The social events during the Vis Moot

The Vis Moot is a unique experience with a lot to offer to all the participants, as students has the chance not only to compete against the best, but also to learn from the best, to exchange ideas, to mingle with professionals with all sort of cultural and legal backgrounds.

But very important for developing the social skills is that at this moot it is about making new friends both inside and outside of the hearings. As a result, it is another side of the Vis Moot besides the advocacy skills developed through memoranda and arguments and this is a full social program created for the students, coaches and arbitrators. The goal is to bring them together as colleagues and not just as opponents or judges, as the international life, particularly in international arbitration, nowadays more than ever depends on personal and professionals contacts.

²⁰ About this subject, as regards the ‘Belgrad Open’ please see J. Knieper. 2011. *Pre-Moot Serves Regional Integration*, in *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, Evolution, liber Amicorum Eric Bergsten*, Wolters Kluwer, pp. 725-729.

²¹ For this year Vis Moot Pre-moots list please see <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/pre-moots.html>

For the participants that are coming several years it is very pleasant and all of them are looking forward to this reunion to see each other again, to search for people one knows from previous encounters and to share different experiences and opinions.

Finally, the Opening Ceremony it is a very congenial, enjoyable and a unique experience. But I can say that more of this is the final ceremony, the Award Banquet. All the participants and the organizers are gathered together in a very big hall to enjoy the final oral hearing and then to the Award Banquet, where gratitude speeches are followed by a wonderful meal, during which the winners are announced in cheering crowd. It is a rewarding feeling for the winners to be seen by thousands of other colleagues and arbitrators from a wide range of countries, as their future career starts from there.

In addition, all participants in the Moot, whether as arbitrator or student, are encouraged to join the Moot Alumni Association which plays a major function at the Moot, as creates and coordinates the most of the social program for the students. There is also a separate social program for the arbitrators, generally Receptions hosted by leading local law firms. The numerous Receptions for the arbitrators are wonderful for establishing personal contacts and for business networking. As I have participated to all this experience, I can confirm that these are precious opportunities to meet colleagues from around the world and make new friends.

From my own experience, I can share that this extraordinarily wonderful event enlighten the perception in my career and guide me to the already chosen professional path and made me want more from this international arbitration world by opening new perspectives. As other arbitrators who regularly participate and that I meet there almost every year reveal their views, the ten days attendance in each of Hong Kong and Vienna are a invaluable focal point of the professional year and both rewarding and hugely enjoyable.

4.6. The Vis Moot equip students for practice – tool for improving legal skills

The most important skills that students achieve from this competition is that they are able to make an excellent legal analysis of a real problem, they manage the necessary submissions, they learn or improve their responsiveness to all the arguments their opponents are prepared to bring.

It is also important to mention that an essential feature of a lawyer is to be trained to better organize, prepare and present the knowledge of facts and law case in front of a panel and also how to deal with the challenge of handling questions to create an advantage in her/his favour.

In consequence, besides students learn all the necessary aspects of the oral hearings and legal writing, they are trained in etiquette, ethics, team work and rapport skills (posture, gesture, mimics) that are so important in advocacy.

The educational objective of the Vis Moot is to enhance the students' understanding of applicable laws in the international sale of goods and international arbitration and also of their analytical and presentational abilities in a given applicative-theoretical imaginary scenario. The Willem C. Vis Moot is indeed one of the great events in the world's legal calendar and it should be appreciated the significant hard work and effort of Professor Eric Bergsten's achievement 'in giving so much to so many', to be so rewarding for all kinds of participants every time, even, or moreover, for those how attend this event regularly.

Conclusion

Introducing moot court activities become a necessary option to complete the classical methods of analytical learning and to address any educational gap in studying cases as well as doctrine.

In mooting, the students are focused on arguments and the theatre of it, so an educator need to understand the dynamic nature of the moot, like an oral exam, and the influence on the student's performance related to questions asked, the manner in which this is done, the time allowed for answer and most of all the assistance for the students in difficulty.

Any good law school should be guided by the mooting experience to properly introduce students to necessary legal skills, the key elements of international and transnational legal practice in a manner which assist them to properly assimilate the substance, procedure, evidence and the research part of such a process. Finally, competitions such as the Vis Moot provide an extraordinary opportunity for students, coaches, professors and professionals acting as arbitrators to consider alternative pedagogical models.

The Vis Moot is an excellent vehicle to promote the advocacy skills and others necessary skills fundamental to the process of lawyering, to deal with legal problems in an ever changing landscape, and thus to ensure the students an optimal legal education. Students learn from experience and problem based learning and learning by doing are outstanding tools to facilitate students understand how practice and experiences guide professional attitudes and strategies.

REFERENCES

J. Walker., *The Vis Book: A Participant's Guide to the Willem C. Vis International Arbitration Moot*, Huntington, New York Juris Net LLC, ed. 2008

J. Waincymer, *Problem-Based Learning in Legal Education*. In S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers eds. 2011. *International Arbitration and International Commerce Law: Synergy, Convergence and Evolution, Liber Amicorum Eric Bergsten*. Wolters Kluwer, 2011

H. Dundas, *The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot: Reflections from an Arbitrator's Perspective*. In S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers eds. 2011. *International Arbitration and International Commerce Law: Synergy, Convergence and Evolution, Liber Amicorum Eric Bergsten*. Wolters Kluwer, 2011

H. Dundas, *The Willem C. Vis, International Commercial Arbitration Moot*, Stockholm International Arbitration Review 1, 2008

E. Bergsten, *Teaching International Arbitration in Law Faculties*. In K. Hobér, A. Magnusson, M. Öhrström eds. 2010. *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*, Huntington, New York Juris Net LLC, 2010

E. Bergsten, *The Willem C. Vis international Commercial Arbitration Moot and the Teaching of International Commercial Arbitration*, Arbitration International vol. 22, 2006

E. Bergsten, *Teaching about International Commercial Law and Arbitration: The Eight Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, Journal of International Arbitration 18, 2001

E. Bergsten, *Ten Years of the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, International Arbitration Law Review 6, 2003

E. Bergsten, *The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot: The Perspective of the Organizer*, Croatian Arbitration Yearbook 6, 1999

M. Hunter, Z. Filipic. 2011. International Arbitration and Legal Education in the 21st Century. In S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers eds. 2011. *International Arbitration and International Commerce Law: Synergy, Convergence and Evolution, Liber Amicorum Eric Bergsten*. Wolters Kluwer

M. Hunter, *Reflections on Advocacy and the Art of Persuasion*, The Litigator, 1995

P. Shaughnessy, T. Lavelle, J. Robilotto, *Three Perspectives on the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*. In S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers eds. 2011. *International Arbitration and International Commerce Law: Synergy, Convergence and Evolution, Liber Amicorum Eric Bergsten*. Wolters Kluwer, 2011

M. Shulman, *Making Progress: How Eric Bergsten and the Vis Moot Advance the Enterprise of the Universal Peace*. In S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers eds. 2011. *International Arbitration and International Commerce Law: Synergy, Convergence and Evolution, Liber Amicorum Eric Bergsten*. Wolters Kluwer, 2011

D. Ross QC, *Advocacy*. Second edition. Cambridge University Press, 2007

SOME ASPECTS RELATED TO THE STATUS AND RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES IN NIGERIA

SILVIA MARIA TĂBUȘCĂ*

Abstract: The present paper, intended to be a book review, critically analyses some aspects related to the status and rights of indigenous peoples in Nigeria as they have been presented by Olugbenga Ademodi in his book. „The Rights and Status of Indigenous Peoples in Nigeria”¹ examines whether "indigenous peoples" truly exist in this country and whether they are entitled to all of the rights enjoyed by their counterparts all over the world.

The indigenous peoples' demands and the responses by modern nation-states comprise a number of different responses. There are conflicting claims between peoples claiming to be indigenous and the various governments where they reside. There is controversy over whether some groups are indigenous or whether they are simply minorities.

This valuable book bridges the gap between the international protection of indigenous peoples and, specifically, the indigenous peoples of Africa.

Key-words: human rights, indigenous people, minorities, international protection, Africa

The book, well organized resource written by an indigenous peoples study expert, Olugbenga Ademodi, explores the issue of whether Indigenous Peoples exist in Nigeria or not and whether they are entitled to any particular right. The author explores the various definitions propounded, the indigenous peoples' rights, and the position of African governments, Nigerian social groups, Nigerian laws, as well as the applicability of indigenous rights in Nigeria.

The author did an excellent job of setting out the theme for a work that addressed dearth of research in a specialized area. The text provides an excellent overview of indigenous peoples' issues on different continents and cited several cases to buttress the points. Historically, the position of African governments is that indigenous peoples do not exist on their territory, but the author through this book made a case to the contrary.

The book has a strong introduction and interesting conclusions without which the research would have look disjointed. The author touches on several questions that are explored more in-depth in the book. A couple of questions posed by the author are whether indigenous peoples exist in Nigeria?, why indigenous peoples definition propounded for western world is inapplicable in Africa, particularly Nigeria?, and why African governments are reluctant to admit that indigenous peoples exist in their domain? In the conclusion, the author provides all the possible answers to the questions posed in the introduction.

¹ Olugbenga Ifedayo Ademodi, *„The Rights and Status of Indigenous Peoples in Nigeria”*, Winter Park, CO: Bauu Press 2012.

The author starts with an analysis of international law relating to indigenous peoples, as it has already arisen, and later applies it to Nigerian domestic law. To the extent that international law of indigenous peoples exists, it is key to understand what the term “indigenous peoples” under international law portends. So the author appropriately, in chapter one, delves into the definition issues that have plagued the indigenous peoples rights movement since its inception. He starts with Mr. Jose Martinez Cobo’s, the UN’s first special rapporteur’s definition. The longtime chairperson of the UN Working Group on Indigenous Populations, Mrs Erica-Irene Daes’ “open” concept is then subjected to good critical analysis, as is the definition offered in ILO Convention No. 169. It is helpful to also see the World Bank’s definition dissected, as well as the efforts by Professor Wiessner and Professor Kingsbury. Also, the overview of case law in Australia, Canada, South Africa, and Botswana is particularly well done.

The selected bibliography is very helpful to readers seeking additional materials on indigenous peoples’ issues discussed in the book. The book gave a detailed information about Nigerian ethnic groups through a specific study of their identities. The book later applied the definition propounded for African situation and determined that indigenous peoples exists in Nigeria. All chapters are heavily noted for readers looking for information for further research.

The book adds important insights to the international law literature regarding the legal status of indigenous peoples in the context of Africa and the state of Nigeria. The author fittingly puts the result of the study in international context. He suggested that the Nigerian government enact customary international law rights to land and autonomy of indigenous peoples. The definition for the African context as proposed by the author is sound. He applies it very carefully to the ethnic group described before backing up his conclusion that the Ogoni and the Koma constitutes indigenous peoples in the eyes of his definition tailor-made for the African context.

Readers will learn a lot in this book about the peoples of Nigeria. Given the great diversity, the stormy political history of Nigeria before colonial times and since independence, its federal system of government, the form of federalism that it practices, its experience of a major civil war (Biafra), the continued regional and religious tensions, the continued wretched poverty of the oil producing regions of the country, and its explosive (both literally and figuratively) political implications, it has the ingredients of a very exciting study indeed. It is full of interesting and potentially useful information.

One of the issues treated relates to the difficulty of defining indigenous peoples. The second, not unrelated, theme is the fact that many African countries have difficulty accepting the very concept of indigenous peoples in their midst or that they should be given some special rights not available to others. Both of these issues are vital. The latter, in particular, very much confirms one’s observations in the context of promoting human rights in Africa. One will be puzzled by the fact that even the most militant human rights NGOs in the DRC seemed to be completely indifferent to the terrible plight of the pygmies in their midst.

The book is rendered more interesting by the addition of sections on “Relations among the Ethnic Groups and the Nigerian State”; “Socioeconomic Relationship among Nigerian Ethnic Groups”; and “Nigeria Ethnic Groups and their Religions”

The author has carried out an impressive research and his work discloses and puts together a huge amount of very important information that is unknown to most people outside Nigeria.

The examination of relevant doctrine is quite good and comprehensive footnoting is certainly satisfactorily and the bibliography used is quite broad. All arguments are dealt with by relying on pertinent sources in an adequate way.

There are however few hitches observed in the book. The author would have done better by covering all existing domestic and international practice that would be pertinent to the subject to the subject matter of the book. Also, the discussion in the book is not as rigorous as it ought to be. In addition, the discussion of indigenous peoples' rights under customary international law is mostly accurate, but could be tightened, in particular as regards the discussion of self-determination (external/internal) and autonomy.

The author appealed that Indigenous peoples need to be granted certain specific rights in light of their cultural specificity. It is only through exercise of these specific rights that they can be able to preserve their cultural identity and transmit it to future generations. For indigenous peoples to be adequately safeguarded, it is not compulsory that they be treated like the other communities living in the state territories, but they need to be given recognized access to some special rights that cannot be recognized to the other groups composing the society such as the communal possession of their traditional lands which are essential by reason of their cultural specificity. This is an essential need for indigenous peoples to remain as such, irrespective of whether or not they are marginalized or discriminated against.

The issue the author tackles is the "Rights and Status of Indigenous Peoples in Nigeria"

It drew attention in the context of international law to see the development of not only treaty, but, potentially, also customary international law creating a legal status and specific rights for the particular group/collective entity of indigenous peoples. As customary international law is built from the bottom up, i.e. from state practice, it is important to ascertain the laws and practices of countries specifically affected by a purported new rule of customary international law.

Nigeria is of particular interest as it is such a specially affected state, having, arguably, a number of indigenous peoples, autonomously defined under international law, living on its territory. As much as Nigeria is of interest in analyzing the formation of pertinent customary international law, it is also the addressee of international law norms that have already risen.

The lead-up to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) is well described, even though in the overview of states commenting on their vote after the 2007 adoption of that instrument by the UN General Assembly the states that voted or abstained received a disproportionately larger play than the states that supported it.

The book also addresses the specific concerns African governments have had regarding the granting of legal status to indigenous peoples in their midst. They have, at times, denied their existence, claiming all African peoples are indigenous, as they all have been subject to colonial subjugation. In contrast, the author points out the existence of the

African Charter on Human and Peoples' Rights and the practice of the African Commission and a specialized working group established thereunder, who developed more narrow concept of indigenous peoples. This chapter also addresses specific examples of such peoples.

In conclusion, the rights and status of indigenous peoples is well organized and provide the reader with a well written look into the plight of indigenous peoples in Africa, particularly in Nigeria. In the final analysis, one is grateful for all this information.

BIBLIOGRAFY

Olugbenga Ifedayo Ademodi, *The Rights and Status of Indigenous Peoples in Nigeria*, Winter Park, CO: Bauu Press 2012

LEGAL PROTECTION OF WOMEN'S RIGHTS IN EUROPEAN AND INTERNATIONAL CONTEXT

MĂDĂLINA VIRGINIA ANTONESCU*

Abstract: at present, there are many international and european legal norms regarding the matter of women's rights, endowed with compulsory juridical value for ratifying states. in this quality, romanian state has specific legal obligations concerning the protection of women's rights, from the perspective of these documents. as derived from the letter and spirit of art. 20/romanian constitution, the romanian state must respect the principle of international and european documents priority, in relation with national juridical norms, within the field of human rights.

Key-words: general principles of EU law; women's rights; non-discrimination principle; gender equality; human rights

Introduction

At present, there are many international and European legal norms regarding the matter of women's rights, endowed with compulsory juridical value for ratifying states. In this quality, Romanian state has specific legal obligations concerning the protection of women's rights, from the perspective of these legal important documents. As derived from the letter and spirit of art. 20/Romanian Constitution, the Romanian state must respect the principle of the priority of the international and European regulations in relation with national juridical norms, within the field of human rights, adopting also, a constant pro-active attitude of defending women's rights in all realms of society, politics, culture, as all European democratic states. The papers presents what are the most important legal regulations protecting the women's rights within the Romanian society and legislation still dominated by a patriarchal residual mentality (despite the reality of a feminine majority of population).

International regulations regarding the protection of women's rights (as an application of the principle of equality of rights between men and women and eliminating any discrimination based on gender) are, at present, numerous and we can enumerate here the provisions of the UN Charter, as well as other documents such as the Universal Declaration of Human Rights, the two Covenants on civil and political rights and on economic, social and cultural rights, the European Convention on Human Rights, the European Social Charter and at the European level, in terms of Romania's capacity of EU member state, we mention the provisions of the Lisbon Treaty and the Charter of Fundamental Rights of the EU citizen.

According to Universal Declaration of Human Rights¹, art. 1, all human being sare born free and equal indignity and rights, which establishes a legal guarantee that is essential to substantiate the entire legal system of women's rights, understood as fundamental human

* PhD, Scientific Researcher, Romanian Diplomatic Institute, Bucharest.

¹ Adopted by UNGA, through resolution 217 A(III) of 10 December 1948.

rights, internationally (part of the so-called classical heritage of the High legal civilization of the UN at the end of the twentieth century, to be acquired, consolidated and extended in the XXIst century).

According to art. 2/UDHR, the principle of non-discrimination between people is consecrated internationally (where as all people are able to take advantage of all the rights and freedoms set forth in the UDHR, without distinction of gender, among other criteria). Further, there is a series of constitutional articles, various human rights and fundamental freedoms which the States Parties to the Declaration must apply without any discrimination, including in terms of principles of non-discrimination between persons and of the principle of equality of rights between men and women. We can also cite another legal guarantee introduced in the UDHR, including reference to the legal obligation of public authorities (and for a group, a person as well, regardless of the state to which they belong) to respect the rights and freedoms set forth in the UDHR. Thus, art. 30 states that nothing in this document may be construed as implying for a State, group or person the right to engage in any activity or to perform any act that would lead to the abolition of the rights and freedoms set forth in the UDHR.

Women's rights find internationally their well established protective regime also by the provisions of the International Covenant on economic, social and cultural rights², namely Art. 2 (States Parties' obligation to guarantee the rights set forth in the Covenant, without discrimination based on gender, among other criteria), Article 3(a) (legal obligation assumed by States Parties to ensure the equal right of women and men to enjoy all economic, social and cultural rights enumerated in the Covenant), Article 10 (special protection conferred by States Parties to family, mothers before and after child birth; special protection for employed mothers, who must receive paid leave for these special periods and adequate social security benefits); Article 12 (recognition by States Parties of the right of any person to enjoy the best attainable state of physical and mental health – again, an express legal guarantee of protection of women's rights).

The International Covenant on Civil and Political Rights³ sets forth in art. 2 the principle of non-discrimination (introducing the express legal obligation of States Parties, including Romania, to ensure and guarantee the rights recognized by the Covenant to all persons within their territory, under their competence and without any discrimination, including the one based on gender among other criteria); Article 3 (another express legal guarantee concerning the application by States Parties of the principle of equality of rights between men and women, namely the obligation of States Parties to ensure the right of women and men to enjoy all civil and political rights set out in the Covenant).

Certainly, there are numerous international documents establishing a very powerful international legal regime for the protection of women's rights, such as: the Convention on the Political Rights of Women⁴, the Convention on the citizenship of married women⁵, the Convention on consent to marriage, minimum age for marriage and registration of

² Adopted by UN GA on 16 December 1966, ratified by Romania through decree 212 of 31 October 1974.

³ Adopted by UNGA on 16 December 1966, ratified by Romania through decree 212 of 31 October 1974

⁴ Entered into force on 7 July 1954, ratified by Romania through decree 222 of 2.06.1954.

⁵ Adopted by UNGA through resolution 1040 (XI) of 29 January 1957, entered into force on 11 August 1958, to which Romania adhered through decree 339 of 20 September 1960.

marriages⁶, the Declaration on the protection of women and children in emergency and armed conflict⁷, the Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others⁸; the Convention on maternity protection no. 3/1919⁹, the Protocol of 1990 to the Revised Convention in 1948 on night work for women, ILO Convention no. 100/1951 concerning Equal remuneration of men and women labour for work of equal value¹⁰; Maternity protection convention no. 103/1952, revised in 1952¹¹, ILO Discrimination (Employment and Occupation) Convention no. 111/1958¹², ILO Convention no. 117/1962 concerning basic aims and standards of social policy¹³, ILO Convention no. 122/1964 concerning Employment Policy¹⁴, ILO Convention no. 156/1983 concerning equal opportunities and equal treatment for men and women workers: workers with family responsibilities¹⁵.

At the European level, on the protection of women's rights: the 1986 Concluding Document of the Vienna Meeting of Representatives of Participating States on the Conference on Security and Cooperation in Europe, held on the basis of the provisions of the Concluding Act (section Issues concerning security in Europe, Principles, point 11 – proclaiming the principle of non-discrimination by participating States, the respect for human rights and fundamental freedoms, point 13. 7 – obligation of participating states to ensure human rights and fundamental freedoms to all citizens within their territory and subject to their jurisdiction, without discrimination; point 15, proclaiming the principle of equality of rights between men and women, including the obligation to take all measures necessary to promote equally effective participation of men and women in political, economic, social and cultural life. The same principles, under a more developed and extended form, are included in the 1990 Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE, in the 1991 Document of the Moscow Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE, in documents of the Council of Europe, for example, the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms¹⁶, art. 12 (right to marry and to found a family on equal terms with men), in the Protocol No. 7 to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms (Article 5, the application of the principle of equality of rights between men and women in the legal regime of marriage).

Due to the consequences, sometimes irreparable, which mark the woman, her dignity, freedom, health, physical and mental integrity, *international institutions* have taken no official positions, adopted numerous documents and reports and reported these events,

⁶ Adopted by UNGA through resolution 1763 A (XVII) of 7 November 1962, entered into force on 9 December 1964, ratified by Romania through law 116 of 15 December 1992.

⁷ Adopted by UNGA on 14 December 1974 through resolution 3314 (XXIX).

⁸ Adopted by UNGA through resolution 317 (IV) of 2 December 1949, entered into force on 25 July 1951. Ratified by Romania through decree of MAN presidium 482 of 10 December 1954.

⁹ Entered into force on 13 June 1921.

¹⁰ Entered into force on 23 May 1953, ratified by Romania through decree 213/1957.

¹¹ Entered into force on 7 September 1955.

¹² Entered into force on 15 June 1960, ratified by Romania through decree 284/1973.

¹³ Entered into force on 23 April 1964, ratified by Romania through decree 284/1973.

¹⁴ Entered into force on 15 July 1966, ratified by Romania through decree 284 din 1973.

¹⁵ Entered into force on 11 August 1983.

¹⁶ Adopted on 4 November 1950, entered into force on 3 September 1953, ratified by Romania through law 30 of 18 May 1994.

internationally or regionally, in order to make government aware thereof. For example, the Concluding document of the World Conference on Human Rights/1993 recommends the States to adopt measures to eliminate violence against women, as incompatible with human dignity and honour. Similarly, this phenomenon was in the attention of ECOSOC (resolutions 15/24 May 1990 or 18/30 May 1991 or 26/27 July 1993 or the UN Commission on Crime Prevention and Criminal Justice (Vienna, 1994).

One of the key documents adopted at international level for preventing, defining and eliminating violence against women in the States Parties, is the *Declaration on the elimination of violence against women* (UN GA adopted on December 20 1993). According to this document, violence against women is defined in a comprehensive manner: "any act of violence based on gender difference resulting in or likely to result in women's injury or physical, sexual or psychological suffering, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, committed either in *public or private life*". However, the last words clearly show the legitimacy and legality of public authority intervention in private life of the women for protecting their rights and stopping the phenomenon of domestic violence.

The entire Statement identifies the complex types of violence¹⁷ against women, recommending the States Parties to take measures in order to eliminate them (an interventionist perspective, not one of passivity, carelessness or irresponsibility of public authorities for violation of women's rights, including in the family). Among these types of violence that directly or indirectly affect women's rights, the Declaration mentions the following (only as an example, because in reality, forms of violation of women's rights are numerous and cover an extremely wide range of events that legislators of the States Parties should take into account):

- physical, sexual and psychological violence in the family, including beating, sexual abuse of girls, dowry-related violence, marital rape, genital mutilation and other practices that harm women, as well as non-marital violence and violence related to exploitation of women

- physical, sexual and psychological violence exercised against women in public and social life, including sexual harassment and intimidation in labour relations, education system etc

- physical, sexual and psychological violence perpetrated or tolerated deliberately by the state (here defining an obligation to intervene in order to protect women's rights in the spirit and letter of international documents to which Romania is a party and art. 20/Constitution, as well¹⁸).

We should also mention the provisions of the *Declaration on the elimination of discrimination against women*¹⁹, adopted under the aegis of the UN, recommending the states that are not parties to this international document, to expressly consecrate the principle of equality of rights between men and women within their constitutions. The declaration also includes provisions as recommendations addressed to States Parties regarding the adoption by them of a set of measures to ensure equal rights between girls and

¹⁷ See Irina Moroianu-Zlatescu, *About family violence, in vol. Women's rights. Equality and partnership* IRDO, Bucharest, 1997, pp. 43-44.

¹⁸ Ibidem, pp. 43-44.

¹⁹ Adopted by UN GA on 7 November 1967, through resolution 2263-XXII.

married or not married women, on one hand, and men, on the other hand, in education, civil law, economic field. The declaration also recommends the States Parties to eliminate all forms of discrimination from their national legislations or customs, practices, regulations in force which constitute discrimination against women and to provide them with adequate legal protection.

Principles included in this international legislative document relating to non-discrimination against women in relation to men, are related to the principle of non-discrimination stipulated in the UDHR, according to which all human beings are born free and equal in dignity and rights. Further more, according to the UDHR, everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in the Declaration, without distinction of gender (among other criteria).

Among the numerous international documents which establish a high level of legal protection of women in the society at the beginning of the XXIst century (that jurists are bound to develop continuously, depending on the specific or unsolved or new arisen problems through the development of the human society at the beginning of the XXIst century) we can also cite the *Convention on the elimination of all forms of discrimination against women*²⁰. According to this international legal document, the concept of discrimination against women is defined in a complex and comprehensive manner²¹: "any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field". Thus, the States Parties to the Convention should sanction and eliminate any measures, practices and regulations which introduce gender-based distinctions, exclusions or restrictions on women's rights in political, economic, social, cultural and civil fields. The bodies with competences in the application of the Convention can track and identify types of discrimination against women that may also arise in fields other than those specified in the Convention.

We also mention that the regional legal documents essential to analyze the main pillars of protection of women's rights according to the level of legal regulation from the end of the twentieth century and the Declaration one equality between men and women, adopted by the Member States of the Council of Europe, the Council of Ministers on 16 November 1988, at its 83rd session. According to the Declaration, the Member States of the Council of Europe (including Romania), recognize that equality between men and women is a principle related to the rights of the human person and more than that it is a fundamental legal principle, asserted internationally and guaranteed by national constitutions and laws.

At European level, in terms of Romania's capacity of EU member, we should mention the provisions of the *Charter of Fundamental Rights of the EU citizen* having the same legal value as the EU Treaties, which came into force at one time with the Treaty of Lisbon (2009). Protection of women's rights under the Charter, finds here an efficient ground for active manifestation whereas we actually see in all major titles of the Charter (Dignity, Freedom, Equality, Solidarity, EU Citizens' Rights, Justice) concrete application of the principle of equality between men and women in the EU Member States,

²⁰ Adopted by UNGA through resolution 3520-XXX of 18 Dec. 1979.

²¹ Nicolae Pavel, *Equality of rights for citizens and non-discrimination*, op. cit., pp. 292-293.

the principle of non-discrimination on the grounds of gender. When developing or applying the European law, the EU member states and also any EU institutions should observe above all the provisions of the Charter, in their letter and spirit. To the extent in which the EU Member States apply the European law and refer to individual acts of people, the Charter becomes mandatory also for the EU citizens, although its purpose is primarily to guarantee on the territory of the EU Member States a legal order that is specific to democracy and rule of law. Secondly, the Charter does not create new rights, but reasserts, at the EU level, the human rights already existing in international and European regulations, as well as in the constitutions of the Member States. The importance of the Charter emerges from the fact that for the first time, both the European and the national courts are competent to judge disputes regarding the breach of fundamental rights stipulated by the Charter, that are considered part and parcel of the European (EU) law.

The Charter is also the first international instrument establishing the principle of indivisibility of human rights²², forming a whole consisting of sets of economic, social, political and civil rights deriving from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States of the *European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms*, the *European Social Charter*, adopted under the aegis of the Council of Europe, the *Charter of the Social Rights of Workers*, adopted by the EU and also the jurisprudence of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights.

The Charter of Fundamental Rights of the EU citizen states, even from its preamble, that the legal basis of the Union consists of indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity. The Union is based on the principles of democracy and the rule of law, which give both the EU institutions and the EU Member States concrete legal obligations regarding the actual and effective guarantee of protection of human rights, particularly women's rights, both at the entire EU level and in the territories of these states. The principle of equality between men and women is reiterated in art. 23 of Title III (Equality), worded as an imperative norm rather than one having a recommendation nature, which requires the Member States (as well as the EU institutions since they also apply the EU law) to ensure gender equality in all areas, including employment, work and pay (thus, there is a particular application of this principle in the field of labour law in the EU). Positive discrimination measures for the "under-represented sex" (in the terminology of the Charter) are not considered violations or restrictions of the principle of equality. On the other hand, while Title III (Equality) contains special articles devoted to various social groups or people in special situations (the rights of the child, the rights of the elderly, the rights of persons with disabilities), unfortunately the Charter fails to devote a special comprehensive article, clearly protecting the women's rights, and only states in art. 23 the principle of gender equality (which does not cover all the legal area of women's rights). Art. 23/Charter is a corollary of art. 21 (non-discrimination), paragraph 1, where discrimination of any kind is expressly prohibited, including the one based on gender, among others, within the EU (a legal obligation of general applicability of the EU Member States, the EU institutions that develop and apply the EU legislation, as well as natural and legal persons subject to the EU legislation).

²² Ion Diaconu, *Human rights in the international contemporary law, theory and practice*, ed. II, Ed. Lumina Lex, Bucharest, 2009, pp. 298-299.

According to the EU Treaty (TEU) amended by the Treaty of Lisbon, art. 1a, the Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights. Further, the article proclaims these values as common to all EU Member States and characterizing a pattern of European society based on "non-discrimination, tolerance, equality between men and women", among others. Also, article 2, paragraph 3, line 2 of the TEU, amended by the Treaty of Lisbon, introduces an express legal obligation under the direct responsibility of the Union to combat social exclusion and discrimination, promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child. In the same article, paragraph 5, the Union assumes again clearly the obligation to contribute internationally, among others, to the protection of human rights and the strict observance and development of the international law, including respect for the principles of the UN Charter.

According to art. 6/TEU as amended by the Treaty of Lisbon, the Union undertakes to recognize the rights and freedoms and principles provided by the Charter of Fundamental Rights of the EU citizen, adopted in 2007. Moreover, by the paragraph 3 of this Article, the Union turns the fundamental rights into "general principles of the EU law," as guaranteed by the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and as arising from the constitutional traditions common to the Member States. Therefore, women's rights, as integrant part of human rights are also subject of the legal respect assumed at the level of primary law (by establishing treaties) by the EU, and consequently, by each of its institutions.

We should also remind you the definition given by the doctrine to the term "equality of chances" (not to be confused with the principle of equality of rights between women and men but with which it has a direct relation). Thus, equality of chances means "an equal level of visibility, autonomy, responsibility and participation of both genders in all areas of public and private life"²³.

Within the EU, we should mention the Commission's report on Women's Rights and Gender Equality, which recommends the Member States and the European Commission to ensure that policies on gender equality continue to be pursued and applied, despite the global crisis, and to increase budgets in order to ensure effective enforcement of this principle. In the *General Report on equality between women and men in the EU for the year 2010* (2010/2138(INI)), the EU Member States are recommended to take the necessary measures in order to ensure access to support services aimed at eliminating gender violence and adequate protection for women without discrimination based on age, religion, race, legal status, sexual orientation, ethnic origin.

Within the EU, we should also mention a concrete application of the principle of gender equality, namely the adoption in 2010 of the European Directive on the European Protection Order (2010/C69/02 published in the OJ of the EU no. C69 of 18 March 2010). Under that directive, a legal protection system at European level is established for people under a serious threat to their integrity by other persons, including in situations of transitor travelling through Europe. The European Commission has adopted a strategy on equality of chances for 2010-2015, developed on the basis of three principles (attracting, developing

²³ Irina Moroianu-Zlatescu, Mihaela Muraru-Mandrea, *Equality. Non-discrimination. Good management*, IRDO, Bucharest, 2008, p. 99.

and keeping a balanced workforce; promoting a more flexible work environment; ensuring assumption of the strategy at the highest level). Thus, by 2014, at the EU level, a percentage of 30% of the middle management staff is fore seen to be women; a percentage of 50% of retiring staff occupying management positions, to be represented by women; 25% of senior management positions to be held by women; the introduction of flexible working methods (remote or part-time work, flexible working hours); combating wage discrimination in order to eliminate direct and indirect discrimination on the pay for women; increasing the women representation in leadership positions or politics, public administration²⁴.

Despite those numerous legal documents, in Romania, the social, cultural environment, the general mentality regarding the women's status are deeply patriarchal, in opposition to the existing high legal level imposed by standards of a democratic society and rule of law, as Romania proclaimed by its Constitution that it represents.

Even if Romania is a country with feminine population as majority, the *feminine* level of representation of the feminine population is still low. Women appear within the *political scene* (regarding the access to high public functions) as being tolerated, in a symbolic way, exceptionally or simply, they aren't named/elected in this type of functions (President of the Senate, President of the Chamber of Deputies, President of the Republic, President of the Constitutional Court, Ombudsman, Prime-Minister etc.).

The number of the candidate/elected women for the deputy or senator high state dignities in the Romanian Parliament is completely non-representative for the feminine predominant segment of the Romanian population. Majority in Parliament remains masculine.

In the social sector, Romania remains (despite forced urbanization from communist years which led to a massive migration of population from villages to towns) deeply imprinted by the mentality of a patriarchic-organized family (man, as head of the family), in which numerous women become victims of a hidden exploitation as their non-remunerated labor force (non-remuneration of domestic labor that, moreover, isn't seen as generating social prestige, as in the public sector).

From the religious point of view, Romania remains in majority, a Christian-Orthodox country, unfortunately characterized by a limited, discriminatory perspective *on the interpretation* of Christ's messages (law of loving the fellow creature): we note that women are practically, *excluded* from the decisional, consultative and ceremonial-liturgical spheres of the Church (despite the principles of non-discrimination and equality between people, proclaimed by Christ).

From the perspective of today social mentality, it still dominates a traditionalist, limited perspective about definition of femininity, the feminine being and the social, cultural, political role of woman.

Moreover, in this society "of transition" (from communism to capitalism), woman *was victim of a profound patriarchic-consumerist (mixed) conception*, being victim of the organized-criminal networks (traffic of women, of cheap feminine labor), being confronted with numerous cases of violence and abuses (the generalized phenomenon of prostitution).

Concerning the phenomenon of forced migration of the Romanian population (due to chronic poverty of entire zones in this country, people choosing to leave their country in

²⁴ Elena Marinică, *Equality of chances between women and men in 2010*, in the magazine *Human rights*, IRDO, no. 1, 2011, year XXI, pp. 25-28.

searching for an improved level of life), woman was also confronted, outside the borders of her country, even in EU member states, with diverse phenomena of exploitation (prostitution, cheap labor force, even slavery- exploitation of her labor force in conditions of symbolic or total non-remuneration or in condition of discrimination in comparison with masculine labor force for the same work; she also, faced violence and a general attitude of affecting her rights and her person).

Taking into account those conditions (persisting even today, in the Romanian society), we must note that woman is quite ill-protected by the state institutions and even by competent NGO-s.

Regarding the concrete protection of women with Romanian citizenship *in other states*, Romanian authorities haven't succeeded in insuring *concrete, appropriate* protection of woman, of her rights and dignity (inclusively by enforcing cooperation with competent authorities of other EU states).

In general, we note *a state of lethargy of Romanian NGO-s* in the field of women's rights protection, concerning the activity of identifying and stopping abuses committed on women in reason of sexual criterion; also, we note a certain *passivity* instead of imagining and implementing concrete activities/initiatives with great impact in society (activities of educating Romanian society to respect dignity of woman and women's rights).

On a contrary, in the name of a wrong concept of understanding democracy, we see the phenomenon of *proliferation of entire broadcasting programs* (entertainment programs, reality-shows) which, invoking an absolutized liberty of mass media, treat *woman as an object of entertainment*; implicitly, those programs educate/impose to the society to perceive woman in this way (due to consumerist "principles"), infringing thus, the feminine dignity, the women's rights.

As well, we note that woman is aggressed in her feminity, in her right to a decent public image and to be respected as woman, by *the activity of publishers of several journals promoting excessively images with naked women, encouraging an aggressive and pornographic language about women and implicitly, educating the people* to perceive as "normal, democratic", "expression of artistic liberty", such degenerated and discriminatory images about the women.

As well, mass media *promote the cult of violence in numerous movies* (containing scenes of violence and humiliation regarding women), seen as being "something normal in each democracy, expression of artistic liberty", *without appropriate counter-reaction* (of protecting women's rights, by *prohibiting* such attitudes, images, programs or scenes, and not by tolerating such discriminatory scenes as "normal"-) *from the civil society* (including competent NGO-s or Romanian Orthodox Church, as representative for the traditional religious cult of Romanians), *neither from competent public authorities* (Council of Combating Discrimination, National Council on Audio-Visual Broadcasting), and without a significant change into the policy of the Romanian state (protecting women's rights).

In relation with such types of aggressions on women's statute and public image (cultural and social) constituting also, real infringements of women's rights and generating consequences on legal level, nor the public competent institutions (Council of Combating Discrimination, National Council of Audio-Visual Broadcasting), neither the competent NGO-s, neither the Departments of Gender Studies (associate experts, professors), neither the Presidency or the Prime-Minister institution do not act in order to take appropriate

counter-measures of ceasing such phenomena of systematic degradation of women's public image and of their rights into the Romanian society.

Regarding the mass media freedom (*absolutized until the level of transforming itself into a concrete weapon of infringing women's rights*), Romanian present society chooses in practice to put the women's rights on a vulnerable, second place (by treating it in a non-legal, hierarchical way), "in the name of democracy" (!), when it should make the correct application of art. 1, align.3; art. 20; art. 16, align.3/Constitution.

Another alarming, generalized phenomenon characterizing today Romanian society is the *sexual harassment at office*. In this case, women's rights and dignity infringements can include also, an act punished under the criminal law (blackmail of the woman-employee, by the man-employer, with her own remuneration rights). Regarding this discriminatory and illegal situation, we can say that there is not sufficient protection of women, in Romania, from syndicates, at office, from competent NGO-s, from the Council of Combating Discrimination, even from state institutions as the judicial authorities. We note, in this case, that the tendency of believing the man-employer (due to the fact that *he holds the mechanisms of concrete power necessary to present the image of the case as a "non-discrimination" of the woman-employee*) are stronger than a real preoccupation of the public authorities and civil society to insure the real protection of woman employee at her office. There is not a real, harsh, punishing administrative responsibility on hierarchical scale, of the man-employer, neither real implemented mechanisms of mediation, at office, in order to concretely obtain the cease of this phenomenon before getting into the front of the judicial instance. Another alarming connected phenomena must be noted (blackmailing with losing the job or intimidating witnesses of sexual harassment, fellows of the victim at office, to not testify in favor of the victim), mechanism of concrete power used in practice by man-employer. Moreover we note that judicial authority doesn't offer appropriate, significant damages, in general *those phenomena being treated into the Romanian society with a certain degree of superficiality, even with tolerance, due to the general patriarchalist and consumerist context traversed by this society*.

As a brief conclusion, we consider than several measures and reactions are recommended to be taken by public authorities:

- *improving and consolidating the legislative level* of protecting women's rights into the present Romanian society, by taking into consideration the above-mentioned phenomena, *tolerated at present* by civil society, Orthodox Church, state institutions

- *real, serious involvement* of syndicates, at office, of competent NGO-s, of civil society (inclusively the Orthodox Church) *in educating society* to respect women's rights, their dignity and *in removing negative effects of discrimination on women from the society*

- *imposing to mass media a real juridical and civic obligation to respect women's rights in essence* (not formally), *educating the public to know and respect women's rights*, as in a genuine non-discriminatory society and not teaching people to perceive as "normal" systematic attitudes of abuses and infringements against women

- *public institutional and civic perception* over the human rights and liberties *as being in a relation of interdependence*, not placed into a discretionary hierarchy (where liberty of mass media should be used as isolated from the other liberties, as absolutised and *against* those other liberties, *even as a pretext to infringe* other liberties, that is a profound anti-democratic action)

Conclusions

As we see, although we have tried in this article to present an overview of the main international and European legal documents for the protection of women's rights (enforceable against the Romanian state as well, as an EU member state that has signed and ratified these documents), we are far from going thoroughly into their deep presentation and analysis. In particular, the area of the European social law is still very developed in this respect (including as regards the impact of the activity of the EU institutions and European legal regulations in the field), thus leading to a higher level of protection of women's rights within the work relations in the territories of the signatory States and the EU Member States compared to other parts of the world.

Despite that, we consider that Romanian state has the obligation to respect *not only formally, but also in essence*, the numerous international, regional juridical documents signed and ratified, and *to offer a concrete, appropriate protection* to women and to their rights, at the beginning of XXI century.

BIBLIOGRAPHY

Closcă, Ionel; Suceava, Ion; Maxim, Ioan. 1993. *Drepturile omului în sistemul Națiunilor Unite (Human rights in the United Nations' system)*, vol. II. (s.l.). Europa Nova PH

Constantinescu, Mihai; Muraru, Ioan; Iorgovan, Antonie. 2003, *Revizuirea Constituției României. Explicații și comentarii (Revision of the Romanian Constitution. Explanations and comments)*. Bucharest: Rosetti PH.

Dănișor, Dan Claudiu. 2009. *Constituția României comentată. Principii generale (Romanian Constitution commented. General principles)*. Bucharest: Universul Juridic PH

Diaconu, Ion. 2009. *Drepturile omului în dreptul internațional contemporan, teorie și practică (Human rights in the international contemporary law, theory and practice)*, ed. II. Bucharest: Lumina Lex PH

Lupascu, Dan. 2011. *Codul Penal (Legea nr. 15/1968) și Noul Cod Penal (Legea nr. 286/2009) (Criminal Code (Law no. 15/1968) and the New Criminal Code (Law no. 286/2009))*. Bucharest: Universul Juridic, PH

Marinica, Elena. 2011. "Egalitatea de șanse între femei și bărbați în 2010". *Drepturile omului Journal*, IRDO, year XXI (1):25-28

Moroianu-Zlatescu, Irina. 1997. *Despre violența în familie, în Drepturile femeii. Egalitate și parteneriat, (About family violence, in vol. Women's rights. Equality and partnership)*. Bucharest: IRDO

Moroianu-Zlatescu, Irina. Muraru-Mandrea, Mihaela. 2008. *Egalitate. Nediscriminare. Bună administrare, (Equality. Non-discrimination. Good management)* Bucharest: IRDO

Moroianu-Zlatescu, Irina. 1996. *Protecția juridică a drepturilor omului (Legal protection of human rights)*. Bucharest: IRDO

Moroianu-Zlatescu, Irina. 1997. *Reglementări interne și internaționale cu privire la drepturile femeii, în Drepturile femeii. Egalitate și parteneriat (Women's rights. Equality and partnership. Internal and international regulations on women's rights)*. Bucharest: IRDO

Moroianu-Zlătescu, Irina. 1996. *Șanse egale. Șanse reale. Studii și cercetări privind drepturile femeii (Equal chances. Actual chances. Studies and research on women's rights)*. Bucharest: IRDO

Noul Cod Civil, republicat în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011 și Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a legii nr. 287/2009 privind Codul Civil, (The New Civil Code, republished in the OJ no. 505 of 15 July 2011 and Law no. 71/2011 implementing the law no. 287/2009 on the Civil Code) Bucharest: Universul Juridic PH

Ordinul European de Protecție (European Protection Order)2010/C69/02. Official Journal of the EU no. C69 of 18 March 2010

Pavel, Nicolae. 2010. *Egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea (Equality of rights for citizens and non-discrimination)*. Bucharest: Universul Juridic PH

Popescu, Andrei. Voiculescu, Nicolae. 2003. *Dreptul social european (European social law)*, Bucharest: Ed. Fundației Romania de maine

Principalele instrumente internaționale privind drepturile omului la care România este parte (Main international instruments on human rights to which Romania is party). 2003. vol. II, *Documente Regionale (Regional documents)*. Bucharest: IRDO

Scaunas, Stelian. 2003. *Dreptul internațional al drepturilor omului (International law of human rights)*. Bucharest: Ed. All Beck

Șerbanescu, Rodica. 1997. *Emanciparea profesională a femeii în România (Professional emancipation of women in Romania)*, in vol. *Drepturile femeii. Egalitate și parteneriat (Women's rights. Equality and partnership)*. Bucharest: IRDO

Voiculescu, Nicolae. 2007. *Dreptul muncii. Reglementări interne și comunitare (Work Law. Internal and Community regulations)*, ed. II, Romania: Wolter Kluwer PH

THE FIELD OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN THE ROMANIAN POSITIVE LAW RELATED TO THE PROVISIONS OF ART. 2 ITEM (1) LET. C) FROM LAW NR. 554/2004 REGARDING THE ADMINISTRATIVE LEGAL DISPUTE

**NICULAE GAMENT-ANTONIU
CRISTIAN GIUSEPPE ZAHARIE**

Abstract: This paper is an overview the administrative contracts as it shown in the contemporary practice of public administration authorities. Some observations and the point of view of authors regarding some practical aspects are presented. The paper submits for the specialist's different agreements realized by public administration authorities who show some specific features of administrative contracts. Post revolutionary regulations in the field of administrative law have refounded a judicial category which disappeared from the Romanian law at the end of the 40's: the administrative contracts.

Keywords: public administration, administrative contracts, regulations

The provisions of art. 2 item (1) let. d) from Law nr. 554/2004 regarding the administrative legal dispute consecrated in general terms in the Romanian law the field of administrative contracts, submitted under the aspect of the conclusion and the enforcement of jurisdiction to the tax and administrative legal dispute courts.

Broadly speaking, the administrative contract is a convention concluded between a public authority and a private person, a will consent submitted to a special judicial policy of administrative law, a convention which has a specific character due to the parties, object, applicable principles, conclusion, enforcement, ceasing, clauses and their solving.

These administrative contracts are judicial documents which the public administration bodies concluded with the administrative ones, documents which include a will consent triggering rights and obligations for the contracting parties.

They were also analyzed by distinguished authors from the interwar period. In prof. Erast Diti Tarangul's opinion "the contracts concluded by the administration with the private persons with the purpose of co-operating with a view to performing a public service or meeting a general interest are public law contracts or administrative contracts".

Administrative contracts are defined as the contracts concluded on the grounds of the will consent which interferes between an authority of public administration or a person authorized by it and a private person, submitted to the administrative law policy.

In Geoge Costi's opinion "by the administrative contract we understand the will consent, manifested under a certain form and concluded between the qualified representatives of an administrative person and private persons or the agents of other public administrations, upon certain determined objects, with the purpose of triggering judicial effects necessary to the meeting of the general interest".

The text let. c) item (1) of art. 2 of Law 554/2004 limits the categories of contracts concluded by public authorities which are submitted to the jurisdiction of administrative legal dispute courts. In the determining and limiting of contracts which come under the jurisdiction of administrative legal dispute courts the legislator takes into account the criterion of their object, namely:

- the showing to advantage of goods which represent public property;
- the carrying out of the works of public interest;
- the carrying out of public services;
- public acquisitions.

The legal provisions do not confine only to the performing of these operations by the administrative procedures regarding the public acquisitions (including the assimilated contracts), granting and renting. Obviously, the conventions concluded by the public administration authorities cannot all be administrative contracts.

Despite some contrary opinions from the Romanian and foreign judicial doctrine we must exclude from the field of administrative contracts the civil, commercial and labour conventions, as well as the contracts regarding the goods from the state's private property and from its territorial-administrative centres.

It must also be pointed out that in the present drafting, the text of Law nr. 554 from 2004 does not take into account the totality of the contracts concluded by the public authorities which the doctrine considers as being of an administrative judicial kind.

For the categories of the administrative contracts mentioned by art. 2 item (1) let. c) from Law nr. 554/2004 regarding the administrative legal dispute in the Project of the administrative procedure code there was suggested the assigning to the administrative legal dispute courts competence of public loan contracts and of the conventions regarding the selling of goods from the state's private property and from the territorial-administrative centres as well¹.

It is true that in the case of the selling of goods from the state's private property, the procedure of the approval of the contract is submitted to the administrative procedure, but, we must not omit the fact that the sold out good belongs to the state's private property and the enforcement of the contract is governed by the provisions of common law, which causes the judicial type of these contracts to be mainly of private law. But, this contract has some characteristics which bring it near to the administrative contacts.

In the case of the contracts of public loan, this sort is obviously administrative, of public law.

In the judicial doctrine, some contracts from the field of public transport and of irredeemable financing (irredeemable financing contracts, grant contracts and collaboration contracts with a view to getting a financial aid) concluded by the authorities of the public administration in the terms of administrative law are as well considered as being of an administrative judicial sort.

The relations between N.S.R.R. and the public institutions are regulated on the basis of the activity contract of the National Society of Romanian Railways, concluded between the Ministry of Transport, as a representative of the Government and N.S.R.R. The activity contract of N.S.R.R. is drawn up by N.S.R.R. together with the Ministry of Transport.

¹ Fl. Măgureanu, G. Măgureanu, *Organizarea sistemului judiciar*, ed. a VI-a, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 67 și urm.

The contract of irredeemable financing is a contract by which within an administrative procedure a public authority offers an irredeemable sum of money to a beneficiary who has the obligation of carrying out the project for which he received the financing.

One party of the contract is necessarily a public authority, her field of competence setting the specific character of the contract. Many times the sums of money totally or partially come from community funds, and the provisions of the contract have absolute power for the parties and they are set between them as norms of a technical, financial or administrative kind.

Related to a variant of these contracts there has been shown in the doctrine that “the grant contract is that contract included between the Romanian Social Developing Fund and the representatives of rural communities and disadvantaged groups on whose grounds the Fund assigns the beneficiaries or, depending on the situation, the intermediary organizations, free of charge, sums of money called grants, with the exclusive purpose of the carrying out of the approved projects”.

As it has already been pointed out, the provisions of Law nr. 554/2004 also take into consideration the contracts which show the public property goods to advantage.

By enforcing Laws nr. 69/1991, 15/1990, 213/1998, 219/1998, 528/2004, 337/2006, 470/2002, 215/2001 and so on, the public administration authorities concluded various contracts having as purpose the ceding of the use (exploitation) of some real estate or personal estate from the public property of the state or of the territorial-administrative centres.

In the case of concession (including the contracts of the commissioning of the administration of public services by concession) and of renting, the judicial nature of these contracts is obviously administrative.

At present, the judicial policy of the contracts of granting public works and of the contracts of granting services is regulated by the provisions of G.E.O. nr. 34 from 19.04.2006 regarding the assigning of the contracts of public acquisition, the contracts of granting public works and the contracts of granting services. The G.E.O. nr. 34 from 19.04.2006 regarding the assigning of the contracts of public acquisition, the contracts of granting public works and the contracts of granting public services was passed and modified by Law nr. 337/2006. With a view to enforcing the ordinance, the Government issued the Framework methodological norms, passed by G.D.nr.925 from 19.07.2006.

The G.E.O. nr. 54 from 28 June 2006 regarding the policy of the contracts of granting public property goods brought a new regulation to the granting of the goods which were part of the public property of the state or territorial-administrative centres.

The assigning, concluding and carrying out of the renting contracts which regard state's public property goods and in which a state body takes part, are the aims of the regulating of several governmental laws out of which the most important with a general aspect in this regard are:

- Law nr. 213/1998, regarding public property and its judicial policy;
- Law nr. 215/2001 regarding the local public administration.

By these contracts, a state body – central or local public authority – must provide a private law person with the temporary, total or partial use of a good belonging to the public property of the state, in exchange for a sum of money called rent.

Art. 125 from Law nr. 215/2001 stipulates the possibility which the local and district councils have to decide for the public property goods, (...) to be rented.

By norms included in the special law, the public-private partnership contracts (PPP) and the public-private partnership contracts for the concession of works were implicitly classified as administrative contracts and the litigations turned up in connection with them were passed on to the administrative legal dispute courts for solving.

The public-private partnership contract for the concession of works was a contract whose aim was the carrying out or, depending on the situation, both the designing and the carrying out of one or more building works, the way they were included in the official statistical classifications, or the carrying out, by all means of any combination of these building works, which met the requirements of the contracting authority and which led to a result meant to carry out a technical-economic function by itself. In return of the carried out works, the contractor, as a concessionaire, received the right to totally or partially exploit the result of the works, a right to which, depending on the situation, the payment of a sum of money could be added.

After 1989, public administration authorities concluded a large number of contracts which regarded the showing to advantage of public property goods. Some of them allowed the avoidance of the public auction procedure and their classification proved difficult. Such contracts are:

- Contracts of the location of the administration, considered as having an administrative judicial nature if they had as target the ceding of the use of some public property goods. These contracts, rarely encountered at present, were frequently concluded in the 90's. In general, they were carried out either by the ending of term, or by their replacing by other contracts of sale (privatization), renting or concession. Among these contracts, only those whose aim is the exploiting of public goods are of administrative judicial nature. These contracts are stipulated by Law nr. 15/1990 regarding the reorganization of state economic units as autonomous state-owned companies or trading companies and regulated by the Government Decision nr. 1228/1990 concerning the methodology of concession, renting and location of administration, being mentioned as well in other various governmental laws.

The association in participation contracts regarding the public property goods or the contracts whose purpose is the achieving of some objectives of public interest. On the grounds of the dispositions of art. 20 let. v and art. 28 (2) and art. 63 let. t from Law nr. 69/1991 (completed by Government Ordinance nr. 22/1997), the local and district councils concluded various partnership contracts. Some of these contracts display the characteristics of some private law contracts, submitted to civil judicial policy, others contain the defining elements of the administrative contracts. The association in participation contracts from the second category have the following characteristics:

- one of the parties is a public authority (local council or district council);
- their objective is the meeting of a public general interest;
- the judicial inequality of the parties;
- the establishing of the clauses by law or by a unilateral manner by the public administration authority on the grounds of and by enforcing the law;
- when the public interest requires it or when the private law person has not carried out her contracting obligations, the public administration authority can modify or unilaterally cancel the contracts;

- they are meant to ensure the working of some public services, the carrying out of some works, activities or they concern the exploitation, the showing to advantage of a public property good;

The association contracts concluded between the public administration authorities have an administrative judicial nature if their objective is the financing or the carrying out of some actions, works, services or projects of local or district public interest, or if the local public authority takes part in the association with a good which belongs to the public property of the territorial-administrative centre.

In this case, the showing to advantage of public property goods is being achieved.

The possibility of concluding these contracts by the local public administration authorities is stipulated by Law nr. 215/2001 within three distinct articles. In art. 104 item (1) let.(s) from the law it is stipulated that “the district council as a deliberative authority of the local public authority formed at a district level, (...) decides, on the terms of the law, the cooperation or the association with Romanian or foreign judicial persons, with nongovernmental organizations and with other social partners, with a view to financing and carrying out, together, actions, works, services or projects of district public interest”. Art. 95 item (2) let.(r) from the law also stipulates the attribution of local councils of the districts of the Municipal town of Bucharest of deciding “under the terms of the law, with the beforehand consent of the General Council of the Municipal town of Bucharest, the cooperation or the association with Romanian or foreign judicial persons, with nongovernmental organizations and with other social partners, with a view to financing or carrying out, together, actions, works, services or projects of local public interest”;

- The commodate contracts regarding some public property goods concluded by the public administration authorities.

The issue of establishing the administrative judicial nature of the commodate contracts concluded by the administrative authorities is to be taken into consideration in the case in which their objective is represented by one or more public property goods.

The concluding of some commodate contracts regarding goods from public property is regulated by art. 136 item(4) from the Constitution, art. 17 from Law 213/1998 and art. 126 from Law nr. 215/2001. In art. 126 from Law 215/2001 it was stipulated that local and district councils can turn over for free of charge use, for a limited time period, local or district public or private property movables or real estate, depending on the situation, to judicial persons, non-profit making, who carry out charitable activities of public utility, or to public services”.

By these contracts, in the case of the carrying out by the private law person of an activity of public interest a showing to advantage of the public property goods is performed;

- The partnership contracts regarding public property concluded by the public administrative authorities.

Law nr. 215/2001 regarding the local public administration, republished, within art. 36, item7 letter a) stipulates that “the local council can decide the association with judicial persons in order to carry out some works of local public interest”.

Local councils concluded such contracts on the grounds of the provisions of art. 36, item 2, letter c and item 7 letter a and art. 45 from Law 215/2001 republished regarding the local public administration.

This category of contracts concluded by the local public administration authorities can refer to operations which involve the taking hold of public property;

- The contracts concluded by the public administration authorities regarding the ceding of the right to administer a public property good.

Regarding a real right concerning public property, the concluding of such a contract involves the enforcement of the administrative judicial policy. The objective of this contract is represented by the free of charge ceding of the right to administer one or more public property goods;

- The collaboration contracts concluded by the public administration authorities regarding the showing to advantage of the public property.

The objective of the contracts is represented by the collaborating of the contracting parties, in order to exploit a public property good, contracting parties who meet the contracting obligation of mutually providing each other with certain services, complying with the terms and conditions stipulated by the contract.

The main objective of the collaboration contract is represented by the exploiting of the public good in the location stipulated by the contract.

Obviously, the contract shows to advantage property goods, a characteristic which renders to it an administrative judicial nature.

We can thus conclude that, as in the present positive law, the applications of the notion of administrative contract do not confine only to the contracts of concession of services and public works or to the totality of the public acquisition contracts, but they are to be found in a variety of contracts which the administration concludes with third parties.

For the future, we can anticipate, taking into account the regulations from the West-European community states that the field of administrative contracts will enjoy a broader regulation which will trigger the enhancing of the variety and role of these contracts in full accord with the new exigencies and the general public interest.

REFERENCES

- Balan, E., 2007, *Financial Law*, Bucharest, C.H. Beck
- Costi, G., 1945, *The Administrative contract notion*, Bucharest, The Official Journal and State's printing offices
- Giurgiu, L., Zaharie, C.G., 2008, *Theoretical and practical aspects regarding the provisions of art. 155 from the project of the Code of Administrative Procedure and Decision nr. 765 from 24 February 2004 of the tax and administrative legal*, dispute Section of the High Court of Cassation and Justice, Bucharest, Judicial Universe
- Mrejeru, T., Florescu, D.A.P., Lazar, R., Mrejeru, B., 2000, *The international and internal contract of association in participation, commented legislation and jurisprudence*, Bucharest, Continent Publishing house
- Negoită, A., 1996, *Administrative Law*, Bucharest, Sylvi Publishing house
- Petrescu, R.N., 2001, *Administrative Law*, Cluj-Napoca, Cordial Lex Publishing house
- Rarincescu, C.G., *The Romanian administrative legal dispute*, Universal Alcalay and Co. Publishing house
- Tarangul, E.D., 1944, *A Treaty of Romanian Administrative Law*, Cernauti, „Bucovina's Voice” Publishing house

ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE REFERITOARE LA ORGANIZAREA ȘI FUNCȚIONAREA JOCURILOR DE NOROC ÎN ROMÂNIA

Drd. SORIN CONSTANTINESCU

Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”, București

Subcomisar de Poliție **OCTAVIAN AVRĂMOIU**

Abstract: Romania established a monopoly on gambling by excluding the entire sector from the principle of freedom of establishment and from providing services and categorizing these activities as state monopoly by instituting operating licenses and permits. This paper shall bring to your attention the way our country regulates gambling activities, and the current taxation level. It also presents the main legal regulations regarding the main regulations on gambling and matters affecting the prohibition of gambling in the present global context.

Parlamentul European, în sesiunea din 16 februarie 2006, a votat cu o clară majoritate excluderea tuturor activităților de jocuri de noroc de la scopul Directivei Serviciilor. Prin acest vot, membrii Parlamentului European recunosc faptul că domeniul respectiv nu trebuie supus abordărilor legate de piața internă, din cauza efectelor pe care le are în plan social și a sensibilității în ceea ce privește riscurile în problemele legate de infraționalitate.

Rezultatul votului este o consecință a activității de lobby făcută de Asociația Europeană a Loteriilor de Stat, care a avertizat permanent asupra pericolelor liberalizării sectorului jocurilor de noroc. Acest lucru poate conduce la proliferarea nedorită a jocurilor nocive, creșterea costurilor sociale și de sănătate ale societății, precum și la un dezechilibru major în ceea ce privește ordinea publică în Statele Membre ale Uniunii Europene.

România are deja instituit un monopol în domeniul jocurilor de noroc, prin excluderea totală a întregului sector de la principiul libertății de stabilire și de furnizare a serviciilor și prin calificarea acestor activități ca fiind monopol de stat (acordarea de licențe de operare).

Menținerea supremației statului în domeniu are însa, dincolo de implicațiile sociale invocate de oficialii Uniunii Europene, o explicație: aproape 250 miliarde dolari aruncați anual pe jocurile de noroc – de la loteria clasică și pariuri sportive la pokerul pe Internet. Acesta din urmă adunat anul trecut nu mai puțin de 15 miliarde dolari din bugetul jucătorilor.

De altfel, și Asociația Mondială a Loteriilor susține punctul de vedere al instituției europene. Chiar dacă loteriile de stat par în scădere de formă, având încasări de cinci ori mai mici decât ale caselor private, ele acaparează în continuare aproximativ jumătate din piața mondială a jocurilor de noroc. Ideea caselor private de jocuri de noroc nu este neapărat aceea de preluare a loteriilor de stat – ale căror servicii sunt greu de fraudat, ci a jucătorilor.

Principala breșă în piața de care profită organizatorii unor astfel de activități este dependența de noroc. Sunt însă prea puține studii în acest domeniu. Pasiunea jocurilor de

noroc este provocată, în principal, de 4 factori: moștenirea genetică, psihologia individuală, contextul social și viteza cu care se intra în posesia câștigului. Tratatamentul persoanelor care au luat virusul jocului implică, de asemenea, foarte mulți factori. În afară de soluția radicală de a interzice jocurile periculoase, o soluție ar fi limitarea prin lege a sumelor jucate. Poate fi luată în calcul și limitarea câștigurilor, care s-a încercat, la un moment dat, și de către Loteria Româna. Există însă voci care susțin introducerea marcajelor de avertizare, similare celor de pe pachetele de țigări.

Apariția principiului de libertate a serviciilor pe teritoriul Uniunii Europene a complicat și mai mult lucrurile în domeniul monopolului de stat asupra jocurilor de noroc, după ce Internetul a zguduit politicile de naționalizare a loteriilor. O dovedește o recentă sentință a Justiției franceze, care contrazice o decizie pe o speța similară, dată de Curtea Europeană de Justiție.

Se spune că Internetul s-a dezvoltat atât de impetuos și rapid, devenind o imensă rețea mondială, în mare parte comercială, pe baza a 3G: *Games* (jocuri), *Girls* (fete) și *Gambling* (Jocuri de noroc)¹. În ceea ce privește jocurile de noroc, se știe foarte bine, de mult timp, că sunt o afacere într-atât de profitabilă, încât guvernele sunt tentate să le naționalizeze. În special în Europa, jocurile de noroc, mai ales loteriile, au fost monopolizate de stat, care stat strânge astfel foarte mulți bani dintr-un fel de impozit pe care o mare parte din populație se grăbește să-l plătească, fără a fi o taxă obligatorie.

Politica monopolistă intră în conflict cu principiul de libertate a serviciilor aplicabil în Uniunea Europeană. Totuși, Statele Membre încearcă să-și păstreze un anumit monopol sau influență asupra acestor servicii, impunând îndeobște taxe și impozite foarte mari. Chiar și companiile private implicate în jocurile de noroc au tendințe monopoliste, căutând să elimine din competiție jucătorii externi. Când, de fapt, orice companie înregistrată într-un anumit Stat Membru al Uniunii Europene poate să ofere servicii într-un alt stat, chiar direct prin Internet. Mai simplu spus: orice cetățean din Franța poate juca la loteria din Italia.

O decizie recentă dată de Tribunalul din Paris, a renăscut discuțiile legate de jocurile de noroc în sânul Uniunii Europene, precum și asupra condițiilor în care acestea sunt legale. Prin decizia dată de Tribunalul francez, se interzice site-ului de pariuri Zeturf, administrat de o societate din Malta, să preia pariuri de pe teritoriul francez². Decizia se bazează pe faptul că acest site era în mod clar destinat doar pieței franceze (fiind în limba franceză), iar evenimentele se desfășoară pe teritoriul francez, chiar dacă respectă reglementările legale din Malta. În fapt, decizia respectivă este profund greșită, fiind dur criticată și de presa de specialitate franceză. Astfel, deși mai multe instanțe naționale din Olanda, Germania sau Italia au luat decizii similare pentru a apăra monopolurile sau afacerile locale, în aceasta speță ne putem referi la un caz cunoscut drept Afacerea Gambelli. Gambelli și încă 137 de „centre de transmisie de date” strângeau de pe teritoriul italian pariuri sportive pentru compania britanică Stanley International. „Centrele de transmisie de date” erau înregistrate la Camera de Comerț Italiană și la Ministerul Comunicațiilor, fiind autorizați pentru transmisia de date prin Internet. Stanley este o companie britanică reglementată și licențiată conform legii engleze în domeniu și care plătește taxe și impozite statului englez. Prezența

¹ M. Pantea ș.a., articol „Online gambling in Romania” publicat în limba engleză în „Journal of Criminal Investigations”, Vol. IV, issue 2/decembrie 2011, Ed. Universul Juridic, București, pp. 57-70.

² M. Pantea, Curs Universitar pentru Masterat „Managementul activităților de prevenire și combatere a ilegalităților în domeniul jocurilor de noroc în Uniunea Europeană”, Ed. Pro Universitaria, București, 2011.

lui Stanley în Italia se rezumă la acorduri comerciale cu aceste „centre de transmisie de date”, care permit utilizatorilor italieni să pună pariurile pe cotele stabilite de Stanley, datele fiind transmise la compania engleză.

Autoritățile italiene au început însă demersurile penale, pe motiv că aceste centre încalcă regulile naționale privind pariurile, activitate rezervată, conform legilor naționale italiene, numai statului sau celor licențiați de stat. Cazul a ajuns în cele din urmă la Curtea Europeană de Justiție, care, la 6 noiembrie 2003 a decis că interzicerea de către Guvernul italian a pariurilor sportive prin Internet restrânge în mod ilegal libertatea de stabilire și prestare de servicii în piața europeană. Instanța a considerat că nu reprezintă un motiv suficient pentru o astfel de interdicție faptul că prin astfel de activități s-ar obține „fonduri publice”. Mai mult, instanța a indicat că Statele Membre ale Uniunii Europene au o larghețe destul de mare în a reglementa piețele de jocuri de noroc, dar restricțiile trebuie să fie coerente și consistente. În plus, restricțiile trebuie să fie justificate și nu pot fi invocate prevenirea fraudelor sau protecția consumatorilor, atâta vreme cât respectivul stat nu a luat măsuri efective pentru proprii concetățeni în aceste domenii.

Legislația comunitară favorizează Marea Britanie. Decizia a fost, evident, una revoluționară în domeniu. Ea a legalizat dreptul oricărei companii înregistrate într-un Stat Membru al Uniunii Europene, de a oferi prin Internet, cu anumite excepții, servicii de jocuri de noroc în toate Statele Membre și pentru toți cetățenii europeni, fără a fi nevoie să se înregistreze sau să obțină autorizație în fiecare Stat Membru. Pe de altă parte, Comisia Europeană a dat semnale că va demara o serie de proceduri împotriva unor State Membre ale Uniunii Europene – Olanda, Germania, Franța, Spania, Ungaria și chiar Italia, tocmai pentru că regulile comunitare sunt încălcate prin legislațiile naționale pentru jocurile de noroc. Cine e în avantaj la acest capitol? Pe lângă Marea Britanie, care în mod evident este patria tradițională a bookmakerilor (companii de pariuri), dar și prima țară care a permis în mod expres jocurile de noroc on-line prin Gambling Act. O altă țară europeană preferată de unele companii de jocuri de noroc este Malta.

România nu rezistă la testul monopolului, și astfel, în România, legislația în domeniul jocurilor de noroc este la fel de „naționalistă”, ca și în cazul altor State Membre.

Organizarea și exploatarea jocurilor de noroc constituie monopol de stat, potrivit art. 2 lit. g) din Legea nr. 31/1996³, iar administrarea acestuia se face de către Ministerul Finanțelor Publice prin organele sale specializate. În consecință, pentru ocrotirea dreptului său, statul a stabilit în mod expres regimul de acces al agenților economici la activitatea de organizare și exploatare a jocurilor de noroc, precum și condițiile de exercitare a acesteia. Astfel, în conformitate cu dispozițiile art. 3 teza a II-a din Legea nr. 31/1996, exploatarea activităților constituind monopol de stat se face de către agenții economici pe bază de licențe eliberate de Ministerul Finanțelor Publice. În particular, pentru activitatea de organizare și exploatare a jocurilor de noroc, Hotărârea nr. 251/1999⁴ prevede că exploatarea jocurilor de noroc se poate face numai în baza autorizației emise de Ministerul Finanțelor Publice, respectiv licența pentru exploatarea jocurilor de noroc.

³ Legea nr. 31/1996 privind regimul monopolului de stat, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 96 din 13 mai 1996,

⁴ H.G. nr. 251/1999 privind condițiile de autorizare organizare și exploatare a jocurilor de noroc, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 171 din 22 aprilie 1999.

Regimul juridic al licenței pentru exploatarea jocurilor de noroc, precum și condițiile ce trebuie îndeplinite de către persoanele juridice care intenționează să organizeze și să exploateze jocuri de noroc sunt reglementate în amănunt prin Hotărârea nr. 251/1999. Acest act normativ dezvoltă, în mod special, dispozițiile generale aplicabile tuturor activităților economice ce constituie monopol de stat conținute în Legea nr. 31/1996. Astfel, licența pentru exploatarea jocurilor de noroc poate fi acordată persoanelor juridice legal înregistrate în România. Licența este nominală și se eliberează pentru locurile solicitate de către cei în cauză și în care se desfășoară activitatea pentru care este acordată. Ea nu poate fi cedată direct sau indirect, acest fapt fiind prevăzut expres la art. 6 alin. (2) din Legea nr. 31/1996. Titularii licențelor au obligația să respecte condițiile din licență pentru care a fost acordată și la plata tarifului de licență. Durata de valabilitate a licenței pentru exploatarea jocurilor de noroc, tariful de licență, cuantumul și termenele de plată au fost reglementate separat prin O.U. nr. 69/1998.

Activitatea de autorizare a jocurilor de noroc se realizează prin intermediul Comisiei de autorizare a jocurilor de noroc, care își desfășoară activitatea în cadrul Ministerului Finanțelor Publice. Activitatea de autorizare are în vedere mașinile, instalațiile, dispozitivele, mesele de joc de noroc, spațiul în care se desfășoară activitatea, precum și personalul și regulamentele interioare⁵. Comisia poate autoriza funcționarea unor mașini, instalații, dispozitive sau mese de jocuri de noroc numai pe baza unei dovezi privind verificarea tehnică, prin care să se ateste buna funcționare a acestora, astfel încât să fie asigurată corecta desfășurare a jocului. Jocurile de noroc cu participare directă pot fi organizate numai în spații corespunzător amenajate pentru desfășurarea unor astfel de activități. Spațiul în care se desfășoară aceste activități poate fi proprietatea organizatorului, închiriat sau dobândit sub o altă formă legală de către acesta.

Sub acest aspect, actul normativ reglementează în mod expres cazul în care spațiul este dobândit de către organizator în baza unui contract de asociere în participațiune. Conform art. 15 (3) din Hotărârea nr. 251/1999, în cazul unor contracte de asociere în participațiune încheiate de către utilizatorii de aparatură specifică jocurilor de noroc cu deținătorii de spațiu, organizatori de jocuri de noroc sunt considerate persoanele juridice care exercită cu forme legale dreptul de proprietate sau de folosință asupra aparaturii respective. Întreaga responsabilitate în fața legii privind corecta desfășurare a activității de exploatare a aparaturii și a sălii de joc revine deținătorilor cu orice titlu al acestei aparaturi, care au fost autorizați pentru exploatarea jocurilor de noroc.

Se permite schimbarea locului de exploatare a activităților de jocuri de noroc în perioada de valabilitate a licenței, dar nu mai mult de trei ori față de locul inițial, cu avizul comisiei, fără perceperea altor taxe suplimentare față de taxa anuală de autorizare, urmând să se facă mențiuni în acest sens în licență. Termenul de un an de valabilitate a licenței curge de la data de întâi a lunii următoare celei în care s-a aprobat obținerea licenței. După această perioadă, organizatorii de jocuri de noroc pot solicita reautorizarea acestor activități, cu plata taxelor aferente.

Actele normative care reglementează activitatea de jocuri de noroc în vigoare acoperă, în general, domeniul de referință, dar, având o vechime mare, nu mai corespund realităților economice, tehnice și mai ales conceptuale din domeniul jocurilor de noroc. Aplicarea

⁵ M. Pantea, D. Bucur, *Metode și tehnici de investigare a fraudelor*, Ed. Sitech, Craiova, 2009.

acestora în practică, precum și modificarea actelor normative conexe activității au demonstrat existența necesității modificării și perfecționării actualelor reglementări, pentru a răspunde cât mai bine cerințelor pieței specifice. Totodată, având în vedere măsurile privind asigurarea surselor de finanțare a dezvoltării economice și ținând cont de faptul că taxa de autorizare percepută organizatorilor de jocuri de noroc este nemodificată din anul 2000, Ministerul Finanțelor Publice a impus modificarea nivelului de taxare a operatorilor economici din domeniul jocurilor de noroc, a condițiilor de licență și de autorizare a jocurilor de noroc, precum modificarea condițiilor de funcționare a societăților care organizează astfel de jocuri. Proiectul de act normative s-a materializat în O.U.G. nr. 77/2009⁶.

Conform acestei Ordonanțe de Urgență, organizarea și exploatarea activității de jocuri de noroc pe teritoriul României constituie monopol de stat. Totuși statul poate acorda dreptul de organizare și exploatare a activității de jocuri de noroc, pe bază de licență de organizare pe fiecare tip de activitate și de autorizație de exploatare a jocurilor de noroc, documente nominale și limitate în timp, ce vor fi exploatare în mod direct de deținătorul licenței. Potrivit prevederilor O.U.G. nr. 77/2009 activitatea de autorizare a organizării și exploatării jocurilor de noroc se realizează de Ministerul Finanțelor Publice prin Comisia de autorizare a jocurilor de noroc.

Prin joc de noroc se înțelege acea activitate comercială care îndeplinește cumulativ următoarele condiții⁷:

- atribuie câștiguri materiale, de regulă bănești, ca urmare a oferirii publice de către organizator a unui potențial câștig și a acceptării ofertei de către participant, cu perceperea unei taxe de participare directe sau disimulate;

- câștigurile se atribuie prin selecția aleatorie a rezultatelor evenimentelor care fac obiectul jocului, indiferent de modul de producere a acestora.

În categoria jocurilor de noroc sunt incluse și activitățile comerciale în care beneficiarii premiilor sunt stabiliți pe baza rezultatelor unor evenimente sau concursuri ce se vor produce fără implicarea organizatorilor. Organizarea oricărui joc de noroc implica existența cumulativă a următoarelor elemente:

- joc și/sau partidă;

- taxa de participare sau miză, adică suma de bani percepută direct de la participant de către organizator în schimbul dreptului de participare la joc;

- fond de câștiguri sau premii, adică sumele în bani, bunurile sau serviciile acordate de organizator participantului la joc declarat câștigător, în conformitate cu prevederile cuprinse în regulamentul respectivului joc de noroc;

- mijloace de joc, adică suport material, inclusiv suportul informatic, care servește sau permite organizarea, desfășurarea ori participarea la jocuri de noroc. Mijloacele de joc pot fi: de baza și auxiliare;

- organizator, adică persoana juridică autorizată să organizeze și să exploateze jocuri de noroc în condițiile O.U.G. nr. 77/2009 poate dobândi această calitate persoana juridică de drept român constituită în condițiile legii;

⁶ O.U.G. nr. 77/2009 privind organizarea și exploatarea jocurilor de noroc, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 439 din 26 iunie 2009,

⁷ M. Pantea, S. Constantinescu, O. Șanta, *Jocurile de noroc în contextul globalizării*, vol. I și II Ed. Sitech, Craiova, 2010.

- participanți, adică orice persoane fizice majore care doresc și au dreptul legal să participe la jocuri de noroc autorizate. Participarea la joc presupune acceptarea necondiționată a regulamentului respectivului joc de noroc.

Jocurile de noroc se clasifică după cum urmează:

a) jocuri loto, dacă sunt folosite rezultatele pur aleatorii ale unor evenimente ce constau în extrageri de numere, de litere, bilete sau simboluri, indiferent de procedurile și caracteristicile mijloacelor utilizate pentru efectuarea extragerilor (urne, roți, cupe și alte asemenea mijloace) care nu se desfășoară în prezența jucătorilor. În aceasta categorie se includ: loteriile, inclusiv cele instantanee, și orice joc de noroc care nu se desfășoară în prezența jucătorilor și care constă în extrageri de numere, de litere, simboluri, formulare sau bilete, prin intermediul cărora pot fi obținute diverse câștiguri determinate de evenimente care nu se desfășoară în prezența fizică a jucătorilor, cu excepția jocurilor de noroc definite în continuare;

b) pariuri, dacă sunt folosite rezultatele unor evenimente ce se vor produce fără implicarea organizatorilor. Pariul este un joc de noroc în care participantul trebuie să indice rezultatele unor evenimente ce urmează să aibă loc sau care sunt generate aleatoriu de un sistem informatic independent. În această categorie se includ:

- pariurile mutuale, în cadrul cărora premiul se distribuie participanților declarați câștigători proporțional cu numărul variantelor câștigătoare deținute de fiecare dintre aceștia, organizatorul fiind implicat doar în procesul de colectare a taxelor de participare și de distribuire a sumelor stabilite cu titlul de premii, în conformitate cu prevederile regulamentelor de joc respective;

- pariurile în cota fixă, în cadrul cărora organizatorul este cel care stabilește pe baza unor criterii proprii și aduce la cunoștința participanților cotele de multiplicare a mizei în cazul în care variantele jucate sunt declarate câștigătoare, în conformitate cu prevederile regulamentelor de joc respective. Valoarea fiecărui câștig este fixată prin regulament (suma fixă sau multiplu de miză) independent de totalul mizelor;

c) jocuri de noroc caracteristice activității cazinourilor, dacă evenimentele se produc cu ajutorul unor mijloace specifice de joc, în prezența fizică a participanților, cu sau fără participarea directă a acestora. Mijloacele specifice de joc folosite pot fi: cărți de joc, zaruri, bile de ruletă, rulete și mese de joc, inclusiv instalațiile auxiliare ale acestora, precum și alte mijloace de joc stabilite prin hotărâre a Guvernului;

d) jocurile tip slot-machine, dacă evenimentele sunt organizate în prezență fizică a participanților prin intermediul mașinilor, utilajelor și instalațiilor specifice, iar câștigul depinde de hazard;

e) jocurile bingo desfășurate în săli de joc, cu câștiguri generate de elemente aleatorii, organizate prin folosirea echipamentelor complexe de extragere de tip loteristic, care sunt caracterizate prin extrageri și premii succesive, în prezența fizică a jucătorilor;

f) jocurile bingo organizate prin intermediul sistemelor rețelelor de televiziune, cu câștiguri generate de elemente aleatorii, organizate prin folosirea echipamentelor complexe de extragere de tip loteristic, care sunt caracterizate prin extrageri și premii succesive, fără prezența fizică a jucătorilor.

Totuși, potrivit dispozițiilor legale nu sunt considerate jocuri de noroc și sunt permise fără autorizare următoarele tipuri de jocuri:

a) tombolele organizate în școli, în grădinițe sau în alte colectivități și care au un caracter distractiv și nonprofit pentru organizatori;

b) jocurile de tip distractiv, exploatate prin intermediul unor mașini, aparate, dispozitive de orice fel și care nu presupun câștiguri bazate pe elemente aleatorii, ci au ca scop testarea forței, inteligenței și dexterității participantului;

c) acțiunile organizate de diferiți operatori economici, în condițiile legii, în scopul stimulării vânzărilor și care nu presupun taxa de participare, respectiv niciun fel de cheltuielă suplimentară din partea participanților și nici majorarea prețului pe care produsul l-a avut anterior desfășurării acțiunii publicitare.

Pentru organizarea jocurilor de noroc un agent economic trebuie să⁸:

I. dețină licența de organizare a jocurilor de noroc care este valabilă 5 ani de la data acordării și să plătească taxa de licență anuală aferentă;

II. dețină autorizația de exploatare a jocurilor de noroc care este valabilă un an de la data acordării și să plătească taxa de autorizare anuală aferentă.

Pentru obținerea licenței de organizare a jocurilor de noroc trebuie ca:

a) operatorii economici să facă dovada:

- existenței ca obiect principal de activitate a organizării de jocuri de noroc;
- existenței avizului organelor de poliție acordat reprezentanților legali ai persoanei juridice, eliberat în condițiile prevăzute de normele de aplicare a O.U.G. nr. 77/2009;
- constituirii capitalului social subscris și vărsat în cuantumul prevăzut de O.U.G. nr. 77/2009;

b) reprezentanții legali ai persoanei juridice să depună o declarație pe propria răspundere din care să rezulte că:

- operatorul economic nu a fost condamnat printr-o hotărâre definitivă de condamnare pentru care nu a intervenit reabilitarea;
- nu se află într-o stare de incompatibilitate, astfel cum acestea sunt reglementate de lege;

c) reprezentanții legali ai persoanei juridice să depună certificatele de cazier judiciar sau alte acte emise de autoritățile competente pe a căror rază de competență se afla ultimul domiciliu/sediu social cunoscut, din care să rezulte că împotriva oricăruia dintre reprezentanții legali ai persoanei juridice nu s-a pronunțat o hotărâre judecătorească definitivă de condamnare pentru care nu a intervenit reabilitarea, în România sau într-un stat străin, pentru o infracțiune prevăzută de O.U.G. nr. 77/2009 sau pentru o altă infracțiune săvârșită cu intenție pentru care a fost aplicată o pedeapsă de minimum 2 ani cu închisoarea;

d) operatorul economic a depus cerere pentru obținerea autorizației de exploatare a jocurilor de noroc din categoria celor reglementate de O.U.G. nr. 77/2009 și în condițiile impuse de aceasta.

Pentru obținerea autorizației de exploatare a jocurilor de noroc, operatorii economici trebuie să facă dovada că:

a) dețin licența de organizare a jocurilor de noroc valabilă la data depunerii cererii pentru obținerea autorizației de exploatare a jocurilor de noroc sau au depus cerere pentru obținerea licenței de organizare a jocurilor de noroc;

⁸ M. Pantea ș.a., *Poker, sport or a gambling game? Controversy legal issues in the field*, în *Journal of Criminal Investigations*, vol. V, issue 1/ianuarie-iunie 2012, Ed. Universul Juridic, București, pp. 15-22.

b) spațiul propus este înregistrat la oficiul registrului comerțului de către organizatorul în cauză conform prevederilor legale în vigoare pentru desfășurarea activităților comerciale în cadrul imobilelor și îndeplinește cerințele prevăzute în normele de aplicare a O.U.G. nr. 77/2009;

c) spațiul propus nu este situat în incinta unui așezământ de învățământ, inclusiv campusurile aferente acestuia, unor așezăminte de cultură, arta, sănătate, cu caracter social, de culte religioase și altele asemenea sau în perimetrul delimitat destinat acestora; se interzice desfășurarea de jocuri de noroc în spații care datorită amplasării ar conduce la obstrucționarea traficului sau la limitarea liberului acces către alte locații de interes (intrări în imobile, pasaje pietonale, stații ale mijloacelor de transport în comun etc.); în mod excepțional se admite organizarea de jocuri de noroc în cinematografe, săli de spectacole, săli de sport, case de cultură și altele de acest fel, cu condiția să fie asigurate cumulativ următoarele condiții: acces separat pentru jucători, să nu fie deranjate în vreun fel celelalte activități și să poată fi restricționat total accesul minorilor;

d) activitatea de tip cazinou urmează a se organiza în imobile care nu au destinația de locuință sau în locații care fac parte din hoteluri având o clasificare, conform normelor naționale în vigoare, de cel puțin 3 stele;

e) mijloacele de joc și locațiile/spațiile propuse îndeplinesc condițiile prevăzute în O.U.G. nr. 77/2009 și în normele de aplicare a acesteia;

f) mijloacele de joc tip slot-machine sunt dotate cu un sistem electronic integrat de monitorizare, înregistrare și evidențiere a tuturor operațiunilor de exploatare, făcând parte integrantă constructivă din mijlocul de joc respectiv sau adăugat ulterior acestora (tip „black-box”), care permite controlul autorităților prevăzute la art. 28 asupra modului de organizare și exploatare a jocurilor de noroc respective. Cerințele pe care trebuie să le îndeplinească mecanismele respective, condițiile de avizare pentru entitățile care adăunează sistemele de tip „black-box”, instalarea acestora și monitorizarea activității sunt prevăzute în normele de aplicare a O.U.G. nr. 77/2009;

g) sălile de pariuri vor fi operate prin intermediul unor programe informatice independente, unice la nivelul societății organizatoare, indiferent de numărul de locații în care se desfășoară activitatea respectivă, cu obligativitatea centralizării într-un sistem electronic central amplasat pe teritoriul României a informațiilor care să evidențieze fiecare terminal de joc conectat, totalul taxelor de participare colectate și totalul premiilor acordate. Sistemul electronic central, prin grija și pe seama organizatorului, va fi conectat cu un terminal situat la Ministerul Finanțelor Publice, pus la dispoziție gratuit de organizatori, și va conține sau va permite accesul la informații privind: totalul taxelor de participare colectate în orice zi, totalul premiilor acordate în ziua respectivă, precum și evidența terminalelor interconectate în sistem (numărul acestora și adresa la care sunt exploatate fiecare). Cu cel puțin 30 de zile înainte de obținerea autorizației de exploatare a jocurilor de noroc, fiecare spațiu în care se desfășoară activitatea de pariuri trebuie să fie identificat în sistemul central. Orice modificare ulterioară va fi comunicată cu cel puțin 15 zile înainte de a fi operațională;

h) jocurile de noroc bingo organizate prin intermediul sistemelor rețelelor de televiziune dețin un aviz emis de Compania Națională „Loteria Română” – SA, conform căruia jocurile de noroc propuse a fi autorizate nu încalcă dreptul de exclusivitate și nu împiedică asupra realizării obiectului de activitate al acesteia, iar mijloacele de joc

utilizate, indiferent de modul constructiv sau operațional al acestora, sunt vizate de Biroul Român de Metrologie Legală. Totalul taxelor de participare colectate și totalul premiilor acordate se centralizează într-un sistem electronic central amplasat pe teritoriul României. Sistemul electronic central, prin grija și pe seama organizatorului, va fi conectat cu un terminal situat la Ministerul Finanțelor Publice, pus la dispoziție gratuit de organizatori, și va conține sau va permite accesul la informații privind: totalul taxelor de participare colectate în orice zi și totalul premiilor acordate.

Nivelul taxei anuale aferente licenței de organizare a jocurilor de noroc este:

- Pentru jocurile loto: 500.000 lei
- Pentru pariuri mutuale: 200.000 lei
- Pentru pariuri în cotă fixă: 100.000 lei
- Pentru jocuri de noroc caracteristice activității cazinourilor: 400.000 lei
- Pentru jocurile tip slot-machine: 25.000 lei
- Pentru jocurile bingo desfășurate în săli de joc: 40.000 lei

Nivelul taxei anuale aferente autorizației de exploatare a jocurilor de noroc este:

- A. Pentru jocurile loto: 800.000 lei
- B. Pentru pariuri mutuale: 400.000 lei
- C. Pentru pariuri în cotă fixă: 5% din încasările efectiv realizate la nivelul organizatorului, dar nu mai puțin de 250.000 lei, pe baza documentației tehnico-economice de eficiență prezentate de operatorul economic

D. Pentru jocuri de noroc caracteristice activității cazinourilor:

- pentru fiecare masă, în municipiul București: 250.000 lei
- pentru fiecare masă, în alte locații decât municipiul București: 120.000 lei

E. Pentru fiecare mijloc de joc tip slot-machine: 8.000 lei

F. Pentru jocurile bingo desfășurate în săli de joc: 30.000 lei pentru fiecare sală, precum și 5% din valoarea nominală a cartoarelor achiziționate de la Compania Națională „Imprimeria Națională” – SA, care se achită în avans la Trezoreria Statului, cu prezentarea ordinului de plată vizat de trezorerie la ridicarea cartoarelor

G. Pentru jocurile de noroc bingo organizate prin intermediul sistemelor rețelilor de televiziune: 20% din încasările efectiv realizate la nivelul organizatorului, dar nu mai puțin de 400.000 lei, pe baza documentației tehnico-economice de eficiență prezentate de operatorul economic

Aceste taxe se plătesc de către operatorii economici organizatori, după cum urmează:

a) taxa aferentă licenței de organizare a jocurilor de noroc:

- pentru primul an, până la data de 25 inclusiv a lunii următoare celei în care documentația a fost aprobată;

- pentru anii următori, cu 10 zile înainte de expirarea anului precedent;

b) taxa anuală aferentă autorizației de exploatare a jocurilor de noroc:

- pentru jocurile de noroc caracteristice activității cazinourilor și jocurile tip slot-machine, taxa se datorează pentru fiecare mijloc de joc și se plătește în 4 rate trimestriale egale, astfel:

▪ pentru primul trimestru – până la data de 25 inclusiv a lunii următoare celei în care documentația a fost aprobată;

▪ pentru celelalte trimestre – până la data de 25 inclusiv a ultimei luni din trimestru (respectiv 25 martie, 25 iunie, 25 septembrie și 25 decembrie) pentru trimestrul următor;

- pentru jocurile bingo în săli de joc, taxa anuală se datorează pentru fiecare locație și se plătește integral până la data de 25 inclusiv a lunii următoare celei în care documentația a fost aprobată;

- pentru jocurile de tip pariu și jocurile de noroc bingo organizate prin intermediul sistemelor rețelelor de televiziune, taxa anuală se datorează și se plătește după cum urmează:

- sumele care rezultă din aplicarea procentelor prevăzute în anexa la veniturile estimate de operatorul economic, dar nu mai puțin decât taxa anuală minimală – până la data de 25 inclusiv a lunii următoare celei în care documentația a fost aprobată;

- în cazul în care, în cursul anului de autorizare, încasările efective depășesc încasările estimate prin documentația prezentată la data autorizării, taxa anuală de autorizare datorată se va recalcula prin aplicarea cotei procentuale prevăzute în anexa asupra încasărilor efective cumulate de la începutul perioadei de autorizare. Recalcularea se va efectua lunar, începând cu prima luna în care se înregistrează depășirea rezultatelor estimate. Încasările efective cumulate și taxa plătită de la începutul perioadei de autorizare până la finele lunii precedente celei pentru care se face regularizarea se va declara și plăti până la data de 25 a lunii următoare;

c) taxele aferente licențelor de organizare a jocurilor de noroc, precum și taxele anuale aferente autorizațiilor de exploatare a jocurilor de noroc, datorate de Compania Națională „Loteria Română” – SA pentru jocuri loto și pariuri mutuale – până la data de 25 martie inclusiv pentru anul în curs.

Potrivit O.U.G. nr. 77/2009 nu se acordă licență de organizare a jocurilor de noroc sau autorizație de exploatare a jocurilor de noroc, după caz, în situația în care operatorii economici organizatori:

a) înregistrează la data depunerii cererii pentru obținerea licenței de organizare a jocurilor de noroc sau a autorizației de exploatare a jocurilor de noroc, după caz, obligații de plată restante față de bugetul general consolidat;

b) nu au constituit garanția pentru acoperirea riscului de neplată a obligațiilor față de bugetul general consolidat, astfel:

- 250 lei pentru fiecare mașina electronică cu câștiguri sau post, după caz, al cărei proprietar este organizatorul sau 500 lei pentru fiecare mașină electronică cu câștiguri sau post, după caz, în cazul în care organizatorul o deține sub o altă formă, după caz, dar nu mai mult de 250.000 lei la nivelul unui singur organizator;

- 50.000 lei pentru fiecare masă de joc din incinta cazinoului, dar nu mai mult de 750.000 lei la nivelul unui singur organizator;

- 20.000 lei pentru fiecare sală în care se organizează jocuri de bingo, dar nu mai mult de 25.000 lei la nivelul unui singur organizator;

- 25.000 lei pentru activitatea operatorului economic organizator de pariuri în cota fixă și câte 500 lei pentru fiecare punct de lucru (agenție) în care acesta își desfășoară activitatea, dar nu mai mult de 500.000 lei la nivelul unui singur organizator;

- 50.000 lei pentru activitatea operatorului economic organizator de jocuri de noroc bingo organizate prin intermediul sistemelor rețelelor de televiziune și câte 250 lei pentru fiecare punct de lucru (agenție) prin care acesta asigură distribuția билетelor care asigură dreptul de joc, dar nu mai mult de 900.000 lei la nivelul unui singur organizator.

O.U.G. nr. 77/2009 încadrează la contravenții și infracțiuni organizarea de jocuri de noroc prin internet sau intranet, prin sisteme de telefonie fixa sau mobilă sau asimilate acestora, precum și prin intermediul rețelelor de televiziune sau radio. De asemenea, sunt ilegale pariurile pentru lupte de câini, lupte de cocoși, curse auto, alba-neagra. Jocurile prin internet sau intranet, precum și prin telefon sunt totuși permise dacă regulamentele de joc sunt aprobate, iar sistemele de comunicare sunt destinate strict jocului. O altă prevedere arată că organizarea și desfășurarea de jocuri sau activități, indiferent de denumirea lor, prin care se propune unor persoane să depună sau să colecteze bani ori să se înscrie pe o listă, făcându-le să spere câștiguri financiare rezultate din creșterea numărului de persoane recrutate sau înscrise, indiferent cum se realizează această colectare sau înscriere pe liste constituie infracțiune.

Loteria Română este, potrivit ordonanței de urgență menționate, unic organizator, pe întreg teritoriul țării, pentru jocuri loto și pariuri mutuale. În legislația în vigoare, Loteria Română⁹ este unic organizator pentru: loto, expres, pronosport, loz în plic și „instant lottery” și este scutită de plata taxelor de autorizatie.

Probabil că tot mai multe firme care vor fi interesate de piața jocurilor de noroc vor încerca să testeze și în cele din urma să atragă jucătorii din România direct prin Internet. Vor oferi soft-uri și site-uri în limba română, oferte specializate pentru jucătorii români sau alte metode de plată pliate pe nevoile din România. Dar, va putea oare România să afirme în fața Uniunii Europene că deciziile sale privind piața jocurilor de noroc sunt coerente și sistematice? Trebuie luați în considerare următorii factori:

a) Existența unei autorități administrative independente, având sarcina de a da autorizațiile necesare și de a controla jucătorii, Comisia Ministerului Finanțelor Publice fiind departe de a satisface acest criteriu.

b) Caracterul marketingului realizat de monopolurile naționale, reclamele produse pentru 6 din 49 neaducând Loteriei Naționale noi clienți.

c) Existența politicilor naționale sau susținute ori finanțate din fonduri publice care vizează prevenirea abuzului de joc (mania jocului), comparate în special cu campaniile anti-fumat sau anti-alcool.

Există posibilitatea ca România să înțeleagă că această piață poate să reprezinte o sursă de venituri interesantă, având și atuuri: costuri mici de operare a unei companii în România și facilități de call-center.

În prezent, în temeiul actelor legislative în vigoare care reglementează jocurile de noroc, în scopul delimitării veniturilor din premii de câștigurile din jocuri de noroc, Normele metodologice ale Codului Fiscal consideră venituri din jocuri de noroc acelea care sunt acordate de către o persoană juridică care este autorizată prin lege să exploateze aceste jocuri (de ex. Loteria Națională).

Modul prin care sunt impozitate veniturile din premii și jocuri de noroc presupune mai întâi de toate determinarea venitului net. Acesta reprezintă diferența între venitul acordat/obținut din premii/jocuri de noroc și suma considerată neimpozabilă. În plan legislativ, suma considerată neimpozabilă a avut o evoluție descendentă începând cu 1 ianuarie 2005:

⁹ O.U.G. nr. 159/1999 privind înființarea Companiei Naționale „Loteria Română” – SA, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 515 din 25 octombrie 1999, aprobată cu modificări prin Legea nr. 288/2001, cu modificările ulterioare.

- de la 800 lei – între 1 ianuarie 2005- 30 aprilie 2005;
- la 600 lei – începând cu 1 mai 2005 până în prezent (respectiv 600 RON).

În prezent în temeiul art. 77 C. fisc. nu sunt impozabile veniturile obținute din premii și din jocuri de noroc în bani și/sau natură sub valoarea sumei de 600 RON considerată neimpozabilă pentru fiecare concurs/joc de noroc, realizate de același organizator/plătitor într-o singură zi. În cazul veniturilor din premii, cota de impozitare aplicată venitului net a crescut de la 10% (în momentul intrării în vigoare a Legii nr. 571/2003), la 16% (introdusă prin O.U.G. nr. 138/2004);

În ceea ce privește cota de impozitare aplicată veniturilor din jocurile de noroc (adică acele jocuri subiect de autorizare de către Comisia de autorizare a jocurilor de noroc din cadrul Ministerului Finanțelor Publice), aceasta a crescut după cum urmează:

- până la 1 ianuarie 2005 cota de impunere a fost de 20% aplicată asupra venitului net; – între 1 ianuarie 2005-30 aprilie 2005 aceeași cotă de 20% dar aplicată asupra venitului brut;

- începând cu 1 mai 2005 și până în prezent veniturile din jocurile de noroc se impun prin reținerea la sursă a unei cote de 20% aplicată venitului net până la limita de 10.000 lei și a unei cote de 25% asupra unui venit net care depășește cuantumul de 10.000 lei.¹⁰

Calculul impozitului, reținerea și virarea sa la bugetul statului revine plătitorilor de venituri din jocuri de noroc care au obligația să determine cuantumul impozitului pentru fiecare persoană fizică în parte. Impozitul este final. Obligația declarării acestor tipuri de venituri revine celui care le acordă și nu celui care le primește.

Veniturile obținute din străinătate de o persoană fizică română din pariuri sportive și jocuri de noroc pe internet (Gamebookers.com, on-line poker, 888.com, on-line casino etc.) sunt impozabile în România.

Persoanele fizice prevăzute la art. 40 alin. (1) lit. a) C. fisc. și cele care îndeplinesc condiția prevăzută la art. 40 alin. (2) C. fisc. datorează impozit pentru veniturile obținute din străinătate. Art. 40 alin. (1) lit. a) C. fisc. se referă la persoanele fizice rezidente române, cu domiciliul în România, care datorează impozit pe veniturile obținute din orice sursă, atât din România, cât și din afara României. Potrivit art. 90 alin. (2) C. fisc., veniturile realizate din străinătate se supun impozitării prin aplicarea cotelor de impozit asupra bazei de calcul determinate după regulile proprii fiecărei categorii de venit, în funcție de natura acestuia.

Câștigurile din pariuri sportive și jocuri de noroc on-line se încadrează în categoria „Venituri din premii și jocuri de noroc” și sunt impozitate potrivit regimului fiscal prevăzut la Titlul III Cap. VIII „Venituri din premii și jocuri de noroc” din Codul fiscal.

Veniturile din jocuri de noroc se impun prin reținerea la sursă, deci în situația în care plătitorul de venituri este persoana înregistrată în România, acesta are obligația calculării, reținerii și virării impozitului. În situația jocurilor on-line, majoritatea organizatorilor (plătitori de venit) sunt persoane înregistrate în SUA/zone offshore, și prin urmare nu vor reține nicio sumă cu titlul de impozit. Cu toate acestea, potrivit prevederilor legale de la art. 90 alin. (3) C. fisc., contribuabilul (jucătorul din România) are obligația să declare veniturile din străinătate până la data de 15 mai a anului următor celui de realizare a venitului, prin completarea și depunerea la organul fiscal de domiciliu a Formularului 201 „Declarație privind veniturile din străinătate”.

¹⁰ Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 927 din 23 decembrie 2003, cu modificările și completările ulterioare,

Impozit = 20% din venitul net, pentru un venit net = 10.000 lei.

Venitul net = câștigul realizat într-o zi de la același organizator/plătitor – venitul neimpozabil

Venitul neimpozabil = 600 lei câștigat de la același organizator/plătitor într-o singură zi¹¹.

În concluzie

(1) în situația în care câștigul pe zi din pariuri/poker pe gamebookers.com/poker.com este sub 600 lei, atunci impozitul datorat este 0 (zero).

(2) dacă se câștigă peste 600 lei/zi/organizator, ex: 1000 lei din gamebookers pe 1 aprilie 2007 și 1500 lei din poker.com tot pe 1 aprilie 2007, câștig total 1 aprilie 2007 = 2500 lei, atunci impozitul pe venit datorat este de: 260 lei = 20% x (1000 lei-600 lei) + 20% x (1500 lei-600 lei)¹².

Potrivit instrucțiunilor de completare ale Declarației, la pct. 1 Venit din secțiunea III – Venit realizat din străinătate se înscrie suma (în lei) reprezentând câștigul realizat în anul fiscal de raportare reprezentând baza de calcul pentru stabilirea impozitului, deci se trece venitul net calculat potrivit celor de mai sus. Deci, în situația (1) nu se depune nicio declarație, ci doar în situația (2) jucătorul este obligat să depună Formularul 201, unde va trece la pct. III.1 Venit suma de 1.300 lei = 1000-600 + 1.500-600. Fiscul va calcula și comunica impozitul datorat (260 lei) prin trimiterea prin poștă a unei decizii de impunere, impozitul astfel comunicat trebuie plătit în 60 de zile de la data primirii deciziei.

Deoarece între administrațiile fiscale din Statele Membre Uniunii Europene exista un sistem de colaborare mutuală și de schimb de informații cu privire la toate impozitele pe venit, rezidența (statutul juridic) și obligațiile legale ale organizatorului devin relevante și determină apariția unui risc fiscal costisitor (amendă, dobânzi și penalități de întârziere). Sistemul de colaborare este stabilit de Directiva CE nr. 77/799/CE. În consecință, dacă venitul/zi/organizator este mai mare de 600 lei, este prudent să declare și să plătească impozitul datorat potrivit reglementărilor fiscale din România.

BIBLIOGRAFIE

1. H.G. nr. 251/1999 privind condițiile de autorizare, organizare și exploatare a jocurilor de noroc, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 171 din 22 aprilie 1999, cu modificările și completările ulterioare

2. H.G. nr. 44/2004 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal, publicată în Monitorul Oficial nr. 112 din 6 februarie 2004, cu modificările și completările ulterioare

3. Legea nr. 31/1996 privind monopolul de stat, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 96 din 13 mai 1996

4. Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 927 din 23 decembrie 2003, cu modificările și completările ulterioare

¹¹ H.G. nr. 44/2004 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 112 din 6 februarie 2004, cu modificările și completările ulterioare

5. M. Pantea ș.a., articol „*Online gambling in Romania*” publicat în limba engleză în „*Journal of Criminal Investigations*”, Vol. IV, issue 2/decembrie 2011, Ed. Universul Juridic, pp. 57-70

6. M. Pantea ș.a., articol „*Poker, sport or a gambling game? Controversy legal issues in the field*” publicat în limba engleză în „*Journal of Criminal Investigations*”, Vol. V, issue 1/ianuarie-iunie 2012, Ed. Universul Juridic, pp. 15-22.

7. M. Pantea, Curs Universitar pentru Masterat *Managementul activităților de prevenire și combatere a ilegalităților în domeniul jocurilor de noroc în Uniunea Europeană*, Ed. Pro Universitaria, București, 2011

8. M. Pantea, D. Bucur, Curs Universitar *Metode și tehnici de investigare a fraudelor*, Ed. Sitech, Craiova, 2009

9. M. Pantea, S. Constantinescu, O. Șanta, *Jocurile de noroc în contextul globalizării*, Vol. I și II Ed. Sitech, Craiova, 2010

10. Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 613 din 31 mai 1993 pentru aprobarea Normelor tehnice privind organizarea și desfășurarea activității de jocuri de noroc, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 122 din 9 iunie 1993, cu modificările și completările ulterioare

11. Ordinul ministrului industriei și comerțului nr. 184/2000 pentru aprobarea Normei tehnice de verificare a mijloacelor de joc – Cerințe generale-N.T.V.-01-2000, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 344 din 25 iulie 2000, cu modificările și completările ulterioare

12. O.U.G. nr. 159/1999 privind înființarea Companiei Naționale „Loteria Română” SA, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 515 din 25 octombrie 1999, aprobată cu modificări prin Legea nr. 288/2001, cu modificările ulterioare

13. O.U.G. nr. 69/1998 privind regimul de autorizare a activităților din domeniul jocurilor de noroc, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 515 din 30 decembrie 1998, cu modificările și completările ulterioare

14. O.U.G. nr. 77/2009 privind organizarea și exploatarea jocurilor de noroc, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 439 din 26 iunie 2009

SISTEMUL DE MANAGEMENT AL CALITĂȚII ÎN ÎNVĂȚĂMÂNTUL SUPERIOR

Lect. univ. dr. GEORGE GRUIA
Universitatea Spiru Haret, București

Drd. GEORGE CRISTIAN GRUIA
Universitatea Tehnică din Praga

Abstract: În acest articol se încearcă a se arunca o lumină în contextual european, asupra sistemului de calitate al sistemului de învățământ superior și cum modul de administrare al acestuia influențează societatea și nivelul de trai cu implicații directe în piața muncii și a productivității și eficienței muncii prestate de angajat, fie în mediul public sau în cel privat. Uniunea Europeană se confruntă în contextual crizei financiare mondiale actuale cu o rată scăzută a productivității față de celelalte zone economice ale lumii, iar în concepția noastră baza de temelie a unei societăți productive, avansate, europene este un bun management al sistemului de învățământ superior.

Cuvinte cheie: calitate, învățământ, superior, management, educație, productivitate

1. Introducere

Calitatea are ca etimologie cuvântul latin *qualitas*, *-atis*, care poate fi tradus prin expresia „*fel de a fi*”. Noțiunea de calitate are în conștiința oamenilor o istorie îndelungată. Ne referim, evident, la interpretarea filosofică a acestei. Astfel, o întâlnim în antichitate la Aristotel, apoi în filosofia clasică germană la Hegel, precum și în lucrările lui Dimitrie Cantemir, care folosește expresia „feldeință”, probabil o traducere în stil personal a termenului din limba latină, și, bineînțeles, la filosofii contemporani.

Asigurarea calității pe plan mondial este realizată cu succes prin: Sistemele Naționale de Asigurare a Calității, existente în toate țările dezvoltate din punct de vedere economic (SUA, Anglia, Japonia, Germania, Franța, Marea Britanie); organizații internaționale de calitate care promovează necesitatea asigurării calității, precum: EOQ (Organizația Europeană pentru Calitate), AIQ (Academia Internațională de Calitate); standarde europene (EN) și standarde internaționale (ISO), la care este necesar să se alinieze furnizorii care doresc să pătrundă cu produsele lor, pe piața mondială.

Referindu-se la nevoia extinderii ariei de cuprindere a calității, J. Chové – director la Philips – Franța, remarca la Congresul Mondial pentru Calitate din anul 1978, nevoia largirii înțelesului calității, faptul că aceasta nu înseamnă doar satisfacerea clienților, dar și a producătorilor și a societății în general. În perioada anilor '80 ai secolului trecut, Feigenbaum a lansat o nouă filosofie asupra calității – Controlul Total al Calității (Total Quality Control). Interpretările date acestui concept sunt fie de filosofie, fie de politică a Sistemului Tehnico Economic (STE) în domeniul calității. Unii autori fac o legătură directă între calitatea totală și managementul calității totale, considerând că prima este scopul, iar a doua mijlocul de realizare sau că cele două sunt echivalente. În evoluția sa de la prima

Revoluție industrială și până în prezent, sistemul calității a evoluat de la inspecția calității și până la managementul calității totale.

Anii '80 ai secolului trecut reprezintă etapa apariției și implementării unor concepte integratoare de calitate. Specialiștii consacrați: Juran, Deming, Feigenbaum lansează acum noile concepte bazate pe controlul total al calității (Total Quality Control) care sunt aplicate în Japonia. Se realizează astfel o abordare globală a activităților de ținere sub control a calității în firmă, bazat pe un nou concept – managementul calității.

Educația a fost una dintre axele principale strategice de dezvoltare a oricărei națiuni aflate în curs de dezvoltare și dezvoltate, dar care datorită diferiților factori sociali, economici, politici este trecută pe planul secundar în ceea ce privește evoluția societății. Acest articol încearcă să ofere o imagine asupra sistemului calității al învățământului superior din punct de vedere al dreptului comunitar și național românesc, ridicând anumite probleme cu care se confruntă sistemul de învățământ superior din ziua de azi, care trebuiesc rezolvate cât mai repede dacă dorim să înregistrăm o creștere a nivelului de trai și să ieșim din criza financiară europeană.

Prima parte a acestei lucrări este dedicată unui cadru european mai larg și a modalității de abordare în asigurarea calității învățământului superior și rolul statului sau al statelor în universitățile de pretutindeni în influențarea activităților acestora. A doua parte se concentrează mai precis, în special pe asigurarea calității în mediul universitar și evaluarea calității acestora, propunându-se un studiu de caz mai complex în acest sens.

Lucrarea se bazează pe un studiu care a avut loc la Universitatea Tehnică din Praga în paralel cu alt studiu realizat la Universitatea Spiru Haret din București.

2. Asigurarea calității în sistemul de învățământ superior

Acest studiu inițial a fost realizat bazându-ne pe premisa că o facultate este în primul rând o valoare în sine, iar scopul acesteia este de a face lumea mai ușor de înțeles pentru toată lumea, mai bogată și mai umană. Acest lucru, de asemenea, îi permite să găsească un loc mai bun în societate și servește, prin urmare, societatea în ansamblul său.

Se consideră, prin urmare, că:

- O companie poate reduce funcția sa economică, poate reduce mărimea forței de muncă umane și a consumatorilor. Pe de altă parte, educația nu poate fi redusă la investițiile economice și a produselor economice, deoarece o astfel de interpretare face abstracție de funcțiile umaniste cele mai importante.

- Reducerea unei universități la un efect economic (i.e. să fie viabilă din punct de vedere economic), nu se poate evalua obiectiv pe termen scurt de câțiva ani, pentru că învățământul universitar se reflectă în dimensiunile generațiilor. Viața culturală a societății este o sursă de prosperitate și bunăstare inexprimabilă, iar influența cadrelor didactice universitare și a cercetătorilor este adesea înțeleasă cu o oarecare distanță și reticentă.

- O educație reală nu este doar un set de cunoștințe necesare pentru a îndeplini rolul cerut de forța de muncă.

- Universitățile au fost un loc de stocare permanentă și transmitere a valorilor, cunoștințelor și a competențelor și, de asemenea, factorul de inovare, dinamism și progres. Acest lucru a fost întotdeauna posibil în timpul libertății lor de a-și desfășura activitatea.

Una dintre principalele priorități ale creării Spațiului European al Învățământului Superior, este fără îndoială cel privind calitatea. În toate documentele importante începând

cu Declarația de la Bologna din 1999, Comunicatul de la Praga din 2001, Comunicatul de la Berlin din 2003, Comunicatul de la Bergen din anul 2005 și terminând cu Comunicatul de la Londra din 2007 este menționată ca una dintre prioritățile de bază, cea de asigurare a calității, „Quality Assurance”.

Termenul englezesc „quality assurance” prevăzut în norma internațională ISO 9000:2005 și echivalată în toate țările Uniunii Europene conform legislației naționale din fiecare țara membră, are semnificația că „parte din managementul calității orientată spre asigurarea siguranței, ca cererile pentru nivelul calității vor fi îndeplinite.” Acest lucru este deseori înțeles/interpretat doar ca activități care implică evaluarea calității (evaluare, respectiv acreditare), cu comunicarea ulterioară a părților interesate.

Însă termenul de „quality assurance” este utilizat în sensul de asigurare al calității, așa cum și este tradus în limba română. Așadar, ca activități care includ nu numai procesul de evaluare al calității precum și comunicarea acestuia, dar, de asemenea, și mecanismul de ansamblu prin care este calitatea menținută și dezvoltată. Această abordare are propria sa logică. Mai întâi trebuie să garantăm calitatea ca o prioritate, și numai apoi o putem dovedi și arăta.

Ce înseamnă termenul de calitate în sistemul de învățământ superior?

Răspunsul la această întrebare nu este unul trivial. Pe tema calitatea învățământului, respectiv calitatea instituțiilor care furnizează servicii de educație, se discută cu înverșunare la diferite conferințe, problema a ceea ce este și ceea ce nu este calitatea în educație este obiectul unui număr de articole profesionale precum și a diferitelor prezentări științifice (Newton, [2006]). Sistemul Tehnico-Economic (STE) este un concept modern care reflectă viziunea integratoare asupra unui element sau grup de elemente cu caracteristici tehnice și economice comune. Acesta permite preluarea, stocarea, prelucrarea, transformarea unor resurse în bunuri corporale sau necorporale cu relevanță economică și înglobează elemente tehnice și tehnologice.

Deci, sistemelor tehnico-economice le sunt caracteristice atât elemente constructive (intrări-procese-ieșiri-bucle feedback), cât și legăturile care creează interdependențe cu alte sisteme sau elemente singulare. Legăturile pot fi de natură fizică sau informațională. În acest articol va fi utilizat conceptul de STE pentru a desemna generic întreprinderea/firma/entitatea economică, deci în speță și Universitatea.

STE industrial este o entitate care are ca obiective fabricarea unor sortimente de produse în volumul, structura și calitatea care au fost stabilite, într-un mediu tehnic, economic și social-uman pe care îl generează și-l întreține, în scopul obținerii unor fluxuri de numerar pozitive pe o durată mare de timp.

STE educațional este o entitate care are ca obiective furnizarea de servicii educaționale pentru a dezvolta competențe generale și specifice la un nivel predefinit prin standarde ocupaționale, într-un mediu tehnic, economic și socio-uman pe care îl generează și întreține, în scopul obținerii unor fluxuri de numerar pozitive pe o durată mare de timp, definiția este valabilă pentru orice STE educațional, indiferent de natura capitalului.

Dincolo de semnificația filozofică, trebuie să vorbim în primul rând de semnificația economică a acestui concept. Impactul calității asupra economiei a avut, desigur, consecințe de altă natură și amploare decât în filosofie. În concepția actuală, calitatea a devenit o preocupare generală a tuturor organizațiilor și se realizează prin intermediul managementului.

2.1. Conceptul de calitate în economie

Acesta se bazează pe teoria semnificației, elaborată de Ioachim Von Uexküll. Corespunzător acestei teorii, imaginea unui produs este reprezentată de caracteristicile acestuia. Caracteristica reprezintă o însușire a produsului, care îl diferențiază de altele și derivă din valoarea sa de întrebuițare, deci din proprietatea produsului de a satisface o nevoie socială. Prin calitatea produsului nu trebuie să se înțeleagă numai nivelul tehnic al acestuia, care îi asigură funcționarea corespunzător cerințelor, ci și aspectele legate de impactul produsului asupra mediului, eficiența și competitivitate corespunzător intereselor producătorului etc.

O definiție mai largă a conceptului de calitate în economie, ar putea fi legată de trei coordonate: *eficiență, mediu, funcționalitate*. Cu alte cuvinte, calitatea este o imagine caracterizată de elemente economice, ecologice și funcționale. Calitatea nu mai este în prezent o preocupare doar pentru organizații, ci și a fiecărui individ, devenind un element de educație, de cultură, ceea ce permite o mai bună înțelegere a necesității acesteia și cunoașterea a ce este mai bun în lume. Calitatea este, de asemenea, o problemă de comportament care implică insistență în activitate, reluare, revenire, tenacitate în muncă.

Deși noțiunea de calitate, ca element fundamental al comportamentului uman, apare de la începutul istoriei sale, conceptul de calitate a fost inclus în știința managementului doar de aproximativ două decenii, când în Europa s-a inițiat activitatea de certificare, iar acțiunile pentru calitate s-au concretizat la nivelul fiecărei organizații prin obiective și structuri organizatorice. Ca urmare, managementul organizației s-a îmbogățit cu un domeniu nou, respectiv managementul calității.

2.2. Asigurarea calității în educație

Asigurarea calității în învățământ se desfășoară în concordanță cu prevederile Legii nr. 1/2011 – Legea educației naționale, a Legii nr. 87/2006 pentru aprobarea O.U.G. nr. 75/2005 privind asigurarea calității, a Cartei Universității respective, precum și a hotărârilor Senatului Universității.

Asigurarea calității (AC) reprezintă un mijloc puternic de ameliorare a eficienței educației. Principiul său cheie este acela că principalii actori din primele rânduri ale sistemului de învățământ – cum sunt în cazul universității, profesorii, directorii instituțiilor de învățământ și alți factori de la nivelul universității (studenți, părinți, administratori ai Universității, personalul auxiliar, membri ai Senatului Universității, comunitatea) – sunt responsabili pentru îmbunătățirea performanțelor educaționale.

Prin urmare, în centrul proceselor de asigurare a calității se situează autoevaluarea instituției de învățământ și planificarea dezvoltării beneficiarului de educație (*development planning processes*). Aceste procese nu sunt însă suficiente pentru a asigura ameliorarea educației. Ele trebuie să fie parte integrantă a unui sistem unitar, în care autoritățile naționale din domeniul educației creează condițiile și oferă sprijinul necesar pentru îmbunătățirea performanțelor instituțiilor de învățământ.

Definiția calității specificată în ISO 9000 este „gradul de conformitate...” În acest sens, calitatea instituțiilor de învățământ superior nu este un concept abstract. Este important să realizăm că universitățile au clienții lor, care percep calitatea școlilor în funcție de calitatea serviciilor care sunt furnizate acestora de către școală. În mediul existent global și

competitiv la care sunt expuse universitățile în ziua de azi, aceasta trebuie să se prezinte ca o organizație care oferă servicii.

Care sunt produsele universității și pentru care consumatori/clienti, aceste produse sunt destinate? Ce așteptări au acești clienți?

În tabelul următor (tabelul nr. 1) putem găsi răspunsurile la aceste întrebări.

Tabelul nr. 1

Produs	Caracteristica	Client/consumator	Cerințele clientului/ consumatorului
Studii de licență, master, doctorale	Calificarea obținută	Studenti	Pregătirea pentru practică, îndeplinirea condițiilor pentru obținerea unui loc de muncă adecvat (bun)
		Angajatori	Calificarea pentru îndeplinirea statutului de angajat
		Societate	Conformitatea cu strategiile de dezvoltare
Studii continue (pe întreaga perioadă a vieții)	Îmbunătățirea sau schimbarea calificării	Participanți	Posibilitatea creșterii, schimbarea carierii
		Antreprenor	Dezvoltarea calificărilor angajaților
Activitatea de cercetare științifică	Găsirea de noi principii și soluții	Societatea	Noul princip, realizarea soluțiilor
Colaborarea cu practica	Realizarea unor probleme concrete	Societățile comerciale/ Întreprinderile	Soluțiile folosite, efectivitatea soluțiilor

Produsele calitative (și anume produsele care îndeplinesc cerințele și așteptările celor cărora le sunt destinate), sunt un rezultat al punerii în aplicare a proceselor de calitate. Calitatea proceselor de punere în aplicare este în mare măsură determinată de un bun control al calității. Punerea în aplicare a experienței clienților în managementul universitar pare a fi o abordare necesară în îmbunătățirea calității sistemului de învățământ superior.

Sistemele actuale de management al calității în universitățile din România și din Republica Cehă (dar și într-un mare număr de țări europene) sunt construite pe principiile de „drept ale consumatorilor/clientilor”, care după ani de funcționare nu se corelează întotdeauna cu cerințele actuale ale societății, care evoluează într-un mod dinamic. Multe probleme și aproape toate situațiile obișnuite sunt rezolvate într-un mod ad-hoc. În multe cazuri însă este redusă în mod inegal competența, dar și răspunderea. Întregului mod de conducere îi lipsește nivelul necesar de transparență și formalizare.

Introducerea unui sistem de management al calității, ca parte integrantă a managementului universitar conduce la o definiție precisă a competențelor și responsabilităților pentru o mai bună gestionare a activităților în cadrul universităților, care forțează să exploreze și să răspundă nevoilor reale ale clienților, respective ale părților interesate, pentru reducerea costuri operaționale la locurile de muncă ale cadrelor didactice, și, în special, pentru îmbunătățirea procesului de învățare.

În prezent, există două concepte fundamentale ale sistemului de management al calității:

- conceptul prevăzut de familia de standarde ISO 9000,
- conceptul prevăzut de metodologia TQM (Total Quality Management-Managementul Total al Calității).

2.3. Standardele ISO 9000

Concepția prevăzută de familia de standard ISO 9000 este o abordare prescriptivă, care rezultă din setul de standarde ISO 9000. Aceste standarde oferă orientări pentru punerea în aplicare a unui sistem de management al calității (Quality Management System). Abordarea procesului, care este unul dintre principiile pe care se bazează aceste standarde, este în prezent una dintre metodele moderne și eficiente de a atinge un nivel bun de control, iar în plus este clară, logică, și mai ales relativ simplă.

Pentru a aplica conceptul de ISO 9000 în instituțiile de învățământ a fost întocmit și elaborat de către Organizația Internațională de Standardizare (ISO), Acordul Internațional de Muncă ISO / IWA: 2003 – Linii directoare pentru aplicarea ISO 9001:2000 în domeniul educației.

2.4. Total Quality Management (TQM)

Pe lângă conceptul prevăzut de familia de standarde ISO 9000 este conceptul prevăzut de TQM, care reprezintă o filozofie de management și care în practică este pusă în aplicare în conformitate cu diferite modele, în principal în Europa, în conformitate cu Modelul de Excelență EFQM[©], realizat de Uniunea Europeană (The EFQM Excellence model). În plus față de modelul de bază de Excelență EFQM există o versiune concepută pentru sectorul public și anume modelul CAF (Common Assessment Framework). Această versiune a fost adaptată pentru condițiile de învățământ superior și este cunoscută sub numele de Modelul de Excelență EFQM[©], versiunea pentru Învățământul Superior 2003.

În ultima perioadă, a existat o convergență foarte semnificativă a ambelor concepte, iar în ziua de azi ambele concepții sunt construite mai mult sau mai puțin pe aceleași principii, așa cum se arată în tabelul comparativ de mai jos (tabelul nr. 2). În cazul în care clienții sunt percepuți de organizație într-un sens mai larg (cu includerea părților interesate – a se vedea ISO 9004:2000), atunci diferențele dintre cele două concepții sunt estompate.

Tabelul nr. 2

Principiile de management al calității conform ISO 9000	Principiile TQM conform Modelului de Excelență EFQM
1. Orientarea spre client	1. Orientarea spre rezultate
2. Conducere (leadership)	2. Concentrarea spre client
3. Angajarea oamenilor	3. Conducere (leadership) și stabilirea scopului
4. Abordarea procesuală	4. Management prin intermediul proceselor și a faptelor
5. Abordarea sistematică a managementului	5. Dezvoltarea și conectarea oamenilor

6. Îmbunătățirea continuă	6.Învățarea, îmbunătățirea și inovarea permanentă
7. Luarea deciziilor în baza faptelor	7.Dezvoltarea parteneriatelor
8. Beneficiile reciproce din relațiile cu furnizorii	8.Răspunderea socială

3. Măsurarea calității universităților

O parte esențială a oricărui sistem, pe care dorim să-l influențăm în mod intenționat – pentru a-l controla, este necesară o evaluare a situației în care se află. Acest lucru se aplică, în mod evident și în cazul de asigurare a calității în mediul universitar. În cadrul implementării sistemului de management al calității, ca parte integrantă a managementului universitar, se pot distinge două tipuri de evaluare:

- Măsurătorile legate de produsele universitare,
- Sistemul de evaluare.

În cazul măsurătorilor legate de educație, ne referim la evaluarea nivelului atins de cunoaștere al studenților, fie că este vorba materii individuale (măsurate prin calificativele „admis” sau „respins” sau măsurate prin intermediul unui examen, notat cu o notă), sau de un ciclu complet de studiu (examen final de stat). În mod analog putem să definim o scală adecvată pentru evaluarea nivelului de activitate de cercetare științifică universitară și a nivelului său de cooperare și întrepătrundere a cunoștințelor teoretice cu practica.

Măsurătorile de sistem furnizează informații despre modul de funcționare a managementului în universități. Între sistemele de bază de măsurare (conform cerințelor normei ISO 9001) putem include:

- Evaluarea satisfacției studenților,
- Satisfacția absolvenților după o anumiă perioadă de la absolvirea universității,
- Satisfacția angajatorilor de nivelul de pregătire oferit de universități,
- Evaluarea performanțelor proceselor universitare individuale,
- Evaluarea performanței furnizorilor universității,
- Evaluarea eficienței formării personalului universitar,
- Audituri interne.

O metodă complexă de evaluare a calității universitare este metodologia de auto-evaluare (evaluare internă/din interior), cu o evaluare ulterioară externă, care folosește ca punct de plecare rezultatul din evaluarea internă realizată.

Rezultatele din acest tip de evaluare poate avea următoarele utilizări:

- identificarea punctelor forte și a oportunităților de îmbunătățire pentru nevoile individuale ale universităților, care formează o bază pentru îmbunătățirea în continuare a universităților;
- baza pentru acreditare;
- informații pentru părțile interesate (potențialii studenți, angajatori, membrii din conducerea universității, precum și alte universități).

Evaluarea internă a universităților pot fi implementate folosind diverse modele. Printre modelele cele mai frecvent utilizate putem aminti:

- Modelul de Excelență EFQM © versiunea pentru învățământului superior 2003, utilizat în Europa. Utilizarea sa se extinde în prezent și la zonele din afara Europei;

- Metoda pentru îmbunătățirea calității învățământului superior bazat pe Modelul de Excelență EFQM, elaborat de grupul de experți HBO și utilizate în principal în Țările de Jos și partea flamandă a Belgiei;

- Criteriul de educație pentru excelența în performanță utilizate în cadrul Programului Național a Calității Baldrige în SUA;

- IEP (Program de Evaluare Instituțională), dezvoltat și utilizat de către Asociația Universităților Europene EUA;

- Standardele și Liniile Directoare pentru Asigurarea Calității în Spațiul European al Învățământului Superior, elaborate de ENQA (Rețeaua Europeană a Agențiilor de Asigurare a Calității) și adoptate la reuniunea miniștrilor europeni responsabili pentru învățământul superior de la Bergen în anul 2005.

Toate aceste modele au în comun faptul că criteriile de evaluare a universităților pot fi împărțite în două grupe:

1. Instrumente și resurse – evaluarea a ceea ce și cum face universitatea;
2. Rezultate – evaluarea a scopurilor atinse de universitate.

4. Acreditarea și legătura cu evaluarea calității universităților

Problematika evaluării calității universităților este strâns legată de problema acreditării acestora. Acreditarea poate fi definită ca o „evaluare a competenței de a efectua activitățile definite și să acorde permisiunea de a desfășura aceste activități.” Accesul universităților la acreditare nu este în diverse țări europene uniformă.

Comisia de Acreditare din Republica Cehă este o instituție care funcționează în cadrul Ministerului Educației Ceh și care se ocupă cu evaluarea sistematică a calității instituțiilor de învățământ superior și a programelor lor de studii. Această Comisie desfășoară activități în conformitate cu cerințele de membru a acesteia în Asociația ENQA (Rețeaua Europeană pentru Asigurarea Calității în Învățământul Superior) și odată cu intrarea Republicii Cehă în spațiul comunitar al învățământului superior. Activitatea Comisiei, se bazează pe un efort constant de a maximiza rata de implementare și aplicare a standardelor recunoscute la nivel internațional și a practicilor pentru a maximiza transparența, precum și respectarea în mod explicit a acestor proceduri și criterii de evaluare formulate.

Datorită legii care prevede procedurile de acreditare, acestea sunt aplicate în cadrul acreditărilor și a prelungirii periodice a valabilității acreditării a tuturor programelor de studii și materiilor de studiu, precum și a materiilor și procedurilor pentru abilitare (pentru obținerea titlului de Conferențiar) și a procedurilor de numire a unui profesor. În cazurile în care este posibil să găsim un sistem intern de asigurare a calității care funcționează bine numai într-un mic procent al instituțiilor publice și private de învățământ superior, nu putem trece de la acreditarea programului de studii la acreditarea instituțională. Treptat, considerăm că ar fi bine și chiar indicat ca instituțiile de învățământ superior, care demonstrează în mod clar că au un sistem intern bun și funcționabil de asigurare a calității, să treacă la acreditarea acestor instituții. Însă o condiție necesară pentru o astfel de tranziție ar fi ca pe lângă funcționarea sistemului intern de asigurare a calității a tuturor universităților să se realizeze o modificare a legislației în acest sens. Pentru acest lucru în primul rând trebuie să existe un standard de calitate universal recunoscut și implementat în toate universitățile la nivel superior, obligându-se ca la expirarea certificării de asigurare a calității să se realizeze audituri de calitate de părți terțe care să abordeze și analizeze

problematica din punct de vedere obiectiv, fără un interes direct sau ascuns care să influențeze rezultatul auditului și a certificării finale. Acești auditori trebuie să fie recunoscuți de Ministerul Învățământului dar și de forumurile superioare ale Uniunii Europene responsabile cu sistemul de învățământ superior în țările membre.

În cazul învățământului superior din Republica Ceha, cu aproape douăzeci de ani de tradiție de mecanisme de acreditare, există în continuare deficitul de mecanisme complexe de evaluare internă care să conducă la îmbunătățirea continuă a activităților universităților. Conform art. 21 din Legea învățământului superior nr. 111/1998 din Cartea Legilor, cu adăugirile și modificările ulterioare, universitățile cehe sunt obligate să efectueze evaluări periodice interne și să publice rezultatele acestora.

În plus față de responsabilitățile statutare ale cadrului de aplicare, conținutul, modalitatea, precum și mecanismele de evaluare internă sunt lăsate în totalitate în responsabilitatea universităților individuale, care pot astfel aplica o serie de abordări pentru aceste evaluări interne. Această diversitate, benefică din punct de vedere al diferențierii (diversitatea modului de abordare, în ceea ce privește tipul predominant de programe de studii, de efectuare a cercetărilor), are însă o utilizare dificilă a rezultatelor evaluării interne în vederea evaluării externe (de acreditare), apărând astfel adevărate probleme în ceea ce privește standardizarea procesului de acreditare și/sau de evaluare a sistemului calității în învățământul superior. Comisia de acreditare poate totuși să folosească rezultatele din evaluarea internă doar în mod excepțional, și prin urmare necesită din partea universităților acele rezultate de evaluare internă, care sunt specificate în detaliu.

În acest sens, nu sunt de obicei utilizate nici rezultatele evaluării interne, efectuate în scopul altor agenții de evaluare, deoarece cerințele lor sunt din nou în cele mai multe cazuri diferite de cele ale Comisiei de Acreditare. Astfel de activități evaluative duplicate contribuie adesea la oboseala părților interesate și duce la un scepticismul cu privire la semnificația activităților de evaluare în general, și mai ales în cadrul învățământului superior, care poate fi considerată un pilon strategic al unei națiuni în dezvoltarea economică, socială și tehnologică.

Din cauzele mai sus menționate, se preconizează realizarea unui proiect de cercetare la nivel național care să aibă ca scop evaluarea calității în învățământul superior și să fie structurat pe două etape:

a) prima etapă care să aibă ca rezultat, pe baza cercetării, elaborarea unei metodologii de evaluare a activităților universităților;

b) a doua etapă care să probeze această metodologie în practică printr-un program pilot care să conțină atât universități publice cât și cele private, iar rezultatele acestui program să fie analizate pentru a se îmbunătăți metodologia inițială, cu scopul de a se implementa la nivel național pe baza rezultatelor obținute.

Pentru un asemenea proiect este nevoie de angajament din partea cadrelor didactice din acele universități dar cel mai important, din partea Ministerului Învățământului pentru a putea motiva cadrele participante dar și pentru a putea implementa un sistem de management al calității la nivel local, care să fie în conformitate cu normele naționale și comunitare, rezultând un învățământ superior calitativ care se poate și trebuie să se îmbunătățească mereu și constant pentru a răspunde cerințelor pieții locale/naționale dar și europene.

Astfel de proiecte au mai avut loc dar considerăm că noutatea adusă va fi în folosirea rezultatelor acestor proiecte ca bază de pornire și prelucrare a datelor, scopul final fiind îmbunătățirea și ușurarea accesului la educație calitativă a studenților, angajaților și a societăților care vor putea să-și trimită angajații la diferite cursuri în mod gratuit (la universitățile de stat) pentru a putea face față cererilor pieții comunitare.

5. Educația în România

Legea educației din România la articolul 3 precizează că:

„Principiile care guvernează învățământul preuniversitar și superior, precum și învățarea pe tot parcursul vieții din România sunt:

a) principiul echității – în baza căruia accesul la învățare se realizează fără discriminare;

b) principiul calității – în baza căruia activitățile de învățământ se raportează la standarde de referință și la bune practici naționale și internaționale;

c) principiul relevanței – în baza căruia educația răspunde nevoilor de dezvoltare personală și social-economice;

d) principiul eficienței – în baza căruia se urmărește obținerea de rezultate educaționale maxime, prin gestionarea resurselor existente;

e) principiul descentralizării – în baza căruia deciziile principale se iau de către actorii implicați direct în proces;

f) principiul răspunderii publice – în baza căruia unitățile și instituțiile de învățământ răspund public de performanțele lor;

g) principiul garantării identității culturale a tuturor cetățenilor români și dialogului intercultural;

h) principiul asumării, promovării și păstrării identității naționale și a valorilor culturale, ale poporului român;

i) principiul recunoașterii și garantării drepturilor persoanelor aparținând minorităților naționale, dreptul la păstrarea, la dezvoltarea și la exprimarea identității lor etnice, culturale, lingvistice și religioase;

j) principiul asigurării egalității de șanse;

k) principiul autonomiei universitare;

l) principiul libertății academice;

m) principiul transparenței – concretizat în asigurarea vizibilității totale a deciziei și a rezultatelor, prin comunicarea periodică și adecvată a acestora;

n) principiul libertății de gândire și al independenței față de ideologii, dogme religioase și doctrine politice;

o) principiul incluziunii sociale;

p) principiul centrării educației pe beneficiarii acesteia;

q) principiul participării și responsabilității părinților;

r) principiul promovării educației pentru sănătate, inclusiv prin educația fizică și prin practicarea activităților sportive;

s) principiul organizării învățământului confesional potrivit cerințelor specifice fiecărui cult recunoscut;

t) principiul fundamentării deciziilor pe dialog și consultare;

u) principiul respectării dreptului la opinie al elevului/studentului ca beneficiar direct al sistemului de învățământ.”

Așadar principiul calității este al doilea ca importanță imediat după cel al echității. Calitatea sistemului de învățământ superior poate fi evaluată din mai multe puncte de vedere în ceea ce privește calitatea lecțiilor, calitatea sălilor de curs, al clădirii și a nivelului tehnologic al acesteia, dar toate aceste puncte de evaluare trebuie să aibă un numitor comun și anume satisfacerea cerințelor clientului final (utilizatorului) care în acest caz poate fi studentul, angajatorul sau/și societatea, iar în cazul studentului acesta se înscrie la o instituție de învățământ superior fie ea publică sau privată pentru a se educa și a avea acces apoi, după absolvire, la piața muncii.

Așa cum cerințele clienților de pe orice piață se schimbă mereu, influențate de creșterea nivelului de tehnologizare, creșterea sau scăderea nivelului de trai cât și datorită unor factori care nu pot fi influențați de producători și care țin mai mult de natura și sentimentele fiecărui cumpărător atunci când încearcă să se decidă în achiziționarea produsului nostru sau al concurenței, la fel și sistemul de învățământ superior trebuie să fie într-o continuă mișcare și evoluție spre satisfacerea cererilor studenților și a societății.

6. Concluzii

Acest articol și-a atins scopul inițial de a oferi o imagine asupra învățământului superior în România și a nivelului de management al calității în comparație cu sistemul de învățământ superior din Uniunea Europeană (în cazul nostru cel din Republica Cehă), ridicând anumite probleme specifice care pot fi pe viitor dezvoltate și analizate cu scopul de a îmbunătăți învățământul superior pentru a-l face atractiv și interesant pentru clienții finali cărora i se adresează așa cum am arătat mai sus. Acest studiu este o introducere pentru un studiu mai complex care urmează să fie realizat pe un eșantion de 10 universități cele mai importante din Republica Cehă și România, rezultatele finale urmând să le publicăm după ce datele vor fi prelucrate, prezentând și ridicând câteva probleme cu care se confruntă sistemul de învățământ superior, precum cele legate de sistemul de acreditare în paralel cu sistemele de calitate interne ale diferitelor universități, care trebuie să fie recunoscute și standardizate pentru a fi recunoscute la nivel comunitar și internațional.

BIBLIOGRAFIE

- Comunicatul de la Londra. 2007
- Comunicatul de la Bergen. 2005
- Comunicatul de la Berlin. 2003
- Comunicatul de la Praga. 2001
- Congresul Mondial pentru Calitate. 1978
- Declarația de la Bologna. 1999
- Declarația de la Sorbona. 1998
- Education Criteria for Performance Excellence. www.baldrige.nist.gov
- ISO/IWA 2:2003 Linii directoare pentru aplicarea ISO 9001:2000 în educație. NIS-PJ, Praha 2004. ISBN 80-7283-146-1
- Legea Educației Naționale. Legea nr. 1/2011, publicată în M. Of., nr. 18 din 10 ianuarie 2011
- Newton J., *What is quality*, în *1st European Forum for Quality Assurance*, Munich, 2006, [online] www.eua.be/index.php?id=314
- The HBO Expert Group, *Method for Improving the Quality of Higher*, 2006

PARTICULARITĂȚI PRIVIND EXCEPȚIA DE NECONSTITUȚIONALITATE

Avocat **ANDREIA DOBRESCU**
Baroul București

Abstract: Acest articol este împărțit în trei capitole în care am tratat o problemă de actualitate și controversată și anume excepția de neconstituționalitate. În primul capitol am explicat natura juridică și obiectul excepției de neconstituționalitate. În capitolul al doilea am analizat modalitatea de exercitare a controlului constituționalității prin intermediul acestei excepții, cadrul procesual în care poate fi invocată excepția de neconstituționalitate, subiectele care pot sesiza această excepție, procedura de soluționare a acestei excepții și efectele deciziilor prin care se soluționează excepția de neconstituționalitate.

În concluzie am redactat o propunere *de lege ferenda* cu privire la soluționarea excepției de neconstituționalitate.

Cuvinte cheie: excepția de neconstituționalitate, chestiuni prejudiciale, procedura jurisdicțională, judecător raportor

1. Natura juridică a excepției de neconstituționalitate și obiectul excepției de neconstituționalitate

Conform unor autori, excepția de neconstituționalitate are natura juridică a unei chestiuni prejudiciale. Astfel procesul nu poate fi soluționat independent de rezolvarea ei. În doctrina românească, se arată că „excepția de neconstituționalitate este un incident apărut în cadrul unui proces, asemănător chestiunilor prejudiciale obișnuite”.

Alții autori afirmă că excepția de neconstituționalitate este o chestiune prejudicială, limitată la problema constituționalității legii aplicabile litigiului, lege de care trebuie să depindă judecarea cauzei. Excepția de neconstituționalitate nu poate fi o excepție de procedură și nici de fond. Astfel în art. 14 din Legea nr. 47/1992, se precizează că procedura jurisdicțională se completează cu regulile de procedură civilă¹.

Excepția de neconstituționalitate este totuși o excepție de ordine publică. Ea reprezintă o chestiune prejudicială relativă la legitimitatea constituțională a legii aplicabilă cauzei în care a fost invocată. Astfel procedura de soluționare a excepției de neconstituționalitate, este de drept public. Cu privire la soluționarea excepției de neconstituționalitate, aceasta este de competență exclusivă a Curții Constituționale.

Obiectul excepției de neconstituționalitate

Sfera de aplicare a obiectului acestei excepții este reglementat în art. 146 lit. d) din Constituție, precum și de art. 29 alin. (1) din Legea nr. 47/1992 republicată. În ambele texte de lege se stabilește faptul că excepția de neconstituționalitate poate fi ridicată împotriva unei legi sau ordonanțe sau împotriva unor dispoziții ale acestora, care au legătură cu soluționarea cauzei.

¹ I. Deleanu, *Justiția Constituțională*, Ed. Lumina Lex, București 2005, p. 257.

2. Excepția de neconstituționalitate, modalitate de exercitare a controlului constituționalității legilor

Excepția de neconstituționalitate reprezintă mijlocul tehnic prin care se realizează controlul *a posteriori* al constituționalității legilor². De asemenea excepția de neconstituționalitate reprezintă un procedeu defensiv, de apărare a drepturilor și libertăților publice³. Controlul de constituționalitate pe cale de excepție este un control concret dar și un control esențialmente juridic și precumpănitor jurisdicțional.

Excepția de neconstituționalitate este în principal o excepție de ordine publică. Soluționarea ei este subordonată principiului supremației Constituției. Procedura de control exercitat pe cale de excepție poate fi ridicată de oricare parte care face parte dintr-un proces, când aceasta pretinde că un text de lege sau o lege în totalitatea ei, este neconstituțională și astfel îi sunt lezate drepturile sale în cauza care urmează a fi judecată.

Cadrul procesual în care poate fi invocată excepția de neconstituționalitate și subiectele care pot sesiza aceasta excepție:

Excepția de neconstituționalitate poate fi invocată, în fața instanței judecătorești sau de arbitraj comercial. Această excepție poate fi invocată de oricare dintre părțile din litigiu, de instanță din oficiu, de reprezentantul Ministerului Public precum și direct de Avocatul Poporului⁴.

De asemenea aceasta, poate fi invocată în orice fază a procesului, indiferent de obiectul acestuia, neputând fi acoperită iar părțile nu pot renunța la ea. Excepția de neconstituționalitate nu poate fi invocată decât de către persoanele care au capacitatea procesuală activă precum și de reprezentanții acestora. Astfel art. 146 din Constituție enumeră limitativ persoanele care pot sesiza Curtea Constituțională cu privire la excepția de neconstituționalitate și anume: Președintele României, unul dintre președinții celor două Camere, Guvernul, Înalta Curte de Casație și Justiție, Avocatul Poporului sau un număr de 50 de deputați sau de cel puțin 25 de senatori.

De asemenea orice alte sesizări cu privire la excepția de neconstituționalitate provenite de la alte persoane decât cele prevăzute mai sus, nu pot face obiectul examinării lor de către Curte, fiind considerate inadmisibile.

Controlul constituționalității legilor ca urmare a ridicării în fața unei instanțe judecătorești, a unei excepții de neconstituționalitate:

Prin control al constituționalității înțelegem totalitatea dispozițiilor normative care privesc activitatea de verificare a conformității legilor precum și a altor acte normative cu prevederile Constituției⁵. Constituția României a adoptat sistemul controlului politico-jurisdicțional al conformității legii cu Legea fundamentală.

Procedura de control jurisdicțional în funcție de caracteristicile fiecărui sistem constituțional poate fi: control exercitat pe cale de acțiune directă și control exercitat pe cale de excepție. Controlul pe cale de excepție reprezintă procedura ce este uzitată în cadrul oricărui proces atunci când oricare dintre părți poate pretinde că o parte dintr-o lege sau o

² B. Selejan-Guțan, *Excepția de neconstituționalitate*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 85.

³ M. Bădescu, *Drept Constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex, București, 2001.

⁴ V. Duculescu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex, București, 2007.

⁵ C. Ionescu, *Drept Constituțional și instituții politice* vol., Ed. Lumina Lex, București, 2001.

lege în totalitatea ei este neconstituțională și contribuie la prejudicierea drepturilor legale în cauza ce urmează a fi soluționată.

Controlul judecătoresc al constituționalității legilor este un control difuz, concret și posterior (se exercită asupra unei legi aflate deja în vigoare). Acest control exercitat de către instanțele judecătorești reprezintă de fapt aplicarea principiului separației puterilor în stat.

Procedura de invocare și de soluționare a excepției de neconstituționalitate:

Printre instanțele judecătorești care pot sesiza excepția de neconstituționalitate menționăm judecătoriile, tribunalele, curțile de apel, Înalta Curte de Casație și Justiție precum și instanțele militare.

Conform Legii nr. 47/1992, republicată, procedura de soluționare a excepției de neconstituționalitate cuprinde două faze și anume: faza judecătorească și faza contenciosului constituțional. Faza judecătorească începe în fața instanței judecătorești și coincide cu invocarea excepției de neconstituționalitate în fața acestei instanțe. Cu ocazia judecării unei cauze, instanța din oficiu sau una dintre părți poate invoca neconstituționalitatea unei legi, care are legătură cu judecarea cauzei.

O dată cu primirea excepției, judecătorul nu se mai poate pronunța asupra fondului cauzei până în momentul soluționării excepției. Instanța de judecată are rolul unui veritabil filtru cu privire la excepțiile de constituționalitate ridicate de părți, având obligația de a le declara inadmisibile pe cele care nu îndeplinesc condițiile legii. În cazul în care excepția de neconstituționalitate este admisă, instanța este obligată să sesizeze Curtea Constituțională. De regulă sunt admisibile doar excepțiile de constituționalitate ale prevederilor legale de care depinde judecarea cauzei.

Pentru ca instanța de judecată să poate să invoce excepția de neconstituționalitate trebuie să fie îndeplinite următoarele condiții: să existe un proces pendinte pe rolul instanței, iar instanța trebuie să hotărască printr-o încheiere asupra admisibilității excepției. Astfel se pot da două soluții: de sesizare a Curții Constituționale sau de respingere a cererii de sesizare, excepția fiind considerată inadmisibilă.

Nu pot face obiectul excepției invocate, acele prevederi legale care au fost stabilite de Curte printr-un control prealabil⁶. Etapa judecătorească a soluționării excepției de neconstituționalitate se termină prin sesizarea Curții Constituționale printr-o încheiere. Această încheiere va cuprinde susținerile părților, punctele de vedere ale instanței asupra excepției invocate precum și dovezile depuse de părți. Încheierea de sesizare a Curții Constituționale reprezintă începutul fazei contenciosului constituțional, care se încheie o dată cu adoptarea unei decizii a Curții asupra excepției⁷.

În timpul soluționării excepției de neconstituționalitate, instanța poate propune, prin încheiere motivată, suspendarea cauzei. Prima etapă în vederea soluționării excepției de neconstituționalitate este procedura prealabilă a dezbaterilor prevăzută de art. 30 din Legea nr. 47/1992 republicată. Astfel primind încheierea de sesizare, președintele Curții Constituționale va desemna un judecător – raportor care va comunica încheierea de sesizare a Curții Constituționale președinților celor două camere a Parlamentului, Guvernului și Avocatului

⁶ *Ibidem*.

⁷ B. Selejan-Guțan, *Excepția de neconstituționalitate*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 105.

Poporului. Judecătorul raportor va elabora un raport în ceea ce privește excepția invocată care va cuprinde toate punctele de vedere pe baza doctrinei și a jurisprudenței în materie.

Judecata se va desfășura în plenul Curții Constituționale pe baza raportului elaborat de judecătorul-raportor. Raportul judecătorul-raportor va trebui să cuprindă elementele încheierii de sesizare precum și actele în dovedirea excepției de neconstituționalitate. În cazul în care este necesar judecătorul-raportor va solicita instanței dosarul în care s-a invocat excepția de neconstituționalitate. De asemenea judecătorul raportor va solicita administrarea probelor la termenul stabilit.

Pot fi administrate ca probe: ascultarea părților, proba cu înscrisuri și ascultarea punctelor de vedere a celor două Camere. La data depunerii raportului de către judecătorul-raportor se va stabili și termenul de judecată de către președintele Curții. În faza procedurii prealabile dezbaterilor va avea loc și citarea părților precum și reprezentantului Ministerului Public. A doua fază în soluționarea excepției o reprezintă dezbaterea cauzei în ședința de judecată. Pe baza raportului judecătorului-raportor, a punctelor de vedere expuse de Camerele Parlamentului, de Guvern și de Avocatul Poporului precum și a probelor și a susținerilor părților are loc dezbaterea excepției de neconstituționalitate.

În cadrul acestei etape părțile din procesul din fața instanței judecătorești devin părți în cadrul contenciosului administrativ. Astfel cel care a invocat excepția în fața instanței judecătorești, devine reclamant în fața instanței de contencios administrativ. După etapa dezbaterilor, Curtea se va retrage pentru a putea delibera în cauză. În vederea pronunțării în cauză, se va stabili un termen de 30 de zile stabilit de către președintele Curții. Pronunțarea se poate amâna dacă numai un judecător o cere pentru o mai bună aprofundare a cauzei.

Deliberarea cu privire la cauza examinată se face în secret iar rezultatul deliberării va fi cuprins în minuta cauzei respective. Decizia asupra excepției de neconstituționalitate se adoptă cu votul a majorității membrilor. Decizia prin care se constată neconstituționalitatea unei legi sau unor prevederi dintr-o lege în vigoare este definitivă și obligatorie. Pronunțarea deciziilor se comunică celor două Camere ale Parlamentului și Guvernului, urmând ca ulterior să fie publicate în Monitorul Oficial.

Efectele deciziilor prin care se soluționează excepția de neconstituționalitate:

Dominique Rousseau clasifică deciziile Curții Constituționale în următoarele categorii: decizii simple, decizii intermediare și decizii de apel la legiuitor⁸. În doctrina românească, Ion Deleanu clasifică deciziile în două mari categorii: decizii simple și decizii intermediare.

Deciziile Curții Constituționale au următoarele caractere: general și obligatoriu, produc efecte numai pentru viitor, se bucură de autoritate de lucru judecat absolută sau relativă și sunt definitive. Din altă perspectivă se poate face deosebirea între efectele deciziilor de admitere a excepției și cele a deciziilor de respingere a acesteia.

Atunci când excepția de neconstituționalitate este admisibilă conform art. 29 alin. (1)-(3) din Legea nr. 47/1992, instanța este nevoită să sesizeze Curtea Constituțională. Motivele acestei obligații constau în faptul că Curtea Constituțională este unica autoritate de jurisdicție constituțională în România, sesizarea Curții se dispune de instanța în fața căreia s-a invocat excepția. Cauzele de inadmisibilitate a excepției de neconstituționalitate sunt

⁸ D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Editions Montchrestien, Paris 1998, p. 101.

determinate de legalitatea sesizării, procedură specifică primei instanțe precum și de întinderea controlului care apare în cadrul procedurii de soluționare a excepției în fața Curții Constituționale.

Practica Curții Constituționale respinge ca inadmisibile acele excepții de neconstituționalitate cu privire la acte normative sau la alte tipuri de acte juridice decât cele prevăzute de legiuitorul constituant în competența acestuia. Sunt de asemenea inadmisibile acele prevederi legale a căror neconstituționalitate a fost deja stabilită printr-o decizie anterioară a Curții Constituționale conform art. 29 alin. (3) din Legea nr. 47/1992.

De asemenea un alt caz de inadmisibilitate a excepției de neconstituționalitate este cel prevăzut de art. 147 alin. (3) din Constituție care prevede că „în cazul în care constituționalitatea tratatului sau acordului internațional a fost constatată potrivit art. 146 lit. b), aceasta nu poate face obiectul unei excepții de neconstituționalitate. În cazul deciziilor de respingere a excepției, efectul acestora este obligatoriu *inter partes*, de unde rezultă faptul că sunt obligatorii doar pentru instanța în fața căreia au fost invocate excepția. De asemenea considerăm că deciziile de admitere a excepției au același efect obligatoriu.

Astfel decizia de admitere a excepției de neconstituționalitate are putere absolută de lucru judecat. Conform art. 29 alin. (6) din Legea nr. 47/1992, încheierea de respingere a cererii de sesizare a Curții Constituționale, poate fi supusă numai recursului la instanța superioară, în termen de 48 de ore de la pronunțare. Termenul de judecarea recursului este de 3 zile iar după aceea instanța de recurs se pronunță printr-o decizie în care se precizează condițiile de admisibilitate a excepției de neconstituționalitate.

De regulă încheierile instanțelor de recurs prin care sunt respinse ca inadmisibile cererile de sesizare a Curții Constituționale, cu privire la excepția de neconstituționalitate sunt supuse căii de atac a recursului. Curtea Constituțională se poate pronunța numai asupra constituționalității actelor asupra cărora a fost sesizată și nu poate modifica sau aduce completări asupra dispozițiilor supuse controlului.

3. Propunere de lege ferenda cu privire la soluționarea excepției de neconstituționalitate:

Pentru o mai bună realizare a controlului de constituționalitate ar trebui introdus accesul direct al persoanelor la jurisdicția constituțională, precum și sesizarea Curții Constituționale cu privire la excepția de neconstituționalitate de către alte organe (cum ar fi autoritățile administrativ-jurisdicționale).

De asemenea ar fi necesară introducerea unor condiții cu privire la admisibilitatea excepției de neconstituționalitate și respingerea fără a se mai pronunța asupra constituționalității excepțiilor introduse în mod șicanator sau pentru a tergiversa judecarea unei cauze. De altfel ar trebui prevăzute și sancțiuni pentru persoanele care invocă excepția de neconstituționalitate în scop șicanator sau în vederea amânării unei cauze.

Considerăm că ar trebui să fie declarate inadmisibile acele excepții invocate care nu sunt bazate pe motive noi deoarece astfel s-ar degreva activitatea Curții cu unele excepții invocate în mod repetitiv⁹.

⁹ B. Selejan-Guțan, *Excepția de neconstituționalitate*, Ed. All Beck, 2005, București, pp. 271 și 272.

BIBLIOGRAFIE

- Ion Deleanu, 2005, *Justiția Constituțională*, Ed. Lumina Lex, București
- Bianca Selejan-Guțan, 2005, *Excepția de neconstituționalitate*, Ed. All Beck
- Mihai Bădescu, 2001, *Drept Constituțional și instituții politice*, Ed Lumina Lex
- Victor Duculescu, 2007, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex
- Cristian Ionescu, 2001, *Drept Constituțional și instituții politice*, Ed.-Lumina Lex
- D. Rousseau, 1998, *La justice constitutionnelle en Europe*, Editions Montchrestien, Paris

PREZUMIA DE NEVINOVĂȚIE ÎN MATERIE CONTRAVENȚIONALĂ

ALEXANDRU CRISTIAN ROȘU

Universitatea Româno-Americană

Rezumat: The article will present the „Presumption of innocence”, a presumption who serves to emphasize that the state has the obligation to prove each element of the offense beyond a reasonable doubt) and that the accused bears no burden of proof. In this article it will be presented a case law about this institution in Romania.

Keywords: prezumția de nevinovăție, procedura contravențională, cauza *Anghel c. România*, amendă penală, gravitatea sancțiunii

România a ratificat Convenția pentru Apărarea Drepturilor Omului și Libertăților fundamentale prin Legea nr. 30/1994, iar conform dispozițiilor art. 20 din Constituția României, Convenția face parte din dreptul intern al statului și prevalează față de orice alte dispoziții interne ce ar putea fi contrare cu aceasta.

Articolul 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului consacră dreptul la un proces echitabil, drept ce impune respectarea unor garanții procesuale de natură a nu prejudicia niciun cetățean în exercitarea drepturilor și intereselor sale legitime.

În legislația română, procesul-verbal de contravenție este considerat un act administrativ, care se bucură de autoritatea organului care l-a întocmit, organ ce are calitatea de agent constator. Agentul constator este investit de autoritatea statală să constate fapte care contravin ordinii sociale și după o procedură stabilită poate aplica sancțiuni. Această prezumție de veridicitate și de autenticitate a tuturor aspectelor consemnate în procesul-verbal este o creație a doctrinei judiciare, dar este una relativă, în sensul că aceasta poate fi răsturnată prin probele propuse de contravenient în fața instanței de judecată conform adagiului „*actori incumbio probatio*”.

Prin lege, însuși Parlamentul României stabilește caracterul de infracțiune sau de contravenție al unei fapte care contravine ordinii sociale, stabilirea naturii răspunderii juridice și calificarea faptei nefiind lăsate la aprecierea organului constator.

Cu toate acestea, România începând cu anul 2007 a fost sancționată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului de la Strasbourg pentru încălcarea articolului 6 paragraf 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Astfel, în cauza *Anghel c. România*, prin Hotărârea din 4 octombrie 2007, Statul Român a fost condamnat pentru nerespectarea prezumției de nevinovăție în materie contravențională.

Prezumția de nevinovăție constituie o component esențial al dreptului la un proces echitabil și presupune dreptul oricărei persoane acuzate de o infracțiune de a fi considerată nevinovată până când vinovăția va fi stabilită printr-o hotărâre definitivă.

Tot Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit ca prezumția de nevinovăție este obligatorie tuturor participanților la actul de justiție, nu numai judecătorului ci și organelor de stat¹.

Această prezumție va fi respectată, aplicată și funcționează numai dacă acuzatului i s-au respectat toate garanțiile procedurale privind egalitatea armelor, dreptul la informare, principiul contradictorialității, dreptul la tăcere și dreptul de a nu se autoincrimina, dar și dreptul la administrarea probelor.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit prin jurisprudența sa că noțiunea de materie contravențională se circumscrie noțiunii de acuzație în materie penală având în vedere unul din următoarele criterii: calificarea dată în dreptul intern faptei, câmpul de aplicare generală al normei, gravitatea faptei cât și preeminența caracterului represiv al sancțiunii contravenționale².

Într-o speță recentă, Judecătoria Sectorului 1 a admis plângerea petentei, a constatat că aceasta se bucură de prezumția de nevinovăție și a exonerat petenta de la plata amenzii contravenționale. Prin procesul-verbal atacat s-a reținut că autoturismul proprietatea petentei ar fi staționat neregulamentar în Parcul Herăstrău, și a fost sancționată contravențional cu amendă în cuantum de 3000 lei, minimul amenzii prevăzut de Hotărârea Consiliului General al Municipiului București 114/2004.

Instanța a avut în vedere faptul că în sistemul de drept român, contravenția este calificată ca făcând parte din materia civilă, care implică în mod necesar dovedirea pretențiilor ridicate de cel care le afirmă.

Totuși, neputând face abstracție de practica și de legislația Curții de la Strasbourg, instanța având criteriu cuantumului ridicat al sancțiunii aplicate a apreciat că nivelul amenzii de 3000 de lei, în condițiile în care limitele speciale ale amenzii penale prevăzute pentru persoanele fizice de art. 53 pct. 1 lit. c) C. pen. se situează între 100 lei și 50.000 lei, reține că este justificată asimilarea contravenției reținute în sarcina petentei unei infracțiuni, întrucât sancțiunea aplicată implică conotații pe care petenta le-ar suporta în aceeași măsură precum o pedeapsă penală.

Prin urmare, petenta se bucură de toate garanțiile prevăzute de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului cu privire la procesul penal, inclusiv de prezumția de nevinovăție stabilită de art. 6 par. 2 din Convenție.

Astfel fiind, în acest proces sarcina probei este inversată, revenind intimatei sarcina de a dovedi faptul că petenta se face vinovată de fapta reținută în sarcina sa.

Cu toate acestea, intimata nu a adus probe în dovedirea vinovăției petentei, limitându-se a se baza prezumția de temeinicie a procesului-verbal, care nu este aplicabilă în cauză.

În acest sens se reține faptul că, în cazul în care fapta a fost constatată în lipsa contravenientului, agentul constator avea obligația de a efectua verificări cu privire la persoana care a staționat autoturismul în loc nepermis. Cu toate acestea, agentul constator nu a făcut nimic altceva decât să obțină numele proprietarului autoturismului prin intermediul serviciului dispecerat, astfel cum rezultă chiar din mențiunile efectuate în procesul-verbal.

¹ A se vedea hotărârea *Salabiaku c. Franta* din 7 octombrie 1988.

² A se vedea cauza *Engel c. Olanda* și cauza *Campbell și Fell c. Regatul Unit al Marii Britanii*.

Răspunderea contravențională este una personală, fiind de neîngăduit ca o persoană care nu se face vinovată de o anumită faptă, să răspundă din punct de vedere contravențional. Ori, intimata nu poate face dovada vinovăției persoanei care a săvârșit o faptă contravențională doar prin raportare la persoana proprietarului autovehiculului.

Astfel fiind, singura procedură din legislația în vigoare prin care era permisă identificarea persoanei care a staționat în mod nelegal autoturismul era chiar procedura prevăzută de art. 109 alin. (3) din O.U.G nr. 195/2002, cu sancțiunea prevăzută de art. 102 alin. (1) pct. 14 din același act normativ. Ori, intimata nu a parcurs această procedură legală, ea rezumându-se doar la a indica faptul că proprietarul autoturismului este cel care a staționat autoturismul în mod nelegal, fără a produce o dovadă în acest sens, deși avea obligația de a dovedi vinovăția petentei așa cum s-a arătat anterior.

În ceea ce privește persoana care a săvârșit fapta, instanța constată că nu există nicio dovadă în sensul că aceasta ar fi petenta.

Într-o alta speță Tribunalul Iași a făcut o apreciere pertinentă cu privire la această prezumție de nevinovăție în sensul că aceasta nu se aplică în mod obligatoriu în situațiile în care intimata ar avea o dificultate excesivă în sarcina probei (*probatio diabolica*). Judecătoria Iași a admis la fond cererea petentului și a anulat procesul-verbal de contravenție având în vedere faptul că din planșele foto radar depuse la dosar nu reiese că petentul s-ar fi aflat în interiorul ori în afara respectivei localități.

Tribunalul a apreciat că prezumția de nevinovăție constituie o componentă esențială a dreptului la un proces echitabil prevăzut de art. 6 paragraful 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Prezumția de nevinovăție presupune dreptul oricărei persoane acuzate de o infracțiune de a fi considerată nevinovată până când vinovăția sa va fi legal stabilită prin hotărâre definitivă.

Obligația respectării prezumției de nevinovăție este opozabila *erga omnes*, revenind nu doar judecătorului, ci tuturor autorităților statului (Hot. CEDO Salabiaku, 7 octombrie 1988).

Prezumția de nevinovăție va fi respectată, aplicată și funcționează numai dacă acuzatului i s-au respectat toate garanțiile procedurale privind egalitatea armelor, dreptul la informare, principiul contradictorialității, dreptul la tăcere și dreptul de a nu se autoincrimina, precum și dreptul la administrarea probelor.

Or, în speță a fost respectată prezumția de nevinovăție a petentului-intimat, care însă, apreciază tribunalul, în mod greșit s-a reținut de către prima instanță că nu a fost răsturnată prin probatoriul administrat în cauză.

Astfel, organul constator-recurent a înaintat instanței planșele foto care surprind deplasarea autoturismului condus de petent la data de 2 iunie 2007, ora 19.47 cu o viteză de 93 km/h, precum și documentele atestând verificarea metrologică a autovehiculului IPJ dotat cu aparat radar și atestarea agentului constator de operator radar.

Aceste probe coroborate cu raportul agentului constator dovedesc comiterea faptei contravenționale pe raza localității Budăi. De altfel, petentul-intimat a semnat la acel moment procesul-verbal întocmit fără a avea obiecțiuni. Invocarea de către petent în cursul judecății și reținerea de către instanță a susținerii că nu s-a făcut dovada de către organul constator că petentul a fost surprins la controlul radar circulând cu 93 km/h în localitatea Budăi, și nu în afara acesteia, reprezintă așa cum în mod corect a învederat și organul

constatator în motivele de recurs o extindere nepermisă a prezumției de nevinovăție de care trebuie să se bucure petentul. Organului constatator îi este imposibil să facă prin alte mijloace decât cele folosite în cauză (mijloace tehnice omologate) proba încălcării regimului de viteză instituit în localități ori în afara acestora de către conducătorii auto.

Mai mult, în orice localitate există doar două indicatoare cuprinzând denumirea acesteia, la intrare și la ieșire, identificarea numelui localității în pozele radar făcute autovehiculelor care circulă pe drumurile publice reprezentând, opinează tribunalul, o *probatio diabolica* în sarcina organului constatator.

Pentru toate aceste considerente, apreciind că procesul-verbal este temeinic și legal întocmit, probându-se vinovăția contravenientului, Tribunalul a admis recursul Intimatei IPJ Iași și a modificat sentința recurată în tot.

SURSE BIBLIGRAFICE

1. O.U.G nr. 195/2002
2. O.G. nr. 2/2001
3. Hotărârea Salabiaku c. Franța din 7 octombrie 1988
4. *Cauza Engel c. Olanda și cauza Campbell și Fell c. Regatul Unit al Marii Britanii*
5. www.Wikipedia.com

THE CONSENT OF THE SENTENCED PERSON: DISREGARDED?

ANA-CATERINA ANIȚEI*

Abstract: The cooperation with regard to transfer of foreign prisoners is an important aspect of inter-state cooperation in criminal matters based on different bilateral and multilateral treaties and agreements. The problem of the transfer of foreign prisoners is one of actuality due to the increase in number of foreign sentenced persons serving sentences in other countries than those of their nationality.

The consent of the foreign prisoner subjected to the transfer represents the topic of this essay, namely the lack of his consent in the two cases provided by the Additional Protocol to the Convention on the Transfer of Sentenced Persons, namely when a sentenced person has fled the sentencing State in order to go to the State of his or her nationality, therefore making it impossible in most cases for the sentencing State to execute the sentence passed, and when the sentenced person is subject to expulsion or deportation as an effect of the sentence.

It is the opinion of this author that the sentenced person's consent should be taken into consideration more seriously, and not so easily disregarded by the states. Thus, it will argue that a person should not be transferred if he or she refuses to and the motives expressed are reasonable enough.

Within this essay, several issues are going to be discussed, such as: the treatment of foreign prisoners, the treatment of prisoners in Romanian prisons and whether the existence of an expulsion measure automatically attracts the admission of the request for transfer of the convicted person, with the corresponding reference to case-law and (inter)national legal instruments (the Convention on the Transfer of Sentenced Persons, the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, and Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council Framework Decision 2008/909/JHA of 27 November 2008, Law No. 302/2004 on International Judicial Cooperation in Criminal Matters and O.G. No. 92 of 30 August 1999 through which Romania ratified the Additional Protocol to the Convention on the Transfer of Sentenced Persons).

1. Introduction

The exercise of criminal prerogatives by states has always been an element of their national sovereignty. Therefore, in theory, without a treaty or national legislation, states do not recognize foreign criminal judgments¹[Bassiouni, (2008)]. However, in practice, 'the transfer and enforcement of foreign penal sentences gives effect to a foreign penal judgment by enforcing the sanctions contained in the foreign penal judgment' [Bassiouni, (2008)]; it is not based on the recognition of the criminal judgment given by another state.

*Notar public stagiar, Biroul notarilor publice asociați Reta Aniței – Ana Maria Vataru, Botoșani.

¹ Here referring to H. Donnedieu de Vabres, *Les Principes Modernes Du Droit Penal International* (1928) and H. Donnedieu de Vabres, *Introduction A L'Etude Du Droit Penal International* (1922).

The European Union's approach to cooperation between member states is founded on multilateral treaties², based on the concept of a European judicial space [Bassiouni, (2008); Schengen Agreement, (1985)]. The cooperation with regard to transfer of foreign prisoners is an important aspect of inter-state cooperation in criminal matters, as well, based on different bilateral and multilateral treaties and agreements. The problem of the transfer of foreign prisoners is one of actuality due to the increase in number of foreign sentenced persons serving sentences in other countries than those of their nationality. The increase in the number of foreign prisoners could be explained by the growth and development of transnational crimes, trafficking in human beings, computer crimes and others which involve criminal networks working in multiple states [Mohamed, (2008)].

2. Main legal question

This work will mainly refer to the Additional Protocol to the Convention on the Transfer of Sentenced Persons, but also to the Convention on the Transfer of Sentenced Persons, Council Framework Decision 2008/909/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments in criminal matters imposing custodial sentences or measures involving deprivation of liberty for the purpose of their enforcement in the European Union, the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments and Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and last, but not less important, Law No. 302/2004 on International Judicial Cooperation in Criminal Matters and O.G. No. 92 of 30 August 1999 through which Romania ratified the Additional Protocol to the Convention on the Transfer of Sentenced Persons. The consent of the foreign prisoner subjected to the transfer represents the topic of this essay, namely the lack of his consent in the two cases provided by the Additional Protocol above-mentioned: 'where a sentenced person has fled the sentencing State to go to the State of his or her nationality, thus rendering it impossible in most cases for the sentencing State to execute the sentence passed' and 'where the sentenced person is subject to expulsion or deportation as a consequence of the sentence' [Explanatory Report, Additional Protocol to the Convention on the Transfer of Sentenced Persons, (ETS No. 167)]. This essay believes that the sentenced person's consent should be taken into consideration more seriously, and not be so easily disregarded by the states. Thus, it will argue that a person should not be transferred if he or she refuses to and the motives expressed are reasonable enough. Therefore, two ideas supporting this statement will be discussed here. Firstly, the purpose of the Convention on the Transfer of Sentenced Persons is to provide the member states with a simplified procedure for the transfer of foreign prisoners 'so that they may serve their sentence in their home country' [Explanatory Report, Convention on the Transfer of Sentenced Persons, (ETS No. 112)]. The social rehabilitation of offenders could be more efficient if the sentences imposed on them are enforced in their nationality country where friends and family are rather than in the state where the offense was perpetrated and the judgment given [Mohamed, (2008)]. Another reason encouraging the transfer of a sentenced person to his home country is represented by the allegedly/possible discriminatory treatment of foreign prisoners. This paper will discuss

² Here referring to Eddkehart Muller-Rappard & M. Cherif Bassiouni eds., 1991, *European Inter-State Co-operation in Criminal Matters*, The Council of Europe's Legal Instruments; Hans G. Nilsson, *From Classical Judicial Cooperation to Mutual Recognition*, 77 RIDP 53, 54-55 (2006).

in more detail this treatment and bring contra arguments supported by case-law, more precisely will try to prove that bad treatment and discrimination of foreign prisoners is not a valid motive in order to justify the transfer without their consent.

Secondly, regarding the other case when the transfer of a sentenced person is possible without his or her consent, namely when he or she is subject to expulsion or deportation as an effect of the respective sentence, this essay sustains that the expulsion measure is not enough reason for the transfer to take place disregarding the person's consent.

3. The treatment of foreign prisoners

To start with, a definition of 'foreign prisoner' is required. We can say that a foreign prisoner is a convict imprisoned within the territory of a state different of his nationality country. It is a very broad and complex term including various groups of people whose social, economic, political, family and psychological traits are totally different. Foreigners, same as other minorities, often become groups of marginal, 'second class' citizens [Mohamed, (2008)]. They have a difficult situation to which their treatments by prison guards and their relationship with other local convicts contribute, as well [Mohamed, (2008)]³. 'Research findings indicate that discrimination is claimed to represent a feature in the treatment of foreigners in criminal justice in certain countries' [Mohamed, (2008)]. The lack of sufficient safeguards against racial discrimination in prisons and the absence of human rights protection for foreigners make foreign prisoners vulnerable to abuse. Other difficulties which could be mentioned here are the language barriers and the lack or poor contact with family which is in another country.

Having considered all the reasons above-mentioned for the transfer of a foreign prisoner to his home country, even in the absence of his consent, this paper will argue that being a prisoner in one's own country does not mean that he or she will not be discriminated or ill-treated. There are many other reasons for discrimination besides nationality, such as: religion, beliefs, colour of the skin, being part of an ethnic group or a minority and many others. Let's assume that X, citizen of Romania, commits a crime and is sentenced in Italy, afterwards runs to Romania, a transfer occurs, without his consent, to his home country. But in the meantime, he has no connections left with Romania, just a citizenship and language, his family and friends being all in Italy. Then the purpose of rehabilitation and socialization of the offender, in the light of the provisions established by the Convention on the Transfer of Sentenced Persons, could not be reached.

4. The treatment of prisoners in romanian prisons

Another important aspect to be analyzed in this essay is that of the treatment of prisoners in Romania, not foreign prisoners, but prisoners in general, nationals, more precisely the bad treatment and the lack of conditions within the Romanian prison system, which could constitute a viable reason for a prisoner to refuse giving his consent to being transferred to this country, even if the person in question is a citizen of Romania.

A country report⁴ from 2007, made by the US Department of State, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor highlights serious issues Romania has with regard to

³ Here referring to Michael Plachta, *Foreign Offenders in Prison: A Social and Legal Problem*, in *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation* 5 (1993).

⁴ <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2007/100580.htm>

prison and detention center conditions; the reason present tense is used is that Romania still has problems in this field as the case-law presented will show. Media, APADOR-CH (Association for the Defense of Human Rights in Romania – the Helsinki Committee), other human rights NGOs, studies, research, interviews with the prisoners reported the following issues in Romanian prisons:

- Lacking sanitation and hygiene in prisons;
- Insufficient medical facilities;
- Not enough medication;
- Lack of doctors;
- No available heating and hot water in all facilities;
- A high number of detainees had lice and scabies;
- Undrinkable water;
- Prison meals did not contain the minimum necessary of calories (APADOR-CH);
- Lack of natural light;
- Absence of activities for the detained;
- Abuse by authorities and other inmates;
- Many detention centers not providing for confidentiality of talks between prisoners and lawyers;
- Due to overcrowding, juveniles were sometimes kept in the same cell with adults.

The conclusion was that the conditions generally did not meet European standards. Some recent case-law before the European Court of Human Rights supports the argument that the bad and inhuman conditions in the Romanian prisons might be enough reason for a prisoner (even Romanian) to refuse being transferred here; argument which states should take into consideration before disregarding a sentenced person's consent.

In the case of *Demian v. Romania*⁵, Ioan Tudorel Demian, sentenced to four years and two months' imprisonment for theft, complained that during his detention (he was in two prisons: Baia Mare prison, but transferred several times to Gherla prison) as a diabetes sufferer the two prisons refused to provide him with proper health care and food, and that this and the poor conditions of detention in both prisons had adversely affected his health. In particular he complained about the insufficient quantity of insulin, the low number of syringes and the lack of a specific diet for diabetes sufferers. The Court found a violation of Article 3 (prohibition of inhuman and degrading treatment) and awarded him with 10.000 Euro, considering that, in this case, the authorities have failed in the obligation to provide medical treatment for the applicant's condition, causing a negative impact on his health and welfare from a physical and mental point of view. The Court also held that the test undergone by the applicant passed the inevitable level of suffering in detention, therefore there had been a breach of Article 3.

Another similar case is that of *Ciobanu v. Romania*⁶, where the applicant Fane Ciobanu, sentenced to 21 years of prison for murder, complained about the poor conditions in the prisons he served his sentence, namely the overcrowding (he had to share the same bed with other convicts, sometimes with people suffering from contagious afflictions) and criticized the authorities for failing to maintain the medical treatment and diet (he had ulcer) prescribed by the doctors, in particular by not providing him with false teeth (he had total

⁵ *Demian v. Romania*, Application No. 5614/05, Date of Judgment 27-09-2011.

⁶ *Fane Ciobanu v. Romania*, Application No. 27240/03, Date of Judgment 11-10-2011.

edentulous). Other complaints regarded the lack of hot water and heating in the cell. In this case, the Court found a violation of Article 3, as well, and awarded the applicant with 13.300 Euro.

One last case is that of *Brândușe v. Romania*⁷. The applicant, Ioan Brândușe, was detained in prison in Arad, serving a ten year sentence for fraud. During his detention he made several complaints regarding the conditions of detention, namely overcrowding, bad food, no privacy and the most important complaint was with view to the fact that the prison was close to a rubbish dump and the stench coming from it was difficult to bear for all prisoners. In this case, the Court found a violation of both Article 3 (prohibition of inhuman and degrading treatment) and Article 8 (right to respect for private life) of the ECHR. The Court followed some of its earlier case-law and reached the conclusion that Article 8 of the ECHR can, 'in cases of nuisance from noise or fumes, even be applicable if there is no grave danger for health, but when an environmental impact assessment has shown that there were dangerous effects of a certain activity'⁸[Buyse, (2009)].

5. Does the existence of an expulsion measure automatically attract the admission of the request for transfer of the convicted person?

In continuation, this essay will answer the question expressed above and support it with pertinent arguments. To start with, let us have a look at the necessary legislation that could facilitate finding the right answer. The current Criminal Code of Romania provides in paragraph 3 article 117⁹, called Expulsion, that 'If expulsion is accompanying the penalty of imprisonment, the accomplishment of expulsion shall take place after service of the penalty'. The New Criminal Code of Romania, which is due to enter into force in 2013, comes with more detailed information. Article 55 of this new code stipulates that the prohibition of exercising certain rights represents a complementary punishment and the right of the foreigner to be on Romania's territory is such a right. Article 66 (once more regarding a foreigner) provides that the complementary punishment of the prohibition of exercising certain rights can be ordered from 1 to 5 years. Article 68 mentions in paragraph 1 that this punishment begins after the imprisonment sentence has been executed, after total pardon or of the rest of the sentence, after expiration of the period of limitation/prescription or after the expiration of parole supervision sentence. Another thing which both of these codes have in common is that they forbid the ordering of this complementary sentence when there are reasonable motives to believe that the life of the expelled person is put in

⁷ *Brândușe v. Romania*, Application No. 6586/03, Date of Judgment 07-04-2009; this case is only available in Romanian and French; For an English summary: <http://gnhre.uwe.ac.uk/RenderPages/RenderLearningObject.aspx?Context=47&Area=2&Room=97&Constellation=78&LearningObject=827>

⁸ Buyse, Antoine, Netherlands Institute of Human Rights (SIM), Utrecht University, ECHR Blog, Nuisance From Outside the Prison, April 8, 2009, <http://echrblog.blogspot.com/2009/04/nuisance-from-outside-prison.html>

⁹ Article 117 of the current Criminal Code of Romania:

(1) A foreign citizen who has committed an offence can be forbidden to stay on Romanian territory.

(2) The previous paragraph shall apply also to persons with no citizenship who do not domicile in our country.

(3) If expulsion is accompanying the penalty of imprisonment, the accomplishment of expulsion shall take place after service of the penalty.

(4) Persons provided in the present Article shall not be expelled if there are serious reasons to believe that they risk being subjected to torture in the State to which they are to be expelled.

danger or that the sentenced person shall be subject to torture or other inhuman or degrading treatments in the state to which he or she is to be expelled. The moment when the expulsion is to take place is very important because it makes one ask himself/herself, if this measure is due to occur after the prison and assuming the prisoner in question does not want to give his consent for transfer, then why would states disregard that and decide on his transfer nevertheless? It would be logical and legal then, at least in the case of Romania¹⁰, that the foreign prisoner would first serve his prison sentence and at the end of it be expelled. The other way around should be possible too, assuming the legislations of the states involved are similar. For instance, through Judgment No. 25 of 5 February 2007¹¹, Court of Appeal Bucharest, Criminal Section I, recognized the effects of the sentence pronounced at June 6, 2006 by the Court of Appeal Anvers and those of the sentence pronounced at November 23, 2005 by the First Instance Court of Anvers. The accused T.P. was sentenced at 7 years of prison for the crimes of exploitation of prostitution, participation in a criminal organization, prostitution and trafficking in human beings. The measure of forbidding the accused the stay on the territory of the Kingdom of Belgium for a period of 5 years was also taken. In this case, although the accused did not give his consent for transfer, the states agreed for him to execute his prison sentence of 7 years in Romania, since all the conditions, including the one mentioned in the Additional Protocol, were fulfilled.

Education based on EFQM Model, Groningen, Eindhoven.

¹⁰ Note: Romania ratified the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, the Convention on the Transfer of Sentenced Persons and the Additional Protocol to the Convention on the Transfer of Sentenced Persons.

¹¹ In Romanian, <http://www.scj.ro/SP%20rezumate%202007/decSP2163-230407.htm>

SECURITATEA ECOLOGICĂ, COMPONENTĂ A ORDINII PUBLICE ȘI SECURITĂȚII NAȚIONALE

Asist. univ. dr. ȘTEFANIA-DIANA IONIȚĂ-BURDA
Universitatea Româno-Americană București

Consilier juridic VIRGINIA-ALINA SÎRB
Colegiul Consilierilor Juridici București

Abstract: Devine din ce în ce mai evident faptul că omenirea traversează o profundă criză ecologică.

Relația dintre mediu și securitate a făcut obiectul multor studii și subiectul multor publicații, dar recent a devenit un punct important al politicilor de mediu internaționale.

Ca dimensiune a securității, securitatea ecologică comportă o atenție deosebită în favoarea securizării, atât din partea guvernelor, cât mai ales din partea societății civile.

Cu toate acestea, chiar și atunci când măsurile luate sunt de mare amploare, rezultatele nu sunt întotdeauna încununate de succes.

Keywords: criză ecologică, securitate ecologică, ordine publică, securitate națională

1. Definirea și delimitarea conceptelor

1.1. Conceptul „securitate națională”

Potrivit *Strategiei de Securitate Națională a României*¹, **securitatea națională**² (ca factor cumulativ și de convergență transpartinică) urmărește să asigure *starea de normalitate democratică la care aspiră societatea (cetățenii, comunitățile și statul) pe baza eforturilor ce vizează deplina instaurare a legalității, făurirea prosperității economice, echilibrul social și stabilitatea politică*.

În același context, și în același document³, se consideră că **securitatea națională** reprezintă *condiția fundamentală a existenței națiunii și a statului român și un obiectiv fundamental al guvernării*; ea are ca domeniu de referință *valorile, interesele și obiectivele naționale*. De asemenea, se apreciază că **securitatea națională** este un drept imprescriptibil care derivă din *suveranitatea deplină a poporului*, se fundamentează pe *ordinea constituțională* și se înfăptuiește în *contextul construcției europene, cooperării euroatlantice și al evoluțiilor globale*.

Securitatea națională se realizează prin „măsuri adecvate de natură politică, economică, diplomatică, socială, juridică, educativă, administrativă și militară, prin activitatea de informații, contrainformații și securitate, precum și prin gestionarea eficientă

¹ Strategia de Securitate Națională a României a fost adoptată de către Consiliul Suprem de Apărare a Țării prin Hotărârea nr. 62 din 17 aprilie 2006.

² Președintele României, *Strategia de Securitate Națională a României*, București, 2007, pp. 3 și 4.

³ *Ibidem*, p. 7.

a crizelor, în conformitate cu normele de conduită ale comunității europene și euroatlantice și prevederile dreptului internațional”.

În aceste condiții, strategia de securitate națională răspunde nevoii și obligației de protecție legitimă împotriva riscurilor și amenințărilor ce pun în pericol drepturile și libertățile fundamentale ale omului, valorile și interesele naționale vitale, bazele existenței statului român. Ea vizează, cu prioritate, următoarele domenii:

- starea de legalitate;
- siguranța cetățeanului; securitatea publică;
- prevenirea și contracararea terorismului și a altor amenințări asimetrice;
- capacitatea de apărare;
- protecția împotriva dezastrelor naturale, degradării condițiilor de viață și accidentelor industriale.

De asemenea, potrivit Legii privind siguranța națională a României (Legea nr. 51/1991)⁴, prin **siguranța națională a României** se înțelege „starea de legalitate, de echilibru și de stabilitate socială, economică și politică necesară existenței și dezvoltării statului național român, ca stat suveran, unitar, independent și indivizibil, menținerii ordinii de drept, precum și climatului de exercitare neîngrădită a drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, potrivit principiilor și normelor democratice statornicite prin Constituție”.

1.2. Conceptul „ordine publică”

Conceptul „**ordine publică**” se poate confunda cu cel de „**liniște publică**”.

În legătură cu **liniștea publică**, în doctrină, *unii autori*⁵ consideră că „liniștea publică sau liniștea în relațiile de conviețuire în domeniul vieții publice este o condiție necesară pentru desfășurarea normală a acestor relații și constituie o stare de fapt existentă în desfășurarea normală a relațiilor de conviețuire socială”. *Alți autori*⁶ consideră „**liniștea publică**” ca „acel atribut al vieții sociale în care raporturile între oameni, comportarea lor și, în genere, activitățile lor, atunci când participă la forme de viață în comun, în public, se desfășoară în mod pașnic, după norme de respect reciproc, de securitate personală, de încredere în atitudinea și faptele celorlalți oameni”.

În dicționare, **ordinea publică** este definită ca fiind:

- „ordine politică, economică și socială dintr-un stat, care se asigură printr-un ansamblu de norme și măsuri deosebite de la o orânduire socială la alta și se traduce prin funcționarea normală a aparatului de stat, menținerea liniștii cetățenilor și a respectării drepturilor acestora”⁷;

- „1. Caracteristică a unei societăți în care domină siguranța, securitatea, respectul față de drepturile cetățenilor, iar serviciile funcționează în condiții bune; 2. Echivalent al păcii

⁴ Legea nr. 51/1991 publicată în M. Of. nr. 163 din 7 august 1991.

⁵ A se vedea V. Dongoroz și colectiv, *Explicații Teoretice ale Codului Penal Român*, vol. II, Ed. Academiei R.S.R., București, 1969, p. 670.

⁶ G. Marcov, *Criterii de delimitare a formei agravate de forma simplă a infracțiunii de ultraj contra bunelor moravuri și tulburarea liniștii publice*, în RRD nr. 10/1971, p. 93, citată în Vasiliu T. și colectiv, *Codul penal al R.S.R.*, comentat și adnotat, Partea specială, Vol. II, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977, p. 440.

⁷ Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, *Dicționarul explicativ al limbii române*, ed. a II-a, Ed. Univers Enciclopedic, 1998.

interne, care permite cetățenilor să trăiască normal în societate; încălcarea ordinii publice atrage după sine intervenția autoritară a forțelor de ordine”⁸.

În doctrină, *unii autori*⁹ definesc **ordinea publică**, ca o „stare”, respectiv, starea de normală funcționalitate a sistemului ce are ca elemente componente entitățile indicate în art. 145 C. pen., considerându-se că acestea sunt într-o normală funcționalitate, atunci când activitatea lor nu este împiedicată ci continuă, potrivit competențelor și în vederea finalității pentru care au fost create. În același context, se folosește și expresia „starea de pericol pentru ordinea publică” considerându-se¹⁰ că „săvârșirea oricărei infracțiuni pune în pericol sau lezează o valoare apărută de legea penală. În acest caz însă, pericolul trebuie să vizeze ordinea publică, adică să împiedice normala funcționare a entităților arătate mai sus. Prin urmare, este vorba de un anumit fel de pericol. Și în definirea acestei noțiuni credem că trebuie să se plece de la acele activități, fapte, acțiuni care, dacă intervin, pot cauza împiedicarea normalei funcționări a sistemului de organe, instituții, unități etc., arătate mai sus”.

*Alți autori*¹¹ socotesc discutabilă reducerea conceptului de „**ordine publică**” numai la starea de normală funcționalitate a sistemului ce are ca elemente componente entitățile indicate în art. 145 C. pen.¹² În această opinie, art. 145 C. pen. prevede numai o parte formală a conceptului de „public”, respectiv structurile: autorități publice, instituții publice, alte persoane de interes public, servicii de interes public, bunuri proprietate publică, și bunuri care potrivit legii sunt de interes public. Se consideră¹³ că nu pot fi în afara „ordinii publice”, buna funcționare a entităților din sectorul privat și în mod deosebit cele care satisfac interesul public (chiar dacă prin mijloace de drept privat), manifestările publice cu implicații asupra acesteia și altele. În acest context, potrivit acestei opinii¹⁴, periclitarea „ordinii publice” sau afectarea acesteia se poate face și prin împiedicarea bunei funcționării a entităților din sectorul privat și, în mod deosebit, a celor care servesc interesul public prin mijloace de drept privat, împiedicarea manifestărilor publice prin care nu se încalcă legea sau cauzarea unor manifestări publice ce ar putea leza siguranța colectivă etc. Se apreciază¹⁵ că sintagma „**ordinea publică**” (ca și „ordinea de drept” are două componente, și anume:

- o *componentă juridică*, care este reprezentată de „totalitatea normelor juridice care reglementează cele mai importante relații sociale prin care se asigură siguranța colectivă (publică), sub toate aspectele ei fizic, psihic”.

⁸ S. Tamaș, *Dicționar politic*, Ed. Academiei Române, București, 1993, p. 197.

⁹ V. Câmpean, *Aspecte controversate referitoare la arestarea preventivă*, în *Revista de drept penal*, nr. 2/2001, p. 58.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ V. Dabu, *Cazurile în care se poate dispune arestarea prevăzută de art. 148 lit. e) și h) C. pr. pen. Ordine de drept. Ordine publică. Ordine constituțională. Pericolul social al faptei. Pericol social al infracțiunii. Pericol concret pentru ordinea publică. În cursul urmăririi penale și instanța poate dispune obligarea de a nu părăsi țara*, p. 13, disponibilă la http://www.inm-lex.ro/fisiere/pag_34/det_54/175.doc.

¹² Potrivit art. 145 C. pen., prin termenul „public” se înțelege „tot ce privește autoritățile publice, instituțiile publice, instituții sau alte persoane juridice de interes public, administrarea, folosirea sau exploatarea bunurilor proprietate publică, serviciile de interes public, precum și bunurile de orice fel care, potrivit legii, sunt de interes public”.

¹³ V. Dabu, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

- o *componentă factuală*, care este reprezentată de „acea stare de aplicare, asigurare, respectare a normelor juridice ce constituie componenta juridică a ordinii publice”.

Potrivit *Strategiei naționale de ordine publică (2010-2013)*¹⁶, *ordinea publică* este „componenta securității naționale reprezentată de starea de legalitate, de echilibru și de pace socială, corespunzătoare unui nivel socialmente acceptabil de respectare a normelor de drept și de conduită civică, care permite exercitarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, precum și funcționarea structurilor specifice statului de drept și se caracterizează prin credibilitatea instituțiilor, sănătatea și morala publică, starea de normalitate în organizarea și desfășurarea vieții politice, sociale și economice, în concordanță cu normele juridice, etice, morale, religioase și de altă natură, general acceptate de societate”.

Într-adevăr, așa cum se susține¹⁷, sistemul de ordine publică românesc a cunoscut, în ultimii 20 de ani, importante transformări, circumscrise procesului de tranziție către o societate democratică, în care statul de drept, drepturile și libertățile cetățeanului sunt garantate. Mai mult, procesele internaționale, precum instituționalizarea politică și financiară a Uniunii Europene și globalizarea, au favorizat mișcarea, fără precedent, a oamenilor, a fluxurilor financiare, a comerțului și a informației, determinând, pe lângă imensele beneficii, și apariția și dezvoltarea a numeroase amenințări clasice sau asimetrice la adresa ordinii de drept internaționale și naționale și la adresa păcii, stabilității și drepturilor universale ale omului.

1.3. Conceptul „securitate ecologică”

Conceptul de securitate ecologică a fost avansat la sfârșitul anilor 1980, de către militanții pentru protecția mediului, organizațiile neguvernamentale și acceptat de oamenii politici responsabili și devine, în prezent, de o extremă actualitate¹⁸.

Acest concept a fost enunțat politic pentru prima dată în România¹⁹ în Platforma Program a Forumului Ecologic al PDSR în anul 1996, rămânând până în prezent nedetaliat și neaplicat în practică prin acte legislative.

Potrivit acestuia, *securitatea ecologică* „poate fi reprezentată printr-un pachet de politici locale și/sau regionale, reglementări, măsuri, standarde, instrucțiuni, proceduri, teorii, concepte ș.a. aplicate încă din fazele de preconcepție și de preproiectare, ca parte integrantă a oricăror proiecte sau activități umane, cu risc semnificativ de mediu, real sau potențial, menite să asigure organizarea, managementul, desfășurarea, supravegherea și controlul oricăror activități sau evenimente în deplină siguranță de funcționare sau desfășurare, pentru personalul tehnic, populația din zonele înconjurătoare și mediul ambiant, să preîntâmpine și să limiteze consecințe ale accidentelor de mediu, catastrofelor naturale sau ale actelor de terorism ecologic, ale perturbării echilibrului și calității ecosistemelor Terrei, să asigure menținerea calității vieții”.

¹⁶ Strategia națională de ordine publică 2010-2013 a fost aprobată prin H.G. nr. 1040/2010 publicată în M. Of. nr. 721 din 28 octombrie 2010.

¹⁷ Pct. I alin. (2) al *Strategiei naționale de ordine publică 2010-2013*.

¹⁸ A se vedea și M. Duțu, *Un concept ignorat: securitatea ecologică*, articol disponibil la http://www.sfin.ro/articol_4923/un_concept_ignorat_securitatea_ecologica%0D%0A.html.

¹⁹ A se vedea și NHN ECOINVEST SRL, *Considerații asupra conceptului de „securitate ecologică”*, articol disponibil la <http://www.nhn.ro/articole.htm>.

2. Stabilirea inter-relațiilor dintre securitatea națională, ordinea publică și securitatea ecologică

Așa cum afirmam mai sus, și devine din ce în ce mai evident, omenirea traversează o profundă criză ecologică.

Relația dintre mediu și securitate a făcut obiectul multor studii și subiectul multor publicații, dar recent a devenit un punct important al politicilor de mediu internaționale²⁰.

Ca dimensiune a securității, securitatea ecologică comportă, mai mult decât celelalte dimensiuni, un discurs dramatic în favoarea securizării, atât din partea guvernelor, cât mai ales din partea societății civile; cu toate acestea, chiar și atunci când măsurile luate sunt de mare amploare, rezultatele nu sunt întotdeauna încununuate de succes²¹.

Se poate afirma că *securitatea ecologică* este esențială *pentru orice altă formă de securitate*, în special, pentru cea națională deoarece cuprinde dinamica și interconexiunile dintre resursele naturale, structura socială a statului și motorul economic al stabilității locale și regionale²².

Printre *provocările la adresa ordinii publice* este precizat²³, ca aspect distinct, „*Dezastre și calamități*”, considerându-se că alături de problemele legate de criminalitate, securitatea indivizilor este afectată de dezastrele naturale sau de cele produse de om.

Din nefericire, România se află în zona europeană care prezintă un risc ridicat de producere a cutremurelor, iar această stare de fapt nu trebuie neglijată de autoritățile publice (centrale și locale), care ar trebui să includă printre priorități și informarea permanentă a populației, pentru ca aceasta să reușească să își dezvolte un comportament adecvat (înainte, în timpul și după producerea situațiilor de urgență).

Așa cum s-a observat, ne-am confruntat cu efecte ale fenomenelor meteorologice deosebite (revărsări de ape, inundații, alunecări de teren) care au necesitat eforturi conjugate din partea structurilor de ordine și siguranță publică și a structurilor pentru situații de urgență, pentru limitarea și înlăturarea efectelor produse de acestea, precum și participarea la intervenții în sprijinul populației, prin asigurarea cu apă potabilă și alimente.

În acest context, cum era și firesc, printre *obiectivele strategice*²⁴ pe care se fundamentează cele trei *priorități stabilite de Strategia națională de ordine publică*, să se regăsească și „*Consolidarea managementului integrat al crizelor de ordine publică și situațiilor de urgență*” (obiectiv strategic nr. 4).

Ca structură inter-instituțională de suport decizional pentru managementul acțiunilor în situații de criză în domeniul ordinii publice, la nivelul Ministerului Administrației și Internelor, funcționează Centrul Național de Conducere a Acțiunilor de Ordine Publică.

Pentru îndeplinirea obiectivelor sale și asigurarea funcțiilor de sprijin pentru Ministerul Administrației și Internelor, Centrul Național cooperează cu Centrul Operațional Național din cadrul Inspectoratului General pentru Situații de Urgență, cu Centrul de Situații al Guvernului, cu Centrul de Coordonare Operativă Antiteroristă, cu Componenta pentru

²⁰ A se vedea Institute for Environmental Security, *What is Environmental Security?*, p. 1 disponibil la http://www.envirosecurity.org/activities/What_is_Environmental_Security.pdf.

²¹ C. Băhnăreanu, *Dimensiunea ecologică a securității*, în *Colocviu Strategic*, nr. 2/2008, p. 1.

²² Idem.

²³ Pct. III al Strategiei naționale de ordine publică 2010-2013.

²⁴ Pct. VI al Strategiei naționale de ordine publică 2010-2013.

situații din cadrul Centrului de Conducere Operațională a Statului Major General, precum și cu celelalte centre operative constituite la nivelul instituțiilor publice reprezentate.

Activitatea de prevenire și gestionare a situațiilor de urgență a constituit o preocupare prioritară pentru Guvernul României, în sensul identificării unor linii directoare și pentru materializarea acestora în documente programatice strategice.

În perspectivă, se are în vedere constituirea Platformei naționale de reducere a riscului de dezastre, în acord cu obiectivele stabilite de Strategia internațională de reducere a dezastrelor (Planul-cadru de acțiune Hyogo 2005-2015).

Principalele *domenii de intervenție*, subsumate acestui obiectiv strategic, sunt:

- perfecționarea sistemului integrat de gestionare a crizelor din domeniul ordinii publice;
- îmbunătățirea mecanismelor de răspuns și gestionare a situațiilor de urgență și asigurarea funcțiilor de sprijin de către structurile cu atribuții în domeniul ordinii publice;
- politici în domeniul managementului stărilor excepționale.

Principalele *direcții de acțiune* sunt:

- îmbunătățirea și eficientizarea proceselor de conducere a operațiunilor, monitorizare și analiză a riscurilor în domeniul ordinii publice și de planificare și folosire a resurselor participante la intervenții;
- creșterea calității acțiunilor și măsurilor de prevenire a riscurilor majore de producere a unor dezastre și îmbunătățirea capacitații de acțiune în astfel de situații, potrivit legii;
- creșterea capacitații de rezistență și de apărare a populației, prin cultivarea capacităților de prevenire și autoapărare/autosusținere ale populației;
- integrarea și compatibilizarea cu sisteme similare din alte țări și de la nivel internațional;
- profesionalizarea personalului din comandamentele și centrele operaționale, conform standardelor și bunelor practici europene;
- îmbunătățirea dotării și înzestrării cu tehnică, echipamente, aparatură și materiale de intervenție a structurilor operative, atât din fonduri bugetare, cât și prin atragerea fondurilor europene;
- creșterea calității asistenței medicale de urgență și descarcerare, prin îmbunătățirea pregătirii personalului și investiții în dotare;
- efectuarea anuală a unei simulări pentru gestionarea națională a situațiilor de criză;
- promovarea unor programe de sprijinire a serviciilor voluntare și private pentru situații de urgență;
- rolul activ în elaborarea planurilor naționale în domeniul stărilor excepționale, pentru a asigura pregătirea forțelor proprii, a economiei, a teritoriului și a populației, în cazul apariției unor situații care pot genera mobilizarea sau starea de război;
- dezvoltarea programelor strategice în domeniu, de realizare a exercițiilor naționale și sub egida internațională, pentru implementarea standardelor NATO și UE în materie;
- alocarea resurselor pentru rezervele de stat și de mobilizare, planificarea rechizițiilor de bunuri și prestări de servicii în interes public, ca funcție de sprijin complementară, menținerea în stare de funcționare a infrastructurii necesare bunei funcționări a statului de drept, a instituțiilor democratice și asigurarea continuității activităților economico-sociale, în condițiile declanșării stărilor excepționale.

Rezultate așteptate:

- operaționalizarea celor 42 de centre de comandă și coordonare, respectiv 42 de centre de coordonare și conducere a intervenției în situații de urgență – centre județene și al municipiului București;

- reducerea timpului mediu de răspuns în situații de criză de ordine publică și/sau în situații de urgență.

BIBLIOGRAFIE

1. Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, *Dicționarul explicativ al limbii române*, ediția a II-a, Ed. Univers Enciclopedic, 1998.

2. Băhnăreanu C., *Dimensiunea ecologică a securității*, în Colocviu Strategic, nr. 2/2008, p. 1.

3. Câmpean V., *Aspecte controversate referitoare la arestarea preventivă*, în Revista de drept penal, nr. 2/2001, p. 58.

4. Dabu V., *Cazurile în care se poate dispune arestarea prevăzute de art. 148 lit. e) și h) din C. pr. pen. Ordine de drept. Ordine publică. Ordine constituțională. Pericolul social al faptei. Pericol social al infracțiunii. Pericol concret pentru ordinea publică. În cursul urmăririi penale și instanța poate dispune obligarea de a nu părăsi țara*, p. 13, disponibilă la http://www.inm-lex.ro/fisiere/pag_34/det_54/175.doc.

5. Dongoroz V. și colectiv, *Explicații Teoretice ale Codului Penal Român*, vol. II, Ed. Academiei R.S.R., București, 1969, p. 670.

6. Duțu M., *Un concept ignorat: securitatea ecologică*, articol disponibil la http://www.sfin.ro/articol_4923/un_concept_ignorat_securitatea_ecologica%0D%0A.html.

7. Institute for Environmental Security, *What is Environmental Security?*, p. 1 disponibil la http://www.envirosecurity.org/activities/What_is_Environmental_Security.pdf.

8. Legea nr. 51/1991 publicată în M. Of. nr. 163 din 7 august 1991.

9. Marcov G., *Criterii de delimitare a formei agravate de forma simplă a infracțiunii de ultraj contra bunelor moravuri și tulburarea liniștii publice*, în Revista Română de Drept nr. 10/1971, p. 93. citată în Vasiliu T. și colectiv, *Codul penal al R.S.R., comentat și adnotat, Partea specială, Vol. II, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977, p. 440.*

10. NHN ECOINVEST SRL, *Considerații asupra conceptului de „securitate ecologică”*, articol disponibil la <http://www.nhn.ro/articole.htm>.

11. Președintele României, *Strategia de Securitate Națională a României*, București, 2007, pp. 3 și 4.

12. *Strategia națională de ordine publică 2010-2013 a fost aprobată prin H.G. nr. 1040/2010 publicată în M. Of. nr. 721 din 28 octombrie 2010.*

13. Tamaș S., *Dicționar politic*, Ed. Academiei Române, București, 1993, p. 197.

AN OUTLOOK ON THE ROMANIAN EDUCATION SYSTEM REFORM: SOME CONSIDERATIONS

ANDREI TINU

CĂTĂLIN BOBOC*

Abstract: Reform measures to be applied to the Romanian education system represent not only a necessity, but, more often than not, a false problem, an outcome of political changing games, a scapegoat for the irrational spending of the public budget and the lack of administrative skill of the co-ordination and decision forums from the Ministry in charge. The expression that best describes the evolution of the education system in Romania for more than two decades from the change in regime from December 1989 is, undoubtedly, ‘half measure’. Despite good intentions and experiments to make the Romanian education system competitive on a world scale, our system, especially the Higher Education one, does not enjoy international recognition since none of our Universities is listed among the first 500 Higher Education institutions in the world. We do take pride in our results at international Olympiads and in our graduates- especially in IT and Medical Sciences- who are employed by Western European and Northern American companies and institutions, but we also display schools that appear from the 19th century and wages only somewhat higher than the minimum wage that determine the best of graduates to avoid careers in teaching. The authors of this study will try to analyse the latest provisions of the law of education, without pretending to be able to cover the entire problem at hand.

Keywords: Romania, education, reform, law, education system, Higher Education

1. Introduction

We start with assumption the education must play a fundamental role in the evolution of the society, a thing that’s been proven by the western societies, especially by those that knew to provide adaptable educational services, services that answered society's needs. There will be some who will insist on the necessity of a single legislative frame, of certain rules to contribute to increasing the value of the educational system in Romania. But the law is a law that “errs” by being too thick, difficult to read, due to the ambiguity of the terms, its target being, in no manner, as it is stipulated, its direct beneficiaries the pupils and the students. Therefore, it is an improvable law that we shall analyse, considering what is thought to be a society based on knowledge.

This study analyses, in a primary stage, the regulations pertaining to the general frame of the National Education Law, in this case, the stipulations of Title I, for, in the second part

* PhD student in History, Faculty of History and Political Sciences, ‘Ovidius’ University, Constanța, teaching assistant, Faculty of Law, ‘Titu Maiorescu’ University, Bucharest; Masters in History, Faculty of History and Political Sciences, ‘Ovidius’ University, Constanța.

of the material, the authors to deal with some of the aspects regarding the Romanian higher education. We point out that this article is strictly theoretical, but, in the same time, it may provide the foundation for an elaborate research targeting the social and academic effects of the law in force.

2. Some general considerations regarding the Law no 1 dated the 5th of January 2011, in respect to the national education

The National Education Law or the Law No 1/2011, enacted the 5th of January 2011, completed and amended by Laws 166/2011 and 283/2011 and by the Government Emergency Ordinance No 21/2012, being also subject to an amendment, published in The Official Journal (Monitorul Oficial), of Romania, Part 1, No 41/18 of January 2012¹, provides the frame for the exercise, under the authority of the Romanian state, of the fundamental right to education for the duration of one's life², establishing the "structure, the functions, the organisation and the performance of the national public, private and confessional education system"³.

The law, with its subsequent amendments, has 365 articles and an addendum with the list of the 58 definitions of the terms and expression used throughout the text. Among the important aspects of the law are those referring to the principles governing the Romanian educational system, be it the secondary school education, higher, denominated by more and more specialists "tertiary education"⁴, as well as what this regulatory document defines as "lifelong learning"⁵. Thus, Article 3 in Title I – *General stipulations* – enumerates 21 principles of education in Romania, among which: the principle of equity [letter a)], of quality [letter b)], of relevance [letter c)], of decentralization [letter e)], the principle of granting the cultural identity to all of the Romanian citizens and the intercultural dialogue [letter g)], the principle of the assumption, promotion and conservation the national identity and of the cultural values of the Romanian people [letter h)], the principle of ensuring equal chances [letter j)], the principle of the social inclusion [letter o)] and the principle of focusing the education upon its beneficiaries [letter r)]⁶.

It is more than obvious that every stated principle has its purpose, the question that arises is this: does it find its applicability in practice? The authors of this study tend to believe that the answer is "no", especially when it comes to the social inclusion and to equal chances (letters j) and o)) in Article 3. We assert this, based on the high percentage of the recently school dropout, mainly in the case of children belonging to the Romani people [letter h)], by hindering the access of the young, with limited financial possibilities, to the tertiary education etc. These are essential elements that need be discussed in future further research projects.

¹ Art. 1 of ****National Education Law* – cf. of The informatic legislative program LEX EXPERT, accomplished by Compania de Informatică Neamț (Software Company), based on the regulatory documents published in The Official Journal, Partea I, issued until the 31st of May 2012 (in print), f.p.

² *Idem.*

³ *Idem.*

⁴ *Infra*, p. 2. (page of this study – n.n.)

⁵ Art. 1 of ****National Education Law*.

⁶ Art. 3 of ****National Education Law*.

2.1. Essential aspects pertaining to the Law regarding the higher education

Regarding the higher education, the educational sciences specialists discern two models of tertiary education⁷:

a) *The Anglo-Saxon model*, according to which the tertiary education is considered of *private use*, and is to be provided only for those that possess the material and financial means⁸;

b) *The continental European model* – the higher education is of *public use*, and is a service provided entirely by the state⁹.

But the social needs, the lack of economic resources and the increase of the academic numbers, the changes occurring within the labour market, the population mobility at global scale lead towards a composite model of tertiary education services, where the direct beneficiaries of the system cover a smaller or larger per cent, of the cost of the provided services. From this perspective we assist to an uncontrolled increase of the tertiary education services and a lower absorption of graduates by the labour market. Regarding the quality of the higher education, we can assert that, in most cases, the tertiary system trainers¹⁰ have: 1. a respectable moral profile and managing qualities; 2. Solid specific training; 3. Cultural horizon; 4. Educational finesse; 5. Scientific creativity, they prepare continuously and develop two types of relations with the students: 1. Communication (information, emotional and motivational content) and 2. Responsibility (distributing and task redistribution)¹¹. The new National Education Law brings its contribution, by making it mandatory that the university teaching staff in the first category (assistants) hold the title of Sc.D., that the teaching staff keep increasing their professional level to which we are referring.

Title III of the National Education Law is destined for the higher education. It comprises 12 chapters and 118 articles. Chapter I: General Stipulations, Chapter II: Organisational structure of the higher education establishments, Chapter III: Organizing the university studies, Chapter IV: Organizing the post-graduation education, Chapter V: Medical Higher Education, Chapter VI: Military Higher Education and Education regarding the fields of information, public order and national security, Chapter VII: Higher Artistic and Sporting Education, Chapter VIII: Creation and academic research, Chapter IX: Promoting quality within the higher education and in the field of scientific research, Chapter X: Promoting the student focused university, Chapter XI: University board and Chapter XII: Financing and university heritage. In close connection with the stipulations of Title III are those comprised in Chapter II: the statute of the teaching staff, auxiliary and

⁷ Ștefan Costea, *Contemporary Challenges to Tertiary Education*, in Magazine of Scientific Conference „Present and Future in Tertiary Education: challenges, trends, problems”, volume coordinated by Adela Mihaela Țăranu, Publishing House of „Tomorrow’s Romania” Foundation, Bucharest, 2011, pp. 7-15.

⁸ Camelia (Priscopie) Stejar, *Management of Internationalization of Higher Education Services*: doctoral thesis, Academy of Economic Studies of Bucharest, Bucharest, 2011, p. 20.

⁹ *Idem*.

¹⁰ We use the term „trainers”, because the university teaching staff are by excellence people who train people, having in many cases the status of role model.

¹¹ Angelica Pătrașcu, *Responsible teacher: decision-maker and education-maker*, in “Romanian School between the Dynamics of Global Economy and the Flexibility of Educational Offer”, publication edited on the occasion of the National Symposium “Prospects for the Development of Youth Career”, “Dragomir Hurmuzescu” School Group, Scrib Publishing House, Bucharest, 2010, p. 116.

research staff, within the higher education comprised by Title IV of the law: The statute of the teaching staff.

A relevant aspect of the educational system is globalization. From this perspective, the scientific boundaries are those that seem to have disappeared long time ago, a fact emphasized by the numbers provided by the Organization for Cooperation and Economic Development (O.E.C.D.). If in 1975, 600.000 students were enrolled in universities in other countries but the their native country, in 2005 their number reached 2.7 million, the experts estimating that in 2025, there will be 25 million students who will join a university in another country¹².

In the opinion of researchers Jane Knight and Hans de Wit, the increase of students' international mobility has four important motivations: 1. „the academic motivation – given by the need for exchange and competition of ideas, the borrowing/spreading of academic role models”; 2. Socio-cultural motivation; 3. political motivation and 4. Economic motivation¹³. Many international programmes, partnerships between universities and the exchanges of professors/students (for instance: ERASMUS programme) add to it. In this respect, come forth the two paragraphs of article 116, respectively the paragraph (2), which states that „higher education institutions from abroad, legally recognized as such in the state of origin can organize branches on the territory of Romania, alone or in partnership with higher education institutions from Romania, only with the observance of the legislation in force regarding the authorization, accreditation and quality assurance of study programmes” and paragraph (3), according to which „Romanian higher education institutions can organize in Romania or in other countries study programmes that are common with higher education institutions from abroad, recognized as such by the state of origin. In case these programmes are organized abroad, they must observe the legal regulations in force both in Romania and in those states.”

Among the values which must govern the Romanian higher educational system one can enumerate university autonomy, academic freedom, promotion of truth, professional competence, responsibility and social opening¹⁴, values which we can also find among the 12 principles stated in paragraph (1) of article 118 of the regulatory document. Of interest there are the following paragraphs, in which are stated other „healthy” principles such as: the prohibition of any forms of discrimination based on ethnic, sexual, social origin or age, sexual orientation or political orientation criteria, or other forms of discrimination [paragraph (2)], free access for disabled students, meaning that the administration of the universities should provide them ways of access to all university spaces, „as well as conditions for the normal carrying out of academic, social and cultural activities” [paragraph (3)], and related to the provisions of article 116, regarding the possibility of internationalization of university education, paragraph (4), which stipulates that there faculties and research institutes with theological profile may exist only „in agreement with the international ecumenical and irenic perspectives and in accordance with the legal provisions”.

¹² Camelia (Pricopie) Stejar, *op. cit.*, p. 13.

¹³ Jane Knight, Hans de Wit, *non vidi, apud ibidem*, p. 103.

¹⁴ Ion Morărescu, *Values in University Environment: component of tertiary education*, in Magazine of Scientific Conference „Present and Future in Tertiary Education: challenges, trends, problems”, volume coordinated by Adela Mihaela Țăranu, Publishing House of “Tomorrow’s Romania” Foundation, Bucharest, 2011, p. 131.

Among the changes brought by the new law we find those relating to the organization of doctoral studies. A first change would be that the doctoral studies can no longer be considered postgraduate or advanced studies, but they are part of the university training period, respectively 3rd cycle of undergraduate studies. Thus, the paragraph (4) of article 139 stipulates: „Postgraduate Ph.D. programmes may be organized only as ‘with attendance’ form of education”. Another amendment is the amendment brought by GEO no. 21/2012 that stipulates, in article 162, paragraph (1), that the Ph.D. programme may also be organized as co-tutelary, in case the doctoral candidate carries out his/her activity under the guidance of two Ph.D. coordinators, from different countries/university centres or with different specializations, or in case one of the coordinators has reached the age of retirement. The article 67, paragraph (2), stipulates that “a coordinator can guide simultaneously maximum 8 doctoral candidates, who are in various stages of the doctoral studies”, which, according to the authors, is a two-edge sword: on one hand, it assures a thorough control of the Ph.D. coordinator over the disciple and his/her thesis, and on the other hand, it restricts the access to doctoral studies for some of the young who can deal with such a challenge.

Another important provision of the law is related to the classification of the universities in universities based on education, universities of education and scientific research or universities of education and artistic creation and universities of advanced research and education¹⁵. It is recommended, in paragraph (1) of article 194, the creation of university consortia [letter a)] or the merger into a single legal entity of higher education [letter b)], “to promote quality and to increase the efficiency of the higher education system, to increase the international visibility and to concentrate the resources.” Still to this effect, the increase of quality and performances of tertiary education in Romania, one must also read the provisions of articles 197, in which it is stipulated that the state encourages excellence by allocating supplementary funds to highly efficient universities, by minimum 30% more than to the other higher education institutions, and by allocating a “distinctive fund for institutional development.” The lawmaker also has in view the support of individual excellence by study grants or research grants at universities within the country or abroad, grants for performance and completion of research (including doctoral theses), the creation of instruments and mechanisms of support of their professional insertion in the country, in order to bring talent and the training achieved acquisitions to profit and the approval of flexible educational routes, in view of accelerating the itinerary of university studies¹⁶.

3. Conclusions

The first aspect grasped by the authors of this study is that the law is difficult to read and very long, and it does not address to direct beneficiaries, respectively Romanian pupils and students. In the conditions in which emphasis is laid on a supple education, on the simplification of curricula and on the resizing of the information transmitted to pupils and students, on a mobility of the educational process from the retention of the information to the analysis of the phenomena and to conceptualization, especially in higher educational system, a law was required that met the necessities, a flexible law, which should be understood at least by the beneficiaries from high school cycle or by the students.

¹⁵ Art. 193, paragraph (4), letters a) – c) of *National Education Law*.

¹⁶ Art. 198 of *National Education Law*.

The lawmaker exaggerates regarding to the segmentation of educational stages, which is conspicuous in the case of early education (0-6 years of age), when children aged between 0 and 3 are integrated in preschool level, as it is stipulated in article 22 of the law. However, there are many other negative aspects of the law, which require a more ample space, a general effort from those directly targeted by this regulatory document – pupils/students, teaching staff, parents, local and central administration, economic agents.

Among the positive elements of the National Education Law one can count: 1. The lawmakers wanted, and largely succeeded, to introduce in the same text of law the totality of provisions which regulated school and university life in Romania, as well as the education of adults and the other forms of manifestation of the learning process; 2. After a first reading, it is noticed that the law, subsequently amended and supplemented, responds to the need of harmonizing the Romanian legislation with the European legislation, process started ever since the adoption of the Bologna system; 3. The law establishes certain criteria of performance, but also the methods of control regarding their observance.

We mention here the structuring of education stages, except for the abovementioned case¹⁷, in accordance with the Central Classification of Products of United Nations Organization (U.N.O.), which provides 5 distinctive stages: a) elementary education, including the services for pre-schoolers; b) secondary education, comprising theoretical, vocational and technical high school (including the form for the persons with disabilities); c) higher education (technical and vocational post-high school and university graduation services); d) education of adults, stage designed for those persons who are outside the educational system, and e) other forms of education, in which are included all the forms of education which are not listed in the other stages¹⁸, with certain differences, such as the fact that technical and vocational post-high school belongs to the stage of secondary education.

The final conclusion is that the utility of the law is implicit, a unitary law of the educational system was needed, but there are certain provisions which, instead of facilitating, place obstacles in the way of professionalization of the Romanian educational system, making its ascending way towards the elite of universal educational systems more difficult. That is why a reanalyse of the legislation in the field is necessary, as well as its simplification and an authentic redirecting towards the direct beneficiaries. It is also necessary to have a sufficient allocation of funds in this field and the related field of scientific research, at least as long as it is stipulated in article 8 of the law¹⁹. As directions of research we propose: a) the elaboration of a national plan regarding the re-alphabetization of young, including the institutionalized young²⁰, starting from the current situation in this field; b) the initiation and the development of a research and design programme in the field of education, the results of which be the starting point for a real reform of the educational system. We also propose the realization of advantageous tripartite partnerships between the

¹⁷ See the preschool stage (0-6 years), supra p.

¹⁸ Camelia (Pricopie) Stejar, *op. cit.*, pp. 106-107.

¹⁹ “For the funding of national education the government allots every year from the state budget and from the budgets of local public authorities minimum 6% of the gross domestic product of the respective year. In addition, the education units and institutions can obtain and use own incomes independently. For the research activity the government allots every year, from the state budget, minimum 1% of the gross domestic product of the respective year.” – Art. 8 din *National Education Law*.

²⁰ By “institutionalized youth” we understand the youth who attend the day or night classes of high schools, post-high schools or faculties belonging to the Romanian education system, public or private.

school, economic agents and society, which should respond to the changes that occurred at economic, academic and informational level, an activity of patronage from Romanian businessmen who should invest their material and financial resources in the training of tomorrow's specialists.

BIBLIOGRAPHY:

National Education Law, according to the legislative software LEX EXPERT, made by Compania de Informatică Neamț, based on the normative acts published in the Official Gazette, Part I, issued until 31st May 2012 (printed form);

Constantin, Ștefania Sidonia, Olteanu, Dorina Mariana, Romanian Education and the Challenges of Contemporary World, in "Romanian School between the Dynamics of Global Economy and the Flexibility of the Educational Offer", publication edited on the occasion of National Symposium "Prospects for the Development of Young's Careers", "Dragomir Hurmuzescu" School Group, Scrib Publishing House, Bucharest, 2010, pp. 74-76;

Costea, Ștefan, *Provocările contemporane la adresa educației terțiare*, in the Magazine of Scientific Conference "Present and Future in Tertiary Education: challenges, trends, problems", volume coordinated by Adela Mihaela Țăranu, Publishing House Foundation "Romania de Măine", Bucharest, 2011, pp. 7-15;

Ernia, Anda Mirela, Micu, Carla Cristiana, *Parteneriatul educațional: factor esențial în managementul școlar*, în Tiurbe, Virginia, Popa, Rodica (coord.), *Educația permanentă: condiție a eficienței învățământului reformat*, Militans Didactic Publishing House – Teaching-Staff Resource Centre Oradea, Oradea, 2010, pp. 139-144;

Morărescu, Ion, *Valori în mediul universitar: componentă: componentă a educației terțiare*, in Magazine of Scientific Conference "Present and Future in Tertiary Education: challenges, trends, problems", volume coordinated by Adela Mihaela Țăranu, Publishing House Foundation "Romania de Măine", Bucharest, 2011, pp. 127-133;

Pătrașcu, Angelica, *Profesorul-responsabil: factor de decizie și educație*, in "Romanian School between the Dynamics of Global Economy and the Flexibility of Educational Offer", publication edited on the occasion of the National Symposium "Prospects for the Development of Young's Careers", "Dragomir Hurmuzescu" School Group, Scrib Publishing House, Bucharest, 2010, pp. 116-118;

Stejar (Pricopie), Camelia, *Managementul internaționalizării serviciilor de învățământ superior: teză de doctorat*, the Academy of Economic Studies of Bucharest, Bucharest, 2011;

Șandru, Ioana Maria Diana *Îmbunătățirea metodologiei de evaluare internă a performanțelor universităților din România în relație cu sistemele acestora de management al calității: teză de doctorat*, Academy of Economic Studies of Bucharest, Bucharest, 2011.

WOMEN CRIMINALITY – A COMPLEX ISSUE FOR THE UNIVERSAL PUBLIC ORDER

ANCA ELENA BĂLĂȘOIU*

Abstract: The concept of “Women criminality” represents a rather new subject of study in the field of juridical science. Still, national and international statistics have shown that the illegal activities conducted by women have become a phenomenon and a reason for serious concern. There is a new type of women as offenders and we are witnessing an increasing involvement of women in the organized crime.

Keywords: conviction, organized crime, internal/external causes, preventive measurements

General aspects

The concept of “Women criminality” refers to all incriminated deeds committed or behaviors shown by women, either known (accepted criminality) or unknown (black criminality). According to statistics, in USA, in 2004, from a total of 3487 convicted persons waiting on the “death roll”, only 49 were women (1,4 %). From those 49, 27 have been convicted for murdering their husbands and children, 7 of them killing more than 2 persons in the same criminal act. In the same country, in 2010, from a total of 3261 convicts, 61 were women (1,8%); 62% of the murders committed by women against their husbands were a consequence of domestic violence.

In the past 100 years, 40 women were executed in the U.S., 12 of them after 1970, through different methods including hanging, gas chamber, electric chair, lethal injection. One of the most important aspect to notice here is the phenomenon of women killing their children as the main cause for which women are convicted. Also in USA, almost 200 children are killed by their mothers every year. Adding the killing committed by fathers, it has come to the conclusion that 2 to 4 children (age 0 until 4) are killed by their parents every day in USA, which makes this the main cause of infant death in USA, topping the death cases caused by illnesses or accidents.

On national level, in Romania, between 1997 – 2005, 52.320 women were convicted for: theft or other crimes against patrimony – 30%, prostitution – 1709, human trafficking for prostitution – 489, homicide – 700, infanticide – 98. Between 2005 and 2012 the numbers almost doubled, so we are entitled to conclude that women criminality is a phenomenon in ascension.

The most important question regarding women criminality is Why do women commit crimes? Other relevant questions would be: What is the determinant factor in a woman’s mind when she decides to commit a crime? Why do women commit only a few types of crimes? Why, most of the times, women do not confess their crimes? Why female offenders only make 10% of the total number of convicts?

*PhD Candidate, Romanian American University, School of Law, Bucharest.

Evolution and historical facts:

Trough out the history, the phenomenon of women criminality represented a complex and fascinating topic, even though it wasn't until the middle of the 20st Century that scientist decided that the matter deserved to be looked upon.

That is because the percentage of women committing crimes has never been more that 10% of the total number of convicts in most of the countries. Still, in finding the causes and observing the effects on women criminality, it is not the number that counts, but the nature of the crime, the mobile and the follow up behavior. Criminological opinions about women have been different in time:

- Women are worse than men (1800);
- Women have a higher morality than men, but they are weak (1900);
- Women are by far worse than man (1960);
- Women are different from men (1980);
- Women and men are all equal (1990);
- Women and men must be treated equally, but they are different (2000).

The most frequent crime a woman has ever committed is prostitution. The term comes from the Latin words *pro* and *statuere*, which can be translated as “stand out”. This crime has known periods of acceptance in alternation with periods of hard convictions, in Middle Ages period¹.

Also, women were frequently convicted for adultery, polygamy and killing their new born children (neonaticide, infanticide). In the 19th Century, even Cesare Lombroso affected part of his work in studying women as perpetrators. In 1893, he published “La donna delinquente, la prostituta e la donna normale”.

From empirical studies, we move on in observing the first modern thesis dedicated exclusively to women criminality. In 1950, Otto Pollak wrote “The criminality of women”, in which he claimed that women commit as many crimes as men do, but women hide this easier than men, because of the wrong attitude of the society and judicial system regarding women.

When his work was published, critics accused him of exaggerating with the conclusions. Still, Otto Pollack's work marked the beginning point for studying the phenomenon of women criminality, as a distinctive area from the criminality that had men as active subjects². More and more specialists started to analyze the phenomenon, asking the same questions, aiming to find out why and what can we do to put a limit to women committing crimes.

Causes of the phenomenon:

It has come to the conclusion that women criminality represents the result of a complex of factors, such as internal (endogen) factors and external (hexogen) factors. Among internal causes we mention that the biological orientation concluded that is NOT the “criminal genes” that are passed on, but just tendencies like aggressiveness or irritability.

Also on biological level, infirmities or illnesses can create an inferiority complex and problems of social adaptation. In more severe cases, hereditary psychosis or mental debility

¹ <http://en.wikipedia.org/wiki/Prostitution>

² O.Pollak – “The criminality of women”, Ed. University of Pennsylvania Press, USA, 1950.

can lead to a criminal behaviors. Regarding external causes, E. de Greef analyzed the external factors that raised the possibility for women to develop criminal conduct:

- Family environment
- Immediate environment (neighbors, entourage)
- Personal environment (often, women choose their victims from their personal environment – husband, partner, children, work colleagues, friends).

Resuming, a woman is more likely to commit a crime when the following situations appear:

Lack of education that leads to negative behaviors in trying to be successful in life through illegal methods.

Conflicts between poor social environment and a woman's aspirations for higher achievements; contacts with the underground world, subcultures or associations, with individuals that have a delinquent background; profound social changes and/or conflicts, lack of social control³.

H.N. Rafter and E.A. Stanko have identified six “images” of women, how they are being perceived when they commit crimes:

- Women are captive of biological forced beyond their control (infanticide).
- Women have an impulsive behavior, acting on her intuition (theft).
- Women are weak, following their husband/partner blindly (human trafficking).
- Women are easy to impress and manipulate (terrorism).
- Women are active, sometimes acting as men do (mafia, organized crime).
- Women can be purely evil, loosing contact with their gender features.

Therefore, we notice evolvement and diversity in female criminality.

Between 1980 – 1994, scientist observed that the female population in USA prisons had increased with 386%. Not only we have an increasing number of women in prisons, but another worrying fact has draw our attention: women are no longer convicted only for prostitution, theft and infanticide. We have a new profile for criminal women⁴.

Forms of manifestation for women criminality:

Most of the crimes committed by women are against morality (prostitution, adultery), welfare (theft), life (corporal injury, homicide). Also, we must observe the contribution that women have in organized crime.

Women that commit murder usually have an inferiority complex, so they will find the opportunity to be able to control the victim's faith, without much personal contact. Such a woman will act when the victim is asleep so she can suffocate her, when the victim is eating (poisoning) or when the victim stands with the back towards her, so she can attack from behind.

In most cases, women choose someone close to them to kill – husband, partner, children etc. Most of those women don't have a criminal background. Women that commit infanticide are usually unmarried, unemployed and have poor education. Also, they don't

³ R.M. Stanoiu – “Criminologie” (“Criminology”), Ed. Oscar Print, București, 2003, p. 135.

⁴ A. Balan – “Criminalitatea feminina” (“Women Criminality”), Ed. C.H. Beck, București, 2008, p.5

have a criminal background. Women that commit thefts are usually from urban environment, married and have a medium level of education and criminal background. Still, every woman in every particular case must be individually analyzed.

Practical examples of the evolvement of women criminality:

At the beginning of the 18th Century, in France, women were convicted mostly for sexual offences. From the 232 cases with female offenders judged in Arras Court in 1717, 92 were of prostitution, followed by kidnapping, adultery of polygamy.

In 19th Century, cases of murder by poisoning appeared, considered to be something specific for women. Some of the women committing murders in this period remained in history as the most dangerous women of all time.

MARY ANN COTTON (1832-1873), English, was convicted for killing 3 husbands, 8 children, a lover and even her own mother by poisoning. The motif – the state offered 35 pounds for every family member that died. Officially, they would die from “stomach fever”⁵. She was caught after the police made the connection between the press front page news from different parts of the country and Cotton moving around a lot. She received death penalty by hanging.

During World War II, there were several cases of women committing atrocities, as they were members of the army forces and took advantage of their superior position towards the POW prisoners or other types of victims. Cases of ILSE KOCH and IRMA GRESE stand out as they both occupied posts of guardians in prison and concentration camps and use to torture inmates and kill them for pleasure.

In the last part of the 20th Century, women adopted a “masculine” behavior regarding committed crimes, as they got involved in terrorism and organized crime. It is a less known fact, but since 1970, women in Italy started to take over the power from their Mafia Bosses husbands, whenever they were killed or jailed.

For example, Giuseppa (“Giusy”) Vitale (born in 1972), is the sister of Mafia bosses Leonardo, Michele and Vito Vitale from Partinico (Sicily). She took over the command over the clan when her brothers were in prison or fugitives, despite the formal Mafia rule that excludes the participation of women in the criminal organisation. As such she was considered a new breed of 'bosses in skirts'. Later she became a pentita, a state witness breaking the "omertà," or code of silence, testifying against her own family⁶.

Preventive and limitation measurements:

More and more voices suggest that for women, legal systems should apply the so-called “feminine justice”, creating a procedure that would have a different outcome for women. In our opinion, a balance should be created between the present “restoration” justice and principles illustrated in “feminine justice” thesis.

The basic idea regarding Feminine justice is that women suffer a feeling of shame after committing a crime, as they are afraid of the “criminal” etiquette in a much bigger proportion than men. Having that in mind, specialists suggest a different treatment for

⁵ <http://listverse.com/2007/09/09/top-10-most-evil-women/>

⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Category:Mafia_women

female offenders that would include a quicker reintegration in the personal environment after the trial⁷. Also, meetings with the victim and assistance in recuperating the caused prejudice are recommended.

Conclusion:

Women criminality is a complex and increasing phenomenon in the present days. Even though convicted women are fewer than men, the fact of women starting to play men's "roles" in criminal world, especially in organized crime movements are a worrying factor.

A woman with criminal past or tendencies is a threat to the society, as she can be manipulated or used in much easier manner than a man. A complex issue as such calls for complex measurements that should include preventive programs.

BIBLIOGRAPHY

R.M. Stanoiu – "Criminologie" ("Criminology"), ed. Oscar Print, Bucuresti, 2003.

Balan – "Criminalitatea feminina" ("Women Criminality"), ed. C.H. Beck, Bucuresti, 2008.

Pollak O. – "The criminality of women", ed. University of Pennsylvania Press, USA, 1950.

<http://en.wikipedia.org/wiki/Prostitution>

http://en.wikipedia.org/wiki/Category:Mafia_women

<http://listverse.com/2007/09/09/top-10-most-evil-women>

⁷ A.Balan, p. 160

STABILIREA UNOR NORME MINIME LA NIVEL EUROPEAN PRIVIND DREPTURILE, SPRIJINIREA ȘI PROTECȚIA VICTIMELOR CRIMINALITĂȚII

Asist. univ. dr. CRISTIAN-EDUARD ȘTEFAN
*Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”, București,
Subcomisar de Poliție*

Abstract: Crime affects the society and the values protected by it equally affecting individual rights of the victims. Therefore, victims must be recognized and treated respectfully, carefully and professionally when making contact with any public authority under any victim support service or restorative justice, taking into account their personal situation and immediate needs, age, gender, disability and degree of maturity and fully respecting their physical, mental and moral integrity. Throughout the article, the author examines the regulations contained in the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council for establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime.

Keywords: European Union, crime, rights, victims, protection

1. Considerații generale privind victimele criminalității

Ideal ar fi ca, într-o societate liberă, echilibrată, armonioasă, să nu existe niciun fel de pericol de victimizare, fiecare individ fiind deplin securizat că niciodată și nicăieri nu-l pândește vreo primejdie, indiferent de statutul său social, profesional, economic, pe linia vârstei, sexului etc. Din nefericire, însă, fiecare societate se confruntă cu fenomenul infracțional, care, cel puțin în ultimul timp, manifestă o accentuată tendință de creștere. Din punct de vedere psihologic și psihosocial, creșterea ratei criminalității determină intensificarea sentimentului de insecuritate resimțit în general de către indivizi, dar, mai ales, de către cei care prezintă un mai mare risc victimal sau un grad mai mare de vulnerabilitate victimală (copii, femei, persoane în vârstă, handicapați)¹.

În cadrul legislației noastre, atât în Codul penal, cât și în Codul de procedură penală, privitor la raportul infractor-victimă, atenția este concentrată maximal asupra celui ce săvârșește fapta antisocială și mult mai puțin asupra celui ce suportă efectele directe ale comiterii infracțiunii, mai ales în cazul infracțiunilor cu violență (omor, lovituri cauzatoare de moarte, viol, tâlhărie etc.).

Experiența pozitivă a organelor judiciare a scos în evidență faptul că *există mai multe tipuri de victime*²:

- *victime identificate de organele judiciare, dar care nu doresc să declare nimic, din diferite motive:* rușinea față de părinți sau comunitatea din care provin, frica față de

¹ I.T. Butoi; T. Butoi, *Psihologie judiciară (curs universitar)*, Ed. Fundația România de Măine, București, 2004, p. 73.

² G.-I. Olteanu, Iacob A., Gorunescu M., Voicu A.-C. Pop Ș., Dragomirescu B. Ruiu M., Ștefan, C.-E., *Cercetarea activităților structurilor infracționale*, Ed. Sitech, Craiova, 2008, p. 260.

infractor, neîncrederea în organele judiciare, neîncredere inoculată de cele mai multe ori de către infractor, care susține că „are relații în poliție”.

- *victime identificate de organele judiciare, care doresc să ofere informații, dar nu doresc să fie implicate în procesul penal.* În această situație, organele judiciare au obligația profesională de a le asculta și de a valorifica informațiile transmise, fără însă a implica în vreun fel victima;

- *victime identificate de organele de anchetă și care doresc să participe în procesul penal,* acesta fiind cazul ideal, dar și cel mai rar întâlnit în practica judiciară.

- *victime neidentificate,* în ciuda eforturilor susținute ale organelor judiciare și care rămân undeva, în societate, fără a beneficia de protecția legii, de cele mai multe ori într-o stare de exploatare accentuată.

2. Cadrul juridic european privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor criminalității

Protecția victimelor infracțiunilor, în special protecția victimelor infracțiunilor comise cu violență, constituie o preocupare a organismelor europene și a statelor Europei, fundamentată pe rațiuni de echitate și solidaritate socială.

Potrivit Concluziilor Consiliului UE privind o strategie menită să asigure respectarea drepturilor persoanelor care sunt victime ale infracționalității în UE și să îmbunătățească sprijinul acordat acestora, strategia trebuie să se bazeze pe următoarele principii:

- persoanelor care sunt victime ale infracționalității ar trebui să li se acorde asistență și protecție corespunzătoare, în cadrul procedurilor penale, pentru ca aceste persoane să își poată exercita drepturile fundamentale ale omului,

- necesitatea respectării drepturilor atât ale victimei, cât și ale pârâtului, respectarea și nediscriminarea persoanelor care sunt victime ale infracționalității,

- persoanelor care sunt victime ale infracționalității ar trebui să li se acorde posibilitatea de a solicita și obține despăgubiri pentru a repara prejudiciul care le-a fost cauzat,

- este important ca persoanele care sunt victime ale infracționalității să fie tratate în mod corespunzător și profesionist în contactele lor cu reprezentanții sistemului juridic și de aplicare a legii,

- persoanele care sunt victime ale infracționalității ar trebui să aibă acces adecvat la informații relevante pentru cauza acestora și necesare pentru protecția intereselor și exercitarea drepturilor acestora, pe cât posibil într-o limbă pe care o înțeleg,

- persoanele care sunt victime ale infracționalității ar trebui protejate, pe cât este posibil, de victimizarea secundară și repetată,

- persoanelor care sunt victime ale infracționalității și care se găsesc într-o situație sau stare foarte vulnerabilă ar trebui să li se acorde atenție și îngrijiri speciale,

- dacă este cazul, membrii apropiați ai familiei persoanelor care sunt victime ale infracționalității ar trebui, de asemenea, să beneficieze de asistența și protecția oferite persoanelor care sunt victime ale infracționalității,

- legislația și politicile noi sau modificate ar trebui să urmărească asigurarea respectării drepturilor și îmbunătățirea sprijinului acordat victimelor, în cadrul procedurilor penale,

- legislația și politicile, noi sau modificate, ar trebui să se bazeze pe bunele practici, pe evaluarea legislației și politicilor existente și pe cunoștințe empirice.

Programul de la Stockholm și planul de acțiune aferent plasează protecția victimelor criminalității și stabilirea de standarde minime ca fiind o prioritate strategică. Potrivit unei statistici Eurostat din anul 2007, aproximativ 15% din populația UE, respectiv 75 milioane de cetățeni³ sunt afectați în mod direct de cele 30 de milioane de infracțiuni comise anual în UE.

Există o serie de reglementări anterioare pentru asigurarea protecției victimelor criminalității (Decizia-cadru 2001/220/JAI privind statutul victimelor în cadrul procedurilor penale, Directiva 2004/80/CE privind despăgubirea victimelor criminalității), însă aplicarea acestora a fost deficitară și nici nu cuprind toate măsurile necesare. În egală măsură, legislațiile Statelor Membre sunt foarte diferite, iar dinamica socială creează noi cerințe de reglementare.

Întrucât în UE, activitatea de cooperare judiciară în materie penală se bazează pe principiul recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești și a deciziilor judiciare, trebuie creat un climat de încredere, în care toate părțile implicate în procesul penal să aprecieze ca adecvat caracterul normelor din fiecare Stat Membru și să fie sigure că acestea sunt aplicate corect. Atunci când victimele criminalității nu beneficiază de aceleași standarde minime în întreaga UE, această încredere poate fi subminată din cauza diferențelor de tratament a victimelor sau din cauza diferențelor dintre normele procedurale.

Aceste norme minime comune ar trebui să contribuie și la promovarea unei culturi în materie de drepturi fundamentale, precum și la reducerea obstacolelor în calea liberei circulații a cetățenilor. Propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului de stabilire a unor norme minime privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor criminalității este un instrument orizontal care urmărește să garanteze că toate victimele beneficiază de anumite drepturi și măsuri de sprijin și protecția în baza unei evaluări individuale a nevoilor fiecăruia.

Inițiativa se înscrie într-un cadru bine delimitat de obiectivul global privind menținerea și dezvoltarea unui spațiu de libertate, securitate și justiție, în cadrul căruia se asigură libera circulație a persoanelor. Fundamentul său este principiul recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești și a altor decizii ale autorităților judiciare, adoptate în cadrul UE.

Propunerea urmărește garantarea unui nivel minim de drepturi în UE pentru victimele infracțiunilor. În acest sens, sunt propuse măsuri care:

- Să garanteze tratamentul respectuos și informarea completă și corectă a victimelor și persoanelor care le însoțesc, cu privire la drepturile lor,
- Să ofere o protecție specială victimelor vulnerabile,
- Să ofere victimelor servicii de asistență juridică, financiară, psihologică și practică⁴,
- Să asigure comunicarea într-o limbă pe care victimele o înțeleg,
- Să asigure acces efectiv la despăgubiri și la repararea prejudiciului suferit.

³ Adeseori, criminalitatea afectează mai mult de o victimă, iar persoanele apropiate victimelor suferă, la rândul lor, consecințe indirecte. Se poate estima cu suficientă certitudine că aproximativ 75 de milioane de persoane sunt, anual, victime directe ale criminalității.

⁴ Criminalitatea poate avea un efect devastator asupra victimelor, care pot fi traumatizate sau incapabile să facă față problemelor practice, consecințe ale unei infracțiuni. În cazul în care infracțiunea este denunțată, victima va trebui să facă față complexităților sistemului judiciar. Prin urmare, sprijinul prompt și adecvat este esențial pentru a ajuta victimele să depășească obstacolele psihologice, practice, administrative și juridice, și să își revină. În ciuda activității desfășurate de serviciile existente de sprijinire a victimelor, această asistență nu este în prezent întotdeauna ușor accesibilă.

Obiectivele specifice pentru garantarea respectării și satisfacerii nevoilor victimelor criminalității sunt vaste și se regăsesc într-o serie de alte politici ale UE, inclusiv privind traficul de persoane, abuzul și exploatarea sexuală a copiilor și pornografia infantilă, și sunt coerente cu abordările adoptate în aceste domenii. Măsurile propuse se sprijină pe instrumentele existente pe care le completează și instaurează standarde minime cu privire la drepturile victimelor, pentru a îmbunătăți, în cadrul legislației UE și al activităților acesteia, mediul general de protecție a tuturor victimelor criminalității sub toate formele acesteia.

Propunerea de Directivă garantează că în Statele Membre ale UE:

- Victimele sunt tratate cu respect, iar poliția și magistrații beneficiază de pregătirea necesară pentru a instrumenta în mod corespunzător aceste situații,
- Victimele primesc informații referitoare la drepturile de care beneficiază și la cazul lor într-o formă pe care o pot înțelege,
- Toate Statele Membre dispun de servicii de sprijinire a victimelor,
- Victimele pot participa la procedurile judiciare și sunt sprijinite să participe la acest proces,
- Victimele vulnerabile⁵ (copii, victimele violurilor, cele cu dezabilități) sunt identificate și protejate în mod corespunzător,
- Victimele beneficiază de protecție pe durata investigațiilor derulate de poliție și în timpul procedurilor judiciare.

Instrumentele specifice privind actele de terorism, traficul și exploatarea sexuală a minorilor, pornografia infantilă răspund nevoilor specifice ale anumitor grupuri de victime ale infracțiunilor, iar Propunerea de Directivă urmează să stabilească cadrul orizontal de abordare a nevoilor tuturor victimelor criminalității, indiferent de tipul infracțiunii, de circumstanțe sau de locul în care fapta a fost comisă.

Problema drepturilor victimelor prezintă, de asemenea, o dimensiune de gen. Femeile sunt deosebit de expuse la formele ascunse și nedenumțate de violență. Consiliul European estimează că între 20 și 25% dintre femeile din Europa au suferit acte de violență fizică cel puțin o dată în decursul vieții adulte, între 12 și 15% sunt victime ale violenței conjugale, iar peste 10% sunt victime ale violenței sexuale⁶.

La data de 12 septembrie 2012, a fost adoptată Rezoluția legislativă a Parlamentului European referitoare la propunerea de directivă a Parlamentului European și a Consiliului privind stabilirea unor standarde minime privind drepturile, sprijinul acordat și protejarea victimelor criminalității.

În ceea ce privește art. 2, lit. a) al propunerii, definiția pentru victimă care include noțiunea de membri ai familiei unei persoane al cărei deces a fost cauzat de o infracțiune este un principiu important al directivei, întrucât scopul propunerii de act normativ este de a se asigura că toate victimele criminalității beneficiază de norme minime în întreaga UE.

⁵ Categoriile victimelor vulnerabile sunt copiii, persoanele cu handicap, victimele violenței sexuale și ale traficului de persoane. În plus, victimele pot fi vulnerabile din alte motive legate de caracteristicile lor personale (de exemplu, nivel ridicat de frică și stres, riscul de a fi victimă a intimidării sau a violenței repetate, sau o situație personală, socială sau economică de așa natură încât victimei îi este greu să facă față consecințelor infracțiunii sau să înțeleagă procedurile judiciare) și/sau tipul și natura infracțiunii (de exemplu, terorismul, criminalitatea organizată, infracțiunile bazate pe discriminare sau pe diferențele de gen). De exemplu, victimele criminalității organizate sunt deosebit de vulnerabile la intimidarea și violența repetată din partea autorilor infracțiunii și pot avea nevoie de măsuri speciale de protecție.

⁶ *Studiu analitic privind violența împotriva femeilor*, Consiliul European, 2006.

În ceea ce privește observația unor state că în directivă nu este indicat un moment inițial și unul final de încetare a calității de victimă, Comisia Europeană a opinat în mai 2012 că o persoană devine victimă atunci când împotriva acesteia este săvârșită o infracțiune, iar autoritățile sunt obligate să constate drepturile victimelor, în funcție de nevoile sale individuale, de îndată ce acestea sunt în contact cu victima. În ceea ce privește un punct final al calității de victimă, Comisia Europeană a opinat la aceeași dată că nu ar trebui stabilit un moment de încetare, întrucât ar împiedica victima să își exercite drepturile sale la o dată ulterioară (de exemplu, atunci când procedurile penale sau judiciare sunt redeschise ca urmare a apariției unor indicii sau probe noi importante pentru cauză).

Textul propunerii Directivei este alcătuit din următoarele capitole:

a) Capitolul I *Dispoziții generale*, care cuprinde aspecte referitoare la obiectivele proiectului de act normativ și definirea unor termeni.

b) Capitolul II *Furnizarea de informații și sprijin*, care cuprinde aspecte referitoare la: dreptul de a înțelege și de a se face înțeles, dreptul de a primi informații încă de la primul contact cu o autoritate competentă, drepturile victimelor în momentul formulării unei plângeri, dreptul de a primi informații cu privire la propria cauză, dreptul la servicii de interpretariat și traducere, dreptul de acces la serviciile de sprijinire a victimelor.

c) Capitolul III *Participarea în procedurile penale*, care cuprinde dispoziții referitoare la: dreptul de a fi audiat, drepturi în cazul unei hotărâri de neîncepere a urmăririi penale, dreptul la garanții în contextul serviciilor de justiție reparatorie, dreptul la asistență juridică, dreptul la rambursarea cheltuielilor, dreptul la restituirea bunurilor, dreptul de a obține în cadrul procedurilor penale o decizie privind despăgubirile din partea autorului infracțiunii, drepturile victimelor care au reședința în alt Stat Membru.

d) Capitolul IV *Protecția victimelor și recunoașterea victimelor cu nevoi de protecție specifice*, care cuprinde dispoziții referitoare la: dreptul la protecție, dreptul la evitarea contactului dintre victimă și autorul infracțiunii, dreptul la protecție al victimelor în cursul cercetării, dreptul la protecția vieții private, dreptul la protecție în cursul procedurilor penale de care beneficiază victimele cu nevoi specifice de protecție, dreptul la protecție al victimelor-copii în cursul procedurilor penale.

e) Capitolul V *Alte dispoziții*, care cuprinde aspecte referitoare la formarea practicienilor, cooperarea și coordonarea serviciilor.

f) Capitolul VI *Dispoziții finale*, care cuprinde aspecte referitoare la transpunerea directivei, furnizarea de date și statistici și intrarea în vigoare a actului comunitar.

3. Concluzii

Legislația UE în vigoare nu este adecvată pentru îmbunătățirea situației victimelor – este vagă, nu conține obligații concrete și aplicarea sa nu poate fi garantată, motiv pentru care este aplicată inadecvat de către Statele Membre. Nevoile victimelor criminalității nu sunt luate suficient în considerare în Statele Membre ale UE, iar victimele nu obțin recunoaștere și respect, protecție, sprijin, acces efectiv la justiție, la despăgubiri și la repararea prejudiciului suferit.

În concluzie, este important un grad mai mare de protejare a victimelor în vederea reducerii la minim a impactului general al criminalității, pentru a ajuta victimele să depășească consecințele fizice și psihice ale infracțiunii.

De asemenea, în adoptarea și punerea în aplicare a noilor instrumente de protecție a victimelor criminalității, este deosebit de important să se aibă în vedere nevoia de sprijin și asistență pe care o au minorii în cazul unor infracțiuni. De aceea, normele minime privind ajutorul acordat minorilor care au devenit victime ale unor infracțiuni ar trebui să fie incluse cât mai clar și neechivoc cu putință în legislația UE, fără a se limita doar la declarații de intenție.

BIBLIOGRAFIE

Butoi, Ioana Teodora, Butoi, Tudorel, *Psihologie judiciară-curs universitar*, Ed. Fundația România de Măine, București, 2004

Comunicarea Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social și Comitetul Regiunilor „Consolidarea drepturilor victimelor în Uniunea Europeană”, Bruxelles, 18 mai 2011

Olteanu G.-I., Iacob A., Gorunescu M., Voicu A.-C., Pop Ș., Dragomirescu B., Ruiu M., Ștefan C.-E., *Cercetarea activităților structurilor infracționale*, Ed. Sitech, Craiova, 2008

Opinie privind fondul Propunerii de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului de stabilire a unor norme minime privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor criminalității, COM (2011) 275, Parlamentul României, Camera Deputaților, București, 2011

Proiect de opinie privind fondul Propunerii de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului de stabilire a unor norme minime privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor criminalității, COM (2011) 275, Parlamentul României, Camera Deputaților, Comisia pentru afaceri europene, București, 2011

Propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului de stabilire a unor norme minime privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor criminalității, COM (2011) 275

Studiu analitic privind violența împotriva femeilor, Consiliul Europei, 2006

CONSIDERAȚII GENERALE PRIVIND DREPTUL FAMILIEI ȘI INTERFERENȚA ACESTUIA CU ALTE RAMURI DE DREPT

Prof. univ. dr. ȘTEFAN COCOȘ
Universitatea „Spiru Haret” Brașov

1. Noțiunea relațiilor de familie. Familia fenomen social

Definirea precisă și riguroasă a noțiunii relațiilor de familie implică dificultăți cauzate de considerentul că acest fenomen social care este familia constituie obiect de cercetare a unor variate și numeroase științe, respectiv: sociologia, dreptul, psihologia, medicina, științele istorice și multe altele, fiecare încercând să surprindă aspectele caracteristice din propriul punct de vedere¹. De asemenea, însuși legiuitorul a dat accepțiuni variate acestei noțiuni, fără a avea o consecvență și rigurozitate în acest sens².

Familia este o formă de relații sociale dintre oamenii legați între ei prin căsătorie și rudenie. Din familie fac parte: soții, părinții și copiii, precum și, uneori, alte persoane între care există relații de rudenie. Și soții singuri, fără copii, formează o familie³.

2. Noțiunea sociologică și juridică a familiei

În sens sociologic⁴, familia, ca formă specifică de comunitate umană, desemnează grupul de persoane unite prin căsătorie, filiație sau rudenie, care se caracterizează prin comunitate de viață, interese și întrajutorare.

Luând naștere prin căsătorie, familia începe a fi formată din soți. Sociologii⁵ disting familia simplă (nucleară), formată din părinți și copiii lor necăsătoriți și familia extinsă (largă) formată și din alte persoane decât în primul caz. În sens restrâns, familia, ca nucleu social elementar, cuprinde pe soți și pe descendenții necăsătoriți ai acestora. Această familie structurată pe două generații, a luat locul familiei tradiționale, structurată pe mai multe generații, existentă în societățile cu o economie nedezvoltată, rurală.

În sens juridic⁶, familia desemnează grupul de persoane între care există drepturi și obligații care izvorăsc din căsătorie, rudenie, adopție, precum și din alte raporturi asimilate relațiilor de familie. În acest înțeles, familia este o realitate juridică prin reglementarea ei de către lege.

De regulă, cele două noțiuni coincid, dar există și situații în care această corespondență nu există. De exemplu:

- în cazul desfacerii căsătoriei prin divorț relațiile de fapt, în sens sociologic încetează între soți pentru că nu mai există între ei o comunitate de viață și interese, doar unele drepturi și obligații, deci relații de familie în sens juridic continuă să existe.

¹ A. Bacaci, C. Hageanu, V. Dumitrache, *Dreptul familiei*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 1.

² *Idem.*

³ I.P. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 1.

⁴ *Idem.*

⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁶ *Idem.*

- când copilul este încredințat unei instituții de ocrotire încetează relațiile de fapt între acesta și părinții lui, nu însă și relațiile juridice – care constau în obligația de a plăti contribuția la întreținerea copilului.

3. Funcțiile familiei⁷

A. Funcția de perpetuare a speciei umane; reproducerea populației

Condițiile naturale de dezvoltare a familiei trebuie să fie privite în strânsă legătură cu relațiile sociale, atât din cadrul familiei, cât și din societate. Funcția biologică a familiei poate fi influențată, într-o anumită măsură, de către societate. Creșterea populației depinde, în mod nemijlocit, de structura economică a societății, de structura diferitelor organisme sociale și de politica societății privind natalitatea. Sprijinirea și stimularea creșterii natalității se realizează, în bună măsură, prin mijloace juridice.

B. Funcția economică. Își găsește expresia în ducerea în comun a gospodăriei casnice și în comunitatea de bunuri a soților, în ajutorul acordat membrilor ei aflați în nevoie din cauza incapacității de a munci, exprimându-se și în caracterul de unitate de producție pe care-l are aceasta.

C. Funcția educativă. Educația și instruirea primite în familie sunt hotărâtoare în formarea caracterului și personalității viitoare a tinerilor. Educația în familie are scop formarea unui om cu dezvoltare multilaterală și armonioasă, părinții fiind datori să crească copilul, îngrijind de sănătatea și dezvoltarea lui fizică, de educarea, învățatura și pregătirea profesională a acestuia, potrivit cu însușirile lui, și având dreptul de a asigura, potrivit propriilor convingeri, educarea copiilor minori a căror răspundere le revine.

4. Însemnătatea relațiilor de familie

Aceasta este determinată în primul rând de funcțiile familiei. Apoi, în cadrul acestora apar aspecte multiple, cum ar fi cele morale, psihologice, economice, de unde rezultă complexitatea lor care nu există în alte categorii de relații sociale.

Relațiile de familie:

- ajută sociologia în studiile sale;
- ajută demografia care realizează, pe de o parte, recensământul și compară datele despre familie: nașteri, căsătorii, divorțuri;
- ajută psihanaliza în cercetările privind relațiile de familie.

5. Definiția⁸ dreptului familiei

Dreptul familiei reprezintă totalitatea normelor juridice care reglementează raporturile personale și patrimoniale care izvorăsc din căsătorie, rudenie, adopție și raporturile asimilate de lege, sub anumite aspecte, cu raporturile de familie, în scopul ocrotirii și întăririi familiei.

6. Obiectul⁹ dreptului familiei

Obiectul dreptului familiei îl formează raporturile de familie, și anume:

A. Raporturile de căsătorie – respectiv: încheierea căsătoriei, desființarea, încetarea căsătoriei și desfacerea căsătoriei.

⁷ I.P. Filipescu, *op. cit.*, p. 4.

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibidem*, p. 6.

B. Raporturile care rezultă din rudenie – *Rudenia* este legătura dintre mai multe persoane care coboară unele din altele (în linie directă) sau care, fără a coborî unele din altele, au un ascendent comun (în linie colaterală).

C. Raporturile ce rezultă din adopție – la noi există numai adopția cu efectele unei filiații firești.

D. Unele raporturi care sunt asimilate de lege, sub anumite aspecte, cu raporturile de familie:

- relații, rezultând din luarea spre creștere a unui copil, fără întocmirea formelor cerute de lege pentru adopție;
- relațiile dintre un soț și copiii celuilalt soț;
- unele relații între foștii soți;
- raporturi dintre moștenitorii unei persoane care a fost obligată la întreținerea unui minor.

7. Evoluția dreptului familiei în România și modificările legislative intervenite

Dreptul familiei în sistemul nostru de drept nu a apărut dintr-o dată, prin punerea în aplicare a Codului familiei. Acesta a fost precedat de o serie de acte normative, care, în succesiunea lor, au marcat desprinderea dreptului familiei din dreptul civil¹⁰.

Începutul acestei evoluții îl constituie Constituția din 1948 care cuprinde prevederi și în domeniul relațiilor de familie, precum:

- egalitatea între bărbat și femeie;
- statul acordă protecție căsătoriei, familiei, mamei și copilului;
- părinții au față de copiii născuți în afara căsătoriei aceleași obligații ca și față de cei din căsătorie.

Art. 105 al acestei Constituții dispunea expres revizuirea codurilor și a legilor pentru punerea lor în concordanță cu Constituția, precizând că la intrarea sa în vigoare sunt abrogate toate dispozițiile Codului civil care erau potrivnice principiului egalității între bărbat și femeie, adică cele care stabileau o inegalitate între tată și mamă față de copiii lor.

Constituția din 1952 cuprinde de asemenea prevederi legate de relațiile de familie:

- egalitatea femeii cu bărbatul în toate domeniile vieții economice, politice, de stat, culturale;
- statul ocrotește căsătoria și familia și apără interesele mamei și copilului;
- statul acordă ajutor mamelor cu mulți copii și celor singure, condiții de plată a femeilor gravide.

Constituția din 1952 a dat posibilitatea consacării dreptului familiei ca ramură de drept de sine-stătătoare prin punerea în aplicare a Codului Familiei¹¹. Acesta se completează cu o serie de acte normative ulterioare.

Constituția din 1965 cu modificările ulterioare a avut și dispoziții de dreptul familiei.

Constituția din 1991 cuprinde unele dispoziții privind dreptul familiei ca:

- familia se întemeiază pe căsătoria liber consimțită;
- egalitatea soților;
- drepturile și obligațiile părinților de a asigura creșterea, educația și instruirea copiilor;

¹⁰ I.P. Filipescu, *op. cit.*, p. 7.

¹¹ Legea nr. 4/1953; Decretul nr. 32/1954.

- regim special de protecție și de asistență pentru copii și tineri în realizarea drepturilor acestora;
- egalitatea copilului din afara căsătoriei cu cel din căsătorie;
- căsătoria civilă;
- ocrotirea vieții familiale;
- asigurarea dreptului la învățătură a copiilor și tinerilor etc.

8. Interferența dintre dreptul familiei și alte ramuri de drept

Raporturile juridice sunt complexe și, în numeroase cazuri, ele cuprind caracteristici proprii multor ramuri de drept. În acest context, variatele ramuri de drept nu se exclud reciproc, ci se aplică separat sau cumulativ în funcție de materia reglementată, într-o interferență și condiționare reciprocă. Astfel, și dreptul familiei se află în legătură cu celelalte ramuri de drept, cum ar fi: dreptul constituțional, dreptul civil, dreptul financiar, dreptul procesual civil, dreptul muncii etc.

Interferența cu dreptul constituțional rezultă din unele principii generale ale familiei reglementate de Constituție, cum ar fi:

- principiul căsătoriei liber consimțite între soți;
- principiul egalității soților;
- principiul dreptului și îndatoririi părinților de a asigura creșterea, educația și instruirea copiilor;
- principiul egalității în fața legii a copiilor din afara căsătoriei cu cei din căsătorie;
- principiul protecției copiilor și a tinerilor etc.

Interferența cu dreptul civil rezultă din faptul că în dreptul românesc, ca de altfel și în alte sisteme de drept europene, dreptul familiei este o componentă a dreptului civil, în sens larg, relația dintre aceste ramuri fiind de la parte la întreg.

Fără a nega apartenența dreptului familiei la marea grupare „drept privat”, totuși suntem în prezența unei ramuri juridice autonome, de egală importanță cu dreptul civil¹².

Interferența dintre dreptul familiei și dreptul civil rezidă mai ales în faptul că dispozițiile dreptului familiei se completează cu cele ale dreptului civil, care constituie „dreptul comun”¹³.

Interferența cu dreptul muncii rezultă din însăși obiectul dreptului muncii care este format din raporturile juridice de muncă născute din contractul individual de muncă și din raporturile de muncă conexe lor¹⁴.

Munca se poate presta într-o multitudine de forme sau modalități care se integrează, potrivit specificului, diverselor ramuri de drept¹⁵. Alte ramuri cu care se interferează dreptul familiei sunt dreptul procesual civil, dreptul penal, dreptul procesual penal, dreptul internațional privat etc.

¹² I.P. Filipescu, *op. cit.*, p. 20.

¹³ *Idem.*

¹⁴ G. Măgureanu, *Dreptul muncii și securității sociale*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 8.

¹⁵ *Idem.*

BIBLIOGRAFIE

- Constituția României
- Codul civil al României
- A. Bacaci, C. Hageanu, V. Dumitrache, *Dreptul familiei*, Ed. All Beck, București, 1999
- I.P. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, Ed. All Beck, București, 2000
- D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2011
- G. Măgureanu, *Dreptul muncii și securității sociale*, Ed. Universul Juridic, București, 2010

ORGANIZAREA INSTANȚELOR JUDECĂTOREȘTI ÎN SISTEMUL PROCEDURII EXTRAORDINARE: COGNITIO EXTRAORDINARIA

Prof. univ. dr. ȘTEFAN COCOȘ
Universitatea „Spiru Haret” Brașov

1. Origine

Termenul de *cognitio*¹ – cercetarea cauzei de către un magistrat, sau mai târziu de un funcționar imperial, privea o serie de situații diferite din care s-a dezvoltat în perioada imperiului, în special a dreptului postclasic, procedura civilă extraordinară – *extraordinem iudiciorum privatorum* – care a înlocuit procedura civilă normală – *ordo iudiciorum privatorum*.

Datorită schimbărilor economice, sociale și politice din secolul al III-lea, dar mai ales datorită faptului că Imperiul Roman a devenit în mod fățiș o monarhie absolută, împăratul nu mai avea niciun interes să mențină vechile instituții din vremea principatului. În aceste condiții, judecătorul nu mai putea fi un simplu particular. El trebuia să fie un funcționar supus controlului împăratului.

Acestea erau cauzele care au determinat dispariția² procedurii formulare și constituie originea procedurii extraordinare. Chiar din epoca dreptului clasic unele procese nu mai erau judecate conform procedurii formulare, ci conform regulilor justiției administrative, adică ale raporturilor dintre particulari și stat³.

2. Comparație cu celelalte proceduri

Procedura legisacțiunilor era caracterizată prin desfășurarea procesului în două etape, respectiv *in iure* (în fața magistratului) și *in iudicio* (în fața judecătorului). Același lucru caracteriza și procedura formulară, după cum am văzut.

În cadrul procedurii extraordinare dispărea această caracteristică care consta în divizarea procesului în cele două etape. Deci, aici procesul se desfășoară în fața unei singure instanțe, de la început și până la darea hotărârii, instanța fiind reprezentată de una și aceeași persoană, magistratul sau înaltul funcționar, adică magistratul judecător. Formula dispărea deoarece acesta nu putea să-și trimită formula lui însuși⁴.

Denumirile vechilor acțiuni – directe și utile, civile, pretoriene etc. existente în textele lui Justinian – sunt numai aparente, căci, în realitate, după cum el însuși arăta, nu exista nicio diferență între ele⁵.

În dreptul lui Justinian acțiunea nu mai este caracterizată după formulă, căci aceasta a dispărut, ci după natura raportului juridic.

¹ I. Coroi, *La payrologie et l'organisation judiciaire sous le principat*, Bruxelles, 1939, pp. 615-662.

² C., 3. 36. 7; C., 33. 2. pr.

³ S. Riccabono, *Bulletino dell' Instituto di diritto romano „Vittorio Scialoja”*, Milano, 1952, pp. 55 și 56.

⁴ C. St. Tomulescu, *op. cit.*, p. 114.

⁵ Paul, D., 3. 5. 46. 1.

Odată cu dispariția formulei *dispare* partea accesorie a formulei – *exceptio* – și orice excepție este minorie⁶.

3. Organizarea instanțelor⁷

Pentru a înțelege mai bine organizarea instanțelor judecătorești în epoca dreptului postclasic, respectiv în Dominat sau Monarhia absolută vom prezenta un punct de vedere plecând din prezent spre trecut. Astfel, astăzi, dacă avem această organizare piramidală de la vârf până la unitățile de bază – adică o ierarhie dispusă în piramidă, formată din judecătorie, tribunal, curte de apel⁸ – se datorează tocmai acestui model moștenit din sistemul roman.

Funcționarii judecătorești fac parte din ierarhia funcționarilor administrativi.

În vârful acestei ierarhi administrative se afla împăratul, care era și judecătorul suprem. După el, pe o treaptă inferioară, urmau prefectii pretoriului (*praefecti praetorio*) din cele patru prefecturi ale Imperiului.

În provincii judecau guvernatorii (*rectores, praesides provinciae*), iar în capitală, supremul judecător era prefectul orașului (*praefectus urbi*).

În afară de această organizare judecătorească de drept comun, existau și instanțe speciale, respectiv militare, fiscale, bisericesti⁹.

4. Procedura de judecată

Procedura extraordinară cunoaște forme specifice, după cum urmează¹⁰: procedura prin *denuntiatio*, procedura prin *rescript*, procedura prin *litis denuntiatio* și procedura prin *libel*.

Procedura prin *denuntiatio* consta în introducerea unei notificări (*denuntiatio*), adresată de reclamant pârâtului cu caracter semioficial, adică cu autorizația magistratului, ce conținea pretențiile sale și invitația de a se prezenta în fața magistratului la o anumită dată.

Procedura prin *rescript* se realiza de către împărat, care putea judeca orice proces, dacă partea făcea o cerere (numită *supplicatio*) adresată acestuia. El fie că judeca procesul și dădea un decret, fie că trimitea cauza instanței inferioare printr-un *rescript*.

Procedura prin *litis denuntiatio* consta în remiterea notificării procesului nu de către reclamant pârâtului, ci de către un funcționar inferior¹¹.

Procedura prin *libel*¹² constituie cererea de citare a reclamantului (*libellus conventionis*) către autoritate care prezenta pretențiile sale. Judecătorul putea acorda sau nu permisiunea de citare prin expresiile: *dare, denegare actionem*.

Părțile se prezentau în fața magistratului judecător, personal sau prin reprezentanți. Procesul avea loc într-o clădire, în prezența părților, magistratului, avocaților și a unor funcționari judecătorești¹³.

⁶ Gaius, 4. 106; Inst., 4. 13. 5.; Cicero, De or., 1. 37. 168; P. Collinet, *Libelle*, p. 316 și urm.

⁷ Vl. Hanga, M. Jacotă, *op. cit.*, p. 99.

⁸ F. Măgureanu, G. Măgureanu Poptean, *Organizarea sistemului judiciar*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 69.

⁹ G. Cornil, *Droit romain*, Bruxelles, 1921, pp. 463 și 464.

¹⁰ C. St. Tomulescu, *op. cit.*, p. 115.

¹¹ *Idem*.

¹² P. Collinet, *Libelle*, p. 316 și urm.

¹³ E. Molcuț, D. Oancea, *op. cit.*, p. 89.

5. Hotărârea de judecată, executarea ei și apelul

Sentiința de condamnare era citită în public și trebuia executată de cel care a pierdut procesul. Față de procedurile anterioare, aceasta purta asupra lucrului în litigiu (*in rem ipsam*¹⁴) și dacă pârâtul satisfăcea pe reclamant în cursul procesului se dădea o sentiință de absolvire.

Cheltuielile de judecată erau suportate de partea care pierdea procesul.

Pentru executarea sentiinței se făcea apel la organele statului (*manu militari*). Dacă nu se putea face executarea în natură, se proceda la vânzarea bunurilor fostului pârât, acum debitor.

Apelul constituia calea de atac a părții nemulțumite împotriva sentiinței. Se făcea fie în scris, fie oral, într-un termen de 2-3 zile și de 10 zile în dreptul lui Justinian¹⁵.

Se introducea la instanța care a dat hotărârea și aceasta era obligată să-l trimită instanței superioare. Era suspensiv de executare și, dacă cel care promovase apelul pierdea din nou, procesul era pedepsit cu o amendă al cărei quantum era lăsat la aprecierea judecătorului¹⁶.

¹⁴ C., 7, 45, 14: I., 4, 6, 32.

¹⁵ G. Cornil, *op. cit.*, p. 480.

¹⁶ C., 7, 62, 6, 4, 294.