

CONTEMPORARY LEGAL INSTITUTIONS

Volume 7, nr. 1

2015

Indexare internațională: www.ebscohost.com, www.repec.com, www.proquest.com, www.ssrn.com – baze de date internaționale recunoscute pentru domeniul științelor juridice (conform Anexei 1 pct. 1 din Ordinul ministrului educației, cercetării, tineretului și sportului nr. 4691/2011)

GENERAL MANAGER
Ovidiu FOLCUT

EDITOR IN CHIEF
Florea MĂGUREANU

EDITORIAL BOARD

Ion DOGARU	Romanian Academy
Mircea DUȚU	Legal Research Institute, Romanian Academy
James K. MCCOLLUM	University of Alabama in Huntsville, SUA
Stephen R. BOWERS	Liberty University, Lynchburg, Virginia, USA
Charles F. HICKMAN	University of Alabama in Huntsville, SUA
Andrei POPESCU	Judge of the European Union Tribunal, within the European Court of Justice
Jana COSTACHE	Chisinau University, Republic of Moldova
Ion ROTARU	Academy of Economic Studies of Republic of Moldova
Moise BOJINCĂ	„Constantin Brâncuș” University of Târgu Jiu, Romania
Ioan LEȘ	„Lucian Blaga” University of Sibiu, Romania
Maria VOINEA	Bucharest University, Romania
Mihaela PRUNĂ	Romanian-American University, Romania
Brândușa ȘTEFĂNESCU	Academy of Economic Studies, Romania
Ion Traian ȘTEFĂNESCU	Academy of Economic Studies, Romania
Dan Claudiu DĂNIȘOR	Craiova University, Romania
Viorel ROȘ	Nicolae Titulescu University, Romania
Florea MĂGUREANU	Romanian-American University, Romania
Florian COMAN	Romanian-American University, Romania
Florin SANDU	Romanian-American University, Romania
Theodor MREJERU	Romanian-American University, Romania
Ioan SABĂU-POP	„Petru Maior” University, Tg. Mureș
Stefan PRUNĂ	Al. I. Cuza Police Academy, Romania
Lucian BERCEA	West University of Timișoara, Romania
Pinzari VEACESLAV	„Alecu Russo” Univeristy, Bălți, Republic of Moldova
Arin STĂNESCU	President of the National Union of Insolvency Practitioners, Romanian
Cristian JURCHESCU	President of the National Union of Bailiffs, Romanian
Valerică LAZĂR	Romanian-American University, Romania
George MĂGUREANU	Romanian-American University, Romania
Robert POPESCU	Romanian-American University Romanian

Senior Staff Text Processing:

George MĂGUREANU	Romanian-American University, Romania
Robert POPESCU	Romanian-American University Romanian
Iulian IONITA	Romanian-American University Romanian
Silvia TĂBUȘCĂ	Romanian-American University Romanian
Cristian Gissepe ZAHARIA	Romanian-American University Romanian
Nicolae GAMENT	Romanian-American University Romanian
Vanesa Elena MAGERUSAN	Romanian-American University Romanian

ISSN: 2360-3496

THE REVIEW OF THE SCHOOL OF LAW

The *Contemporary Legal Institutions Review* (ijc@rau.ro) emerged in 2013, addressing both to professors, students, PhD. candidates, and practitioners. The general theme of the review refers to the field of the legal sciences.

The review has an editorial board composed of personalities in the respective field, at national level and abroad. Likewise, it takes into account the editing norms of the scientific reviews, respectively, the issue frequency, the international editorial conventions (abstracts, bibliographic information etc.) and keywords in English.

Pursuant to a complex and modern approach, the pages of the review contain studies and articles of the mentioned field on different analysis branches: public law, private law, European Union law. Since the first number, the Review has been expected to be a debate platform for the purpose of promoting the circulation of ideas and of extending the scientific dialogue in the European spirit. From this point of view.

PURPOSE AND OBJECTIVES

The *Contemporary Legal Institutions* Review proposed to publish law and judicial practice articles, studies, from the country and abroad, to facilitate the understanding of the institutional system and of decision-making process to a broad extent within the structures of the European Union, to know the Community legal department and the big questions raised by Romania's integration in the European Union.

The review proposes to cooperate with authors within the education institutions at national level and abroad, from the practitioners in the legal sciences field, the Romanian MA students and PhD. candidates studying within the country or abroad.

It focuses on approaching the novelty in the classical fields, but also on interfering with various disciplines in relation to or absorbed by the law.

The review is deemed to represent a debate forum on disciplinary and interdisciplinary theoretical themes, to become a support regarding the enforcement of law by the practitioners, in the organization of a competitive judicial system, to trigger the relevant research activity at the regional, national and international level, to stimulate the scientific research in the field of law.

AUTHORS' GUIDE

The "Contemporary legal institutions" review publishes articles, studies and judicial practice. Its materials are focused on all the fields of legal sciences, as well as certain interdisciplinary fields (public management, judicial management, judicial statistics, medical law, criminal business law, Community legal department, Community fiscal system, industrial relationships etc.)

The review is deemed to be a debate forum related to disciplinary and interdisciplinary theoretical subjects, to become a support for the law enforcement by the practitioners, to trigger the relevant research activity at the regional, national and international level.

The materials are sent in soft copy in Romanian and English/French version to the following address: IJC@rau.ro.

Articles and studies are received in the stage of their first editing or which, in their synthetic form, were exposed to any conferences, symposiums or other scientific manifestations.

The observance of the orthographic norms of the language, in which the material is edited, is compulsory.

THE HEADING of the paper

THE HEADING is written in capitals, TNR, character size 12, bold, center in Romanian (only for the Romanian authors) and in English or French.

THE AUTHOR/AUTHORS of the paper

The name of the author/authors is written on the right side, at a distance of two lines below the heading. The first name is written with TNR, character size 10, bold, and the last name is written with TNR, character 10, in capitals and Bold. The last name shall be followed by an asterisk (symbol*) and the footnote shall comprise the author's capacity, the teacher degree, the scientific title (if appropriate), the institution or the workplace (for each author separately, as the case may be).

THE ABSTRACT of the paper (ABSTRACT)

The abstract shall have maximum 200 words and shall be sent compulsorily in English or French and in Romanian (only for the Romanian authors). The abstract shall be written with TNR, character size 9, italic, Justify, at a two lines distance from the author's name.

KEYWORDS (KEYWORDS)

4-6 keywords (or phrases) catching the essence of the paper are mentioned. These are listed in their order of precedence, in English (including the articles written or translated into French), at a distance of two lines below the abstract of the paper, with TNR characters, 10, italic, Justify.

JEL CODE

Each author is obliged to mention, after the keywords, the paper code according to the JEL classification (respectively the division/K code for the papers in the legal field). To this end, the JEL CODE shall be consulted, and the article shall be classified into one or more categories.

The paper

The body of the paper shall be drafted on A4 format (margins: top/low/left/right: 2cm), with TNR, character size 10, Justify and spacing at one line distance. The footnotes are drafted with TNR, characters size 8.

Cuprins

MANDATORY MEDIATION OR NOT? SOME CONSIDERATIONS
CONCERNING DOMESTIC LAWS MEDIATION AND COMPARATIVE LAW
ARGUMENTS WITH PRACTICE IMPACT IN THE USE OF MEDIATION
TO RESOLVE CONFLICTS

Katalin Barbara KIBEDI

Andreea MATIEȘ, Andrei GALAN 11

MEDIERE OBLIGATORIE SAU NU? CÂTEVA CONSIDERAȚII PRIVIND
EVOLUȚIA LEGISLAȚIEI INTERNE ÎN DOMENIUL MEDIERII
ȘI ARGUMENTE DE LEGISLAȚIE COMPARATĂ CU IMPACT PRACTIC
POZITIV ÎN UTILIZAREA MEDIERII PENTRU SOLUȚIONAREA
CONFLICTELOR

Katalin Barbara KIBEDI

Andreea MATIEȘ, Andrei GALAN 17

STUDIU PRIVIND EVOLUȚIA LEGISLAȚIEI INTERNE ȘI LEGISLAȚIA
COMPARATĂ ÎN DOMENIUL MEDIERII CONFLICTELOR ÎN GENERAL,
CELE ÎN MATERIE COMERCIALĂ ÎN SPECIAL ȘI IMPACTUL PRACTIC
AL MEDIERII ÎN LUMEA AFACERILOR

Katalina Barbara KIBEDI 23

CÂTEVA REFLECȚII PRIVIND ECHILIBRUL ÎN RAPORTUL DINTRE
COGNITIV ȘI EMOȚII ȘI EFECTUL SĂU ÎN GESTIONAREA CONFLICTELOR

Katalin Barbara KIBEDI 31

COMPOSITION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL AND THE DESIGNATION
OF THE ARBITERS' STATUS AS ESSENTIAL PREMISES OF THE
ARBITRATION PROCEDURE

Florea MĂGUREANU

Beatrice BERNA 35

REFLECȚII ÎN MATERIA PROCEDURII ARBITRALE. DESPRE
PRINCIPIALITATE ÎN PROCEDURA ARBITRALĂ ȘI ÎN PROCEDURA
DE DREPT COMUN

Florea MĂGUREANU

Beatrice BERNA 46

SOME FEATURES REGARDING THE ENFORCEMENT OF TAX
RECEIVABLES

Associate Professor Phd. George MAGUREANU 59

UNELE PARTICULARITĂȚI PRIVIND EXECUTAREA SILITĂ A CREANȚELOR FISCALE Conf. univ. dr. George MĂGUREANU	69
BRIEF OVERVIEW OF CYBERCRIME IN ROMANIA Gheorghe-Iulian IONIȚĂ	78
O SCURTA RADIOGRAFIE A FENOMENULUI CRIMINALITATII INFORMATICE IN ROMANIA Gheorghe-Iulian IONIȚĂ	87
THE TRANSMISSION OF LEGAL RIGHTS IN THE INTELLECTUAL PROPERTY DOMAIN Andreea-Lorena CODREANU	98
TRANSMISIUNEA DREPTURILOR ÎN DOMENIUL PROPRIETĂȚII INTELECTUALE Andreea-Lorena CODREANU	105
LEGAL ASPECTS REGARDING THE PROTECTION ORDER ISSUED AGAINST THE AGGRESSOR OR AGGRESSORS WITHIN A FAMILY. DISCRIMINATION OF THE VICTIM Asist. dr. Anca-Elena BĂLĂȘOIU	113
CONSIDERAȚII LEGALE PRIVIND INSTITUȚIA ORDINULUI DE PROTECȚIE ÎMPOTRIVA AGRESORULUI SAU AGRESORILOR DINTR-O FAMILIE. DISCRIMINAREA VICTIMEI Asist. dr. Anca-Elena BĂLĂȘOIU	119
LAWYERING – PRACTICAL AND ETHICAL ASPECTS Asist. univ. dr. Anca Elena BĂLĂȘOIU	125
PROFESIA DE AVOCAT – ASPECTE PRACTICE ȘI DE ETICĂ PROFESIONALĂ Asist. univ. dr. Anca Elena BĂLĂȘOIU	131
SUVERANITATEA UMANĂ, DREPTUL COSMOPOLITAN ȘI PERSOANA UMANĂ, CA SUBIECT DE DREPT COSMOPOLITAN Dr. Mădălina Virginia ANTONESCU	138
MEDIATION IN ROMANIA - A FORM OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION Alexandru-Cristian ROȘU Andrei-Alexandru GALAN	155

**MEDIEREA ÎN ROMANIA – O FORMĂ ALTERNATIVĂ DE SOLUȚIONARE
A LITIGIILOR**

Alexandru-Cristian ROȘU

Andrei-Alexandru GALAN160

NATIONAL INTEREST IN PROPERTY RESTITUION IN ROMANIA

Alexandru- Cristian ROȘU165

**INTERESUL NAȚIONAL ÎN RESTITUIREA PROPRIETĂȚILOR PRELUATE
ABUZIV DE STATUL ROMÂN**

Alexandru-Cristian ROȘU169

**SOME HISTORICAL ASPECTS RELATED TO THE PERSECUTION AND
DISCRIMINATION AGAINST THE ROMA**

Silvia Maria TĂBUȘCĂ,

Eliza Marciana CHIRILĂ,

Andrei ISPIR,

Ana-Maria JUGĂNARU,

Maria-Camelia ENACHE173

**CÂTEVA ASPECTE ISTORICE REFERITOARE LA PERSECUTAREA ȘI
DISCRIMINAREA ROMILOR**

Silvia Maria TĂBUȘCĂ,

Eliza Marciana CHIRILĂ,

Andrei ISPIR,

Ana-Maria JUGĂNARU,

Maria-Camelia ENACHE186

MANDATORY MEDIATION OR NOT? SOME CONSIDERATIONS CONCERNING DOMESTIC LAWS MEDIATION AND COMPARATIVE LAW ARGUMENTS WITH PRACTICE IMPACT IN THE USE OF MEDIATION TO RESOLVE CONFLICTS*

Katalin Barbara KIBEDI**
Andreea MATIEȘ, Andrei GALAN***

Abstract

Reminiscences of paternal culture on specific states dominated by a communist bitter regime, are felt today in Romania, giving up the habit of people by expecting the authorities to resolve their problems, faced not only by encountering resistance and comfort.

Imposed authority by one unique party, posed the great leader and skillful in all, a considerably reduced in most people, the ability to evaluate, judge, choose and freedom to decide their own problems, conflicts, power to decide the privilege only the authorities.

It is therefore understandable why the first initiatives to promote mediation in Romania, as an alternative procedure provided adversarial justice system, promising not echoed in the population, even after pilot projects organized by the Ministry of Justice in several instances in the country.

Keywords: mediation, domestic laws, comparative law, conflicts

Law no. 192/2006 on mediation and the mediator profession has shown, however, an opening at least the authorities, on the usefulness of alternatives in conflict resolution, type-incentive provisions with regard to reimbursement of stamp duty for those who arrive at an amicable solution in the case brought before it by entering a mediation agreement approved of by the court, demonstrating not only the opening, but then basically calling the result a number of increasingly large parties in the dispute to mediation procedure.

Identification of legislative and practical barriers during widening the scope of those who chose mediation as a way to resolve their dispute, allowed construction of necessary amendments to remove the deficiencies noted, one of the most significant being how to inform citizens about the existence of this procedure and its advantages.

* „The article has been supported by scientific research within the project entitled **”PRACTICAL SCHOOL: Innovation in Higher Education and Success on the Labour Market”**, project identified as POSDRU/156/1.2/G/132920. The project is co-financed by the European Social Fund through the Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. Investing in people!”

** Authorized Mediator. Experience in Justice: 23 years as a prosecutor and 4 years as secretary of state, respectively adviser in the Ministry of Justice; e-mail: katalin.kibedi@yahoo.com.

*** Advanced students at Romanian-American University-Bucharest.

The adoption of the provisions according to which, if the court recommendation made parties to address a mediator for information about mediation procedure and its benefits, information becomes binding on the parties, failing judicial fine, gave results.

The official statistical figures requested by the Mediation Council Superior Council of Magistracy under the Cooperation Protocol signed in 2010 and which contained the number of mediation agreements concluded and assented by the courts in the first half of 2011 confirmed this fact.

Another useful legislative amendment added to the mandatory preliminary procedure for commercial conflicts along conciliation attempt to resolve the conflict through mediation procedure, which resulted, increasing the number of cases solved by concluding the mediation in commercial matters.

Small steps method, by persuasion and not by constraint, by example and not by the results and benefits will force the parties, was abandoned by the new members of the Mediation Council, elected in the fall of 2011, they initiating a bill through mediation became mandatory to go that procedure, a large number of types of disputes.

The idea of mandatory mediation has been a point of contention in the several States, a key point in the way of legal regulation in different legal systems and in practice courts and legal obligations materializing them had different effects: abandonment of legal imposition the mediation provision requiring the maintenance of its adoption and repeal this far and that mandatory rules.

Currently there is a rich literature are expressed views pros and cons of the idea of mandatory mediation, indicating illustrative laws and practical results of applying those legal provisions.

Rhys Clift, a resonating names in the world of mediation, in his article "The phenomenon of mediation: legal perspectives and a glimpse of the future"¹ is a comprehensive analysis of the development of mediation, both in terms of legislation and practical application, indicating congestion and tools to streamline the ways of settling disputes, with special reference to mediation in England and Wales.

What is worth first is that although history mediation analysis addresses a geographical part of the world that did not experience the shortcomings of communism, in its analysis, one of the subtitles is a question: Why not spread mediation faster-misunderstanding or gap in education²?

The question is justified by the passage of ten years from the adoption of legislation reforming the judiciary, based on a practice favorable settlement of disputes by agreement, illustrated with a conclusion of the Common Law Commissioners made in 1820 "only a madman does not Want to Settle" (Only a fool does not want a deal)³.

In its response were identified reasons related to fear: objections are coming from lawyers, who saw in mediation that competition will affect their work or from judges, who sensed a negative impact on the role and importance of justice to conclusions arising from an incorrect or incomplete understanding of the joint mediation, but who had the temperance implementation of legal regulations regarding mediation.

¹ R. Clift, *The Journal of International Maritime Law*, MCI Arb, Partner, Hill Dickinson, LLP, London, 2010.

² R. Clift, *op. cit.*, p. 511.

³ R. Clift, *op. cit.*, p. 509.

Fear noticed in England and identified in other states, despite compelling reports made to demonstrate the advantages and positive effects of mediation, not only for those who have resorted to this procedure, but also in the rest of the population affected by saving justice expenditures by decommissioning and consequently overcrowded courts, through a visible improvement in the quality of justice.

Of course, this type of evidence has legislative results, in countries where rigor and seriousness in efficient spending of public money is not just a political slogan, but a reality: Austria and Germany are among the states that have provisions for mediation mandatory in certain types of conflicts, mediation is optional for the other, left to the parties decision⁴.

Example of mandatory mediation is offered in Malta law adopted on 16 December 2003, however, limited to the separation of the parties' disputes that may appear before the court only if mediation failed, similar provisions being in the Czech law with reference social and legal protection of children, law adopted in 1999⁵.

Most states have turned towards the regulation of mediation or just showing it as an opportunity to resolve the dispute and provisions related to consent agreement with mediation by the court or by a notary's authentication or leave it to the judge to decide on sending the parties to inform the mediator to try to resolve the conflict or through mediation procedure.

The arguments of those who support the position adopted voluntary nature of mediation focuses on its core, based on the principle of self-determination, namely freedom of parties to decide on their own dispute, forcing their will constitute a breach of this principle, a position which found in the legislation of Romania, in the form of the first law adopted in the field of mediation.

This principle is not violated by inserting considered legislative changes which conferred the right of the judge to refer the parties to a mediator for information about the procedure and the advantages of mediation, under penalty of a fine, since they do not require the parties to undergo this procedure, but only you can decide, knowingly, after informing them on how to resolve their dispute.

Material justifications, the ones about the act of justice improvement, the sensitivity of certain types of conflicts were arguments for which in Romania was tried a legislative approach to introduce the mandatory mediation, but the law project initiated was hit by the parliamentary opposition, so the result was to reconsider the mandatory mediation and replace it with the conflict parties obligation, to address a mediator for information, before the court referral.

Taking into consideration the Law no.115/2002 modified, without a sanctioning support, it didn't have the expected effect, at the notification made by Superior Council of Magistracy about the legislation gap of an efficient sanction for breaching the information duty of the parties prior to referral to court, The Ministry of Justice has launched an Emergency Statute, adopted by the Romanian Government under the no. 90 at 12.12.2012.

⁴ F.G. Păncescu: *Legea medierii – Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 7-5 Eric Battistoni.

⁵ M. Bouchard: *Medierea și concilierea-norme europene și naționale*, în *Medierea în Uniunea Europeană*, Editura Universitară, București, 2010, p. 255-316.

The sanction provided the rejection of the summons without the proof filed, which certified the information about the existence and the advantages of mediation. The protest reaction come from the professional lawyers part, determined the Minister of Justice, after 3 months since the Ordonance no. 92/2012 was adopted, to adopt a new one no. 4/31.01.2013, postponing the enforcement of the sanction till 1.08.2013.

The lawyers protest transformed into a Constitutional Court notification about the obligation to inform, considering it a violation of the free access to justice, notification admitted by the Court in the decision no.266/2014 published in the Official Monitor no.464/25.06.2014, which were declared unconstitutional the provisions art.2 including the new two paragraphs introduced and the art.60 paragraph 1, new introduced in Law no.192/2006.

This result demonstrates what Rhys Clift emphasize in his article about the mediation phenomenon and its future evolution: the insufficient information for a correct understanding of this way to solve the conflicts, making it necessary to identify the right ways for the adequate awareness of the meaning, the sense, and the many advantages of the mediation.

The identification of the causes why the lawyers manifest a reticence about the mediation, allowed the founding of solutions, which has the result of foundation of Departments specialized in solving the conflicts through mediation, reconciliation, negotiation in the lawyers Bar.

This phenomenon took place even in Romania, a big part of lawyers who followed some trainings in mediation, requested a mediator to be authorized, but finally they convinced themselves this way of solving conflicts is very useful and has incredible results, not only in convincing the parts to choose this way, but also in concluding agreements.

The mandatory mediation followers understand to solve the problem about the reticence of the conflict parts, to request a mediator, who legally force the parts to try the settlement of their problem through mediation and to address the court only in case the problem wouldn't be solved.

A strong argument of theirs, focuses on the idea to accustom people to have a different approach of the conflict, to learn to listen the other's party's position and arguments, to realize that certain family conflicts, neighborhood conflicts, have characteristics which a court order cannot contain and cannot assure a fully settle of the conflict.

Canada is one of the countries where mandatory mediation model in certain types of litigation gives remarkable results, so the provisions on mandatory mediation were maintained, being proven not only the immediate benefits of solving a conflict, but also the advantages in the long term⁶.

Even though it not necessarily lie on either side of the controversy concerning voluntary or mandatory nature of mediation, is interesting to note how mediation works in Senegal, country with culture particularities and traditions in the amiable settlement of disputes.

From the „griots marabouts”, communicators who, by force of their rhetoric could settle the conflicts arising between groups, today in Senegal is institutionalized the

⁶ World Arbitration&Mediation Report, Mediation and ADR in Canada, Juris Publications, Inc., Oct. 1997, p. 212.

Mediator of the Republic, who has the role of mediation in the State Administration, Local Collectivities, and Public Institutions, and for the people conflicts works some Justice Houses where the disputes are settled by mediation and conciliation⁷.

In Romania, mediators and not only them, expect the adoption of a legislative solution about the law texts which were declared unconstitutional, but for the Constitutional Court motivation about forcing people to address a mediator as being a restriction of free access to the justice, formulation of legal provisions encouraging mediation has become difficult.

A review of legislative development in mediation allows identifying solutions that provide mediation resuscitation by reintegrating legal provisions that were not contested or negative commented and they gave results even in the short time they were in force.

So, as it recalled the legal provision, before the referral to court to resolve commercial disputes parties must undergo a mandatory preliminary procedure to try to resolve their dispute through conciliation or whether through mediation.

Even though about conciliation, statistics have shown that this way don't work in practice, in mediation case not only official statistical figures, that the very recognition of the advantages of mediation by the business agent are sufficient reasons to decide to re-binding preliminary mandatory procedure, by following the procedure of mediation as a means of resolving the dispute prior.

It is true that mandatory preliminary procedure has had his critics, being seen by them all as a restriction of free access to justice, but the procedure itself was not declared unconstitutional and it is found today in Romanian Legislation, demonstrating the usefulness and credibility.

Whatever is the position the legislator will adopt to regulate the mediation process, choosing either towards establishing a prior mandatory procedure at least in the types of conflicts that have not met with opposition parties involved, either leave it to the judge to send the parties to mediation for information, as it is required by the current civil procedural provisions, we all have the interest to reflect about the right answer of the first President of the Court of Cassation's question, mister Pierre Drai: „Is it the justice without peace, justice?”⁸.

Bibliography:

- The Romanian Constitution.
- Law no. 192/2006 regarding mediation and organizing the profession of mediator.
- The Romanian Government Emergency Ordinance no. 90/2012 regarding the amending and supplementing of Law no. 192/2006 as well as regarding the amending of article II of Law no. 115/2012 concerning the amending and supplementing of Law no. 192/2006.
- Law no. 115/2012 regarding the amending and supplementing of Law no. 192/2006 concerning mediation and organizing the profession of mediator.
- The Romanian Government Emergency Ordinance no. 4/2013 concerning the amending of Law no. 76/2012 for applying Law no. 134/2010 concerning the Code of

⁷ B.N. Cissokho: *Senegal Mediation*, published in „UE-mediation-stage and perspective”, University Publishing, Bucharest, p. 233-236.

⁸ B. Breunner: „*When mediation transforms the judges and the justice*”, material presented at the First International Conference on Judicial Mediation, Paris, 16-17 october, 2009, p. 322-335.

Civil Procedure as well as the amending and the supplementing of some connected normative acts.

- The Constitutional Court Decision no. 266/2014.
- Rhys Clift-The Journal of International Maritime Law, MCI Arb, Partner, Hill Dickinson, LLP, London, 2010.
- Flavius George Păncescu: The Mediation Law – Comments and explanations, Publishing House C.H. Beck, 2010, pages 7-5 Eric Battistoni.
- Marco Bouchard: Mediation and conciliation – European and national rules, in Mediation within the European Union, University Publishing House, 2010.
- World Arbitration&Mediation Report, Mediation and ADR in Canada, Juris Publications, Inc., Oct. 1997.
- Birane Ndiaye Cissokho: Mediation in Senegal, published in „Mediation within the European Union – Stage and Perspectives”, University Publishing House, Bucharest, 2010.
- Béatrice Breunner : „When mediation transforms judges and justice”, paper presented within the First International Conference for Judicial Mediation, held in Paris, 16-17 October, 2009.

MEDIERE OBLIGATORIE SAU NU? CÂTEVA CONSIDERAȚII PRIVIND EVOLUȚIA LEGISLAȚIEI INTERNE ÎN DOMENIUL MEDIERII ȘI ARGUMENTE DE LEGISLAȚIE COMPARATĂ CU IMPACT PRACTIC POZITIV ÎN UTILIZAREA MEDIERII PENTRU SOLUȚIONAREA CONFLICTELOR*

Katalin Barbara KIBEDI**
Andreea MATIEȘ, Andrei GALAN***

Rezumat

Reminiscențele culturii paternale specifice statelor dominate de un regim comunist acerb, se resimt și azi în România, renunțarea populației la obișnuința de a aștepta de la autorități rezolvarea tuturor problemelor cu care se confruntă întâmpinând rezistența comodității și nu numai.

Autoritatea impusă de către partidul unic, erijat în marele și priceputul conducător în toate, a atenuat considerabil, la majoritatea populației, capacitatea de a evalua, judeca, selecta, precum și libertatea de a decide în propriile probleme, conflicte, puterea de decizie fiind apanajul exclusiv al autorităților.

Prin urmare, este explicabil de ce primele inițiative de promovare a medierii în România, ca soluție alternativă procedurii adversiale oferite de sistemul de justiție, nu au avut un ecou promițător în rândurile populației, nici după proiectele-pilot organizate de către Ministerul Justiției la câteva instanțe din țară.

Cuvinte-cheie: mediere, legislație internă, legislație comparată, soluționarea conflictelor

Adoptarea Legii nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator a demonstrat totuși, o deschidere cel puțin la nivelul autorităților, privind utilitatea soluțiilor alternative în rezolvarea conflictelor, prevederile tip-stimulent cu referire la restituirea taxei de timbru în cazul celor care ajung la o soluție amiabilă în cauza dedusă judecătii, prin încheierea unui acord de mediere încuviințat de către instanță, demonstrând nu doar această deschidere, dar apoi și rezultatul practic în apelarea într-un număr din ce în ce mai mare a părților din conflict, la procedura medierii.

Identificarea barierelor legislative și a celor practice pe parcursul lărgirii sferei celor care au ales medierea ca modalitate de soluționare a diferendului lor, a permis construcția amendamentelor necesare pentru înlăturarea neajunsurilor semnalate, unul dintre cele mai semnificative fiind modul de informare a cetățenilor privind existența acestei proceduri și avantajele sale.

* „Articolul a beneficiat de suport științific de cercetare prin intermediul proiectului **ȘCOALA PRACTICĂ: Inovare în învățământul superior și succes pe piața muncii**, proiect cu număr de identificare POSDRU/156/1.2/G/132920. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*”

** Mediator autorizat; Experiență în domeniul justiției: 23 de ani ca procuror și 4 ani ca secretar de stat, respectiv consilier în Ministerul Justiției; e-mail: katalin.kibedi@yahoo.com.

*** Masteranzi la Universitatea Româno-Americană.

Adoptarea dispozițiilor potrivit cărora, în cazul recomandării instanței făcută părților, de a se adresa unui mediator pentru a se informa cu privire la procedura medierii și avantajele acesteia, informarea devine obligatorie pentru părți, sub sancțiunea amenzii judiciare, a dat rezultate.

Astfel, cifrele statistice oficiale solicitate de către Consiliul de mediere Consiliului Superior al Magistraturii în baza Protocolului de colaborare încheiat în anul 2010 și care au conținut numărul acordurilor de mediere încheiate și încuviințate de către instanțe pe semestrul I al anului 2011, au confirmat acest fapt.

O altă modificare legislativă utilă a adăugat procedurii prealabile obligatorii în cazul conflictelor comerciale, alături de conciliere, încercarea de a soluționa conflictul prin procedura medierii, ceea ce a avut drept rezultat, mărirea numărului cauzelor soluționate prin încheierea acordului de mediere în materie comercială.

Metoda pașilor mărunți, prin convingere și nu prin constrângere, prin exemplul rezultatelor și avantajelor și nu prin forțarea voinței părților, a fost abandonată de către noii membri ai Consiliului de mediere, aleși în toamna anului 2011, aceștia inițiind un proiect de lege prin care medierea devenea obligatorie de parcurs ca procedură, într-un număr larg de tipuri de litigii.

Ideea medierii obligatorii a constituit un subiect de dispută la nivelul multor state, un punct cheie în modul de reglementare legală în diferite sisteme de drept, cât și în practica instanțelor judecătorești, iar materializarea ei în dispoziții legale obligatorii a avut efecte diferite: abandonarea impunerii legale a medierii, menținerea dispoziției de obligare de la adoptarea ei și în prezent și respectiv abrogarea acestei norme imperative.

În prezent există o bogată literatură de specialitate în care sunt exprimate punctele de vedere argumentate pro sau contra ideii de mediere obligatorie, cu indicarea exemplificativă a legislațiilor și rezultatelor practice ale aplicării acestor dispoziții legale.

Rhys Clift, un nume de rezonanță în lumea medierii, în articolul său „Fenomenul medierii: perspective judiciare și o privire asupra viitorului”¹ face o amplă analiză a evoluției medierii, atât sub aspect legislativ, cât și a aplicării practice, cu indicarea blocajelor și a instrumentelor de eficientizare a acestei modalități de soluționare a disputelor, cu referire expresă la medierea în Anglia și Țara Galilor.

Ceea ce este de remarcat în primul rând este că, deși analiza vizează istoricul medierii într-o parte geografică a lumii care nu s-a confruntat cu neajunsurile regimului comunist, în cadrul analizei sale, unul dintre subtitluri este o întrebare: De ce medierea nu se răspândește mai repede-înțelegere greșită sau lacună în educație²?

Întrebarea se justifică prin trecerea a peste zece ani de la adoptarea legislației reformatoare a justiției, având la bază o practică favorabilă a soluționării disputelor prin înțelegere, ilustrată cu o concluzie a Common Law Comissioners făcută în 1820 „Only a madman does not to want settle” („Numai un nebun nu vrea o înțelegere”)³.

În cadrul răspunsului au fost identificate motive legate de teamă: obiecții venite fie din partea avocaților, care vedeau în mediere o concurență ce va afecta activitatea lor, fie din partea judecătorilor, care intuiau un impact negativ asupra rolului și importanței

¹ R. Clift, *The Journal of International Maritime Law*, MCI Arb, Partner, Hill Dickinson, LLP, London, 2010.

² R. Clift, *op. cit.*, p. 511.

³ *Ibidem*, p. 509.

actului de justiție, concluzii pripite derivând dintr-o greșită sau incompletă înțelegere a rostului medierii, dar care au avut efectul înfrânării implementării reglementărilor legale vizând medierea.

Temerea remarcată la englezi s-a identificat și în alte state, în pofida rapoartelor convingătoare făcute pentru a demonstra avantajele și efectele pozitive ale medierii, nu doar pentru cei care au apelat la această procedură, dar și pentru restul populației, prin economisirea cheltuielilor afectate justiției, prin dezafectarea instanțelor supraaglomerate și în consecință, printr-o îmbunătățire vizibilă a calității actului de justiție.

Desigur, acest tip de dovadă a avut rezultate și de ordin legislativ, în statele în care rigurozitatea și seriozitatea în cheltuirea eficientă a banului public nu este doar un slogan politic, ci o realitate: Austria și Germania se numără printre statele care au dispoziții de mediere obligatorie în anumite tipuri de conflicte, pentru celelalte medierea fiind facultativă, lăsată la decizia părților⁴.

Exemplu de mediere obligatorie ni-l oferă legea adoptată în Malta la 16 decembrie 2003, limitat însă la litigiile de separare a părților, care se pot prezenta în fața instanței numai dacă medierea a eșuat, dispoziții similare regăsindu-se în legislația cehă, cu referire la protecția socială și juridică a copiilor, lege adoptată în 1999⁵.

Majoritatea statelor s-au orientat înspre o reglementare a medierii, fie doar indicând-o ca o posibilitate de soluționare a disputei și având prevederi legate de încuviințarea acordului de mediere de către instanță ori autentificarea lui de către un notar, fie lăsând la latitudinea judecătorului să decidă cu privire la trimiterea părților la mediator pentru a se informa sau a încerca să soluționeze conflictul prin procedura medierii.

Argumentele celor care au adoptat poziția susținerii caracterului facultativ al medierii se axează pe esența acesteia, întemeiată pe principiul autodeterminării, respectiv libertatea părților de a decide cu privire la propria lor dispută, o forțare a voinței lor constituind o încălcare a acestui principiu, poziție care s-a regăsit și în legislația din România, prin forma primei legi adoptate în materia medierii.

Acest principiu nu s-a considerat încălcat prin inserarea modificărilor legislative care au conferit dreptul judecătorului de a trimite părțile la un mediator pentru a se informa cu privire la procedura și avantajele medierii, sub sancțiunea amenzii, întrucât ele nu obligau părțile să se supună acestei proceduri, ci doar de a putea decide, în cunoștință de cauză, după informarea lor, asupra modalității de soluționare a disputei lor.

Justificările de ordin material, cele legate de necesitatea îmbunătățirii actului de justiție, respectiv de sensibilitatea anumitor tipuri de conflicte au fost argumente pentru care și în România s-a încercat o abordare legislativă de conferire a caracterului obligatoriu medierii, dar proiectul de lege inițiat, s-a lovit de opoziția parlamentară, astfel că rezultatul a fost acela de a reconsidera impunerea medierii și înlocuirea ei cu obligația părților aflate în conflict, de a se adresa unui mediator pentru informare, înainte de a sesiza instanța de judecată.

Având în vedere că adoptarea acestei modificări prin Legea nr. 115/2012, în lipsa unui suport sancționator, nu a avut efectul practic scontat, la sesizarea făcută de către Consiliul Superior al Magistraturii privind lacuna legislativă a unei sancțiuni eficiente

⁴ F.G. Păncescu, *Legea medierii – Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 7-5.

⁵ M. Bouchard, *Medierea și concilierea-norme europene și naționale*, în *Medierea în Uniunea Europeană*, Editura Universitară, București, 2010, p. 255-316.

pentru încălcarea obligației de informare anterior sesizării instanței, Ministerul Justiției a inițiat o Ordonanță de Urgență, adoptată de către Guvernul României sub numărul 90 la 12.12.2012.

Sanțiunea prevedea respingerea cererii de chemare în judecată în lipsa dovezii depuse la dosar, prin care se certifica informarea cu privire la existența și avantajele medierii. Reacția de protest venită mai ales din partea corpului profesional al avocaților, a determinat Ministerul Justiției, la nici două luni după adoptarea O.U.G. nr. 90/2012, să adopte o nouă ordonanță de urgență, nr. 4/31.01.2013, prin care se amâna intrarea în vigoare a sancțiunii până la 1.08.2013.

Protestul avocaților s-a materializat și într-o sesizare a Curții Constituționale privind obligația informării, apreciind-o ca o încălcare a liberului acces la justiție, sesizare admisă de către Curte prin Decizia nr. 266/2014 publicată în Monitorul Oficial nr. 464/25.06.2014, prin care au fost declarate neconstituționale prevederile art. 2 cu cele două noi alineate introduse și ale art. 60 alin. (1), articol nou-introdus, din Legea nr. 192/2006.

Acest rezultat demonstrează ceea ce sublinia Rhys Clift în analiza sa privind fenomenul medierii și evoluția viitoare: insuficienta informare pentru o înțelegere corectă a acestei modalități de soluționare a disputelor, ceea ce face necesară identificarea căilor potrivite pentru conștientizarea adecvată a sensului, rostului și multiplelor avantaje ale medierii.

Una dintre constatări a fost cea legată de conservatorismul moștenit în modul de abordare a conflictelor, întrucât facultățile de drept nu ofereau viitorilor avocați, judecători, procurori, o pregătire în sensul înțelegerii naturii conflictului, a cauzelor și motivelor declanșării și escaladării unei dispute și a procedurii prin care părțile pot fi ajutate să-și soluționeze singure conflictul⁶.

Identificarea cauzelor reticenței manifestate de către avocați cu privire la mediere a permis și găsirea remediilor, ceea ce a avut drept rezultat înființarea de Departamente specializate în rezolvarea disputelor prin mediere, conciliere, negociere în cadrul barourilor de avocați.

Acest fenomen a avut loc și în România, o mare parte din avocații care au urmat cursuri de formare în mediere, solicitând autorizarea ca mediator, convingându-se de utilitatea acestei modalități de soluționare a disputelor și având rezultate considerabile nu doar de convingere a părților să încerce această cale, dar și reușind să încheie acorduri de mediere menite să stingă conflictul.

Adepții ideii de mediere obligatorie înțeleg să rezolve problema legată de reticența persoanelor aflate în conflict, de a apela la un mediator, prin dispoziții legale care să oblige părțile să încerce soluționarea disputei lor prin mediere și să se adreseze instanței doar după eșuarea construcției unei înțelegeri.

Argumentul forte al acestora se axează pe ideea de a obișnui oamenii să aibă o altă abordare a conflictului, de a învăța să asculte și poziția și argumentele celeilalte părți, de a realiza că anumite tipuri de conflicte – de familie, de vecinătate ș.a., au caracteristici pe care hotărârea unei instanțe nu le poate conține și nici asigura stingerea deplină a conflictului.

Canada este unul dintre statele în care modelul medierii obligatorii în anumite tipuri de litigii dă rezultate remarcabile, astfel că dispozițiile privind obligativitatea medierii au

⁶ M. Bouchard, *op. cit.*, p. 512-515.

fost menținute, fiind dovedite nu doar beneficiile imediate ale stingerii conflictului, dar și beneficiile pe termen lung⁷.

Deși nu se situează neapărat de o parte sau alta a controversei privind caracterul facultativ sau obligatoriu al medierii, este interesant de amintit modul în care funcționează medierea în Senegal, țară cu particularități de cultură și tradiții în rezolvarea amiabilă a disputelor.

De la „griots marabouts”, comunicatorii care, prin forța retoricii lor reușeau să aplice și conflictele generate între grupuri, pătri socio-economice diferite, azi în Senegal este instituționalizat Mediatorul Republicii, cu rolul de a media în cadrul Administrației Statului, Colectivităților locale și Instituțiilor Publice, iar pentru conflictele declanșate între cetățeni, funcționează Case de justiție în care disputele se soluționează prin mediere și conciliere⁸.

În România mediatorii și nu doar ei, așteaptă adoptarea unei soluții legislative privind textele de lege declarate neconstituționale, dar față de motivația Curții Constituționale privind considerarea obligării persoanelor de a se adresa mediatorului, chiar și doar pentru a fi informate cu privire la mediere, ca fiind o îngădare a liberului acces la justiție, formularea unor prevederi legale încurajatoare pentru mediere, a devenit dificilă.

O retrospectivă a evoluției legislative în domeniul medierii permite însă, identificarea unor soluții care să asigure o resuscitare a medierii, prin reiterarea unor prevederi legale care nu au fost atacate sau comentate negativ și au dat rezultate chiar și în scurta perioadă în care au fost în vigoare.

Astfel, este de reamintit dispoziția legală potrivit căreia anterior sesizării instanței pentru soluționarea conflictelor comerciale, părțile trebuiau să parcurgă o procedură prealabilă obligatorie, prin care să încerce rezolvarea disputei lor fie prin conciliere, fie prin mediere.

Chiar dacă în ce privește consilierea statisticile au dovedit că această cale nu a dat rezultate în practică, în cazul medierii nu doar cifrele statistice oficiale, că însăși recunoașterea avantajelor medierii de către mediul de afaceri sunt argumente suficiente pentru a se decide reintroducerea procedurii prelabile obligatorii, prin parcurgerea procedurii de mediere ca modalitate prealabilă de soluționarea litigiului.

Este adevărat că și procedura prealabilă obligatorie a avut și are criticii săi, fiind privită de către aceștia tot ca o restricționare a liberului acces la justiție, dar procedura în sine nu a fost declarată neconstituțională și ea se regăsește și în prezent în legislația română, demonstrându-și utilitatea și credibilitatea.

Indiferent de poziția pe care o va adopta legiuitorul în reglementarea procedurii de mediere, alegând fie calea instituirii unei proceduri prelabile obligatorii cel puțin în tipurile de conflicte în care nu s-au lovit de opoziția părților implicate, fie lăsând la latitudinea judecătorului să trimită părțile la mediator pentru informare, așa cum prevăd actualele dispoziții procedurale civile, toți avem interesul de a reflecta asupra răspunsului

⁷ World Arbitration&Mediation Report, Mediation and ADR in Canada, Juris Publications, Inc., Oct. 1997, p. 212.

⁸ B.N. Cissokho, *Medierea în Senegal*, publicată în „*Medierea în Uniunea Europeană – Stadiu și perspective*”, Editura Universitară, București, p. 233-236.

potrivit la întrebarea pusă de către primul Președinte al Curții de Casație francize, domnul Pierre Draî: „Este Justiția fără Pace Justiție?”⁹.

Bibliografie:

- Constituția României.
- Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator.
- Ordonanța de Urgență a Guvernului României nr. 90/2012 pentru modificarea și completarea Legii nr. 192/2006, precum și pentru modificarea art. II din Legea nr. 115/2012 pentru modificarea și completarea Legii nr. 192/2006.
- Legea nr. 115/2012 pentru modificarea și completarea Legii nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator.
- Ordonanța de Urgență a Guvernului României nr. 4/2013 privind modificarea Legii nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative conexe.
- Decizia Curții Constituționale nr. 266/2014.
- Rhys Clift, *The Journal of International Maritime Law*, MCI Arb, Partner, Hill Dickinson, LLP, London, 2010.
- Flavius George Păncescu, *Legea medierii – Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 7-5, Eric Battistoni.
- Marco Bouchard, *Medierea și concilierea-norme europene și naționale*, publicată în „*Medierea în Uniunea Europeană – Stadiu și perspective*”, Editura Universitară, București, 2010.
- World Arbitration&Mediation Report, Mediation and ADR in Canada, Juris Publications, Inc., oct. 1997.
- Birane Ndiaye Cissokho, *Medierea în Senegal*, publicată în „*Medierea în Uniunea Europeană – Stadiu și perspective*”, Editura Universitară, București, 2010.
- Béatrice Breunner, „*Când medierea transformă judecătoria și justiția*”, material prezentat în cadrul Primei Conferințe Internaționale pentru Mediere Judiciară, desfășurată la Paris, 16-17 octombrie, 2009.

⁹ B. Breunner, *Când medierea transformă judecătoria și justiția*, material prezentat în cadrul Primei Conferințe Internaționale pentru Mediere Judiciară, desfășurată la Paris, 16-17 octombrie, 2009, p. 322-335.

STUDIU PRIVIND EVOLUȚIA LEGISLAȚIEI INTERNE ȘI LEGISLAȚIA COMPARATĂ ÎN DOMENIUL MEDIERII CONFLICTELOR ÎN GENERAL, CELE ÎN MATERIE COMERCIALĂ ÎN SPECIAL ȘI IMPACTUL PRACTIC AL MEDIERII ÎN LUMEA AFACERILOR*

*Katalina Barbara KIBEDI***

I. Parte introductivă

Relația dintre modul de abordare conceptuală a conflictului și tipurile de răspuns la o situație conflictuală. Justificarea medierii ca modalitate avantajoasă de soluționare a conflictelor

De la preocupările înțelepților antichității privind studierea și definirea conflictului până la diferențierea modului de abordare a acestui concept în zilele noastre, materializată în ramuri distincte ale științei: conflictologia, irenologia, fenomenologia, filozofia, psihologia, sociologia ș.a., paleta analizei conflictului este largă și fascinantă.

Etica aristotelică are o abordare tranșantă a conflictului, descriindu-l ca pe un atribut uman negativ care trebuie eliminat, în raport cu care dialectica hegeliană vede în lupta contrariilor baza schimbării, dezvoltării.

Teoria evoluționistă a lui Darwin a provocat critici aspre, dar ideea potrivit căreia confruntarea este generatoarea evoluției se regăsește în multe lucrări prestigioase, în timp ce abordarea psihanalitică, în care conflictele sunt analizate și structurate în conflicte interioare și exterioare, este subliniat caracterul distructiv al conflictelor nerezolvate.

Sociologii au ca obiect de analiză conflictul social și abordarea lor se axează pe lupta pentru resursele limitate, în care conflictul poate degenera în manifestări violente între persoane, grupuri, state.

Este interesant că până și agresivitatea generatoare de conflicte are aprecieri diferite: punctul de vedere a lui Freud este exprimat în mod plastic prin utilizarea formulei „homo homini lupus” (omul este lup pentru om), etichetând agresivitatea ca fiind una periculoasă, de natură să amenințe societate civilizată cu dezintegrarea.

În schimb, în cartea sa intitulată „Co-medierea: utilizarea unei abordări psihologice duale în soluționare conflictelor”¹, Monica Hanaway îl citează pe cunoscutul psihoterapeut, Nick Totton (din lucrarea „The Politics of Psychotherapy”) cu privire la cele trei întrebări legate de agresivitate: „Este agresivitatea o trăsătură înăscută sau este produsul unor condiții specifice? Este agresivitatea în întregime negativă sau are aspecte

* „Articolul a beneficiat de suport științific de cercetare prin intermediul proiectului **SCOALA PRACTICĂ: Inovare în învățământul superior și succes pe piața muncii**, proiect cu număr de identificare POSDRU/156/1.2/G/132920. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!”

** Authorized Mediator. Experience in Justice: 23 years as a prosecutor and 4 years as secretary of state, respectively adviser in the Ministry of Justice; Email: katalin.kibedi@yahoo.com.

¹ M. Hanaway, *Co-medierea: utilizarea unei abordări psihologice duale în soluționarea conflictelor*, fmm.ro, 2013, p. 8.

și expresii pozitive? Ar putea terapia să contribuie la minimalizarea agresivității sau la sprijinirea aspectelor sale pozitive?”, încheind cu un răspuns al acestuia: „susține agresivitatea, susține conflictul, vorbește în favoarea competiției – în timp ce susții și vorbești și în favoarea victimelor exprimării înstrăinate și distructive ale acestor calități.”

Indiferent însă, de modul de abordare conceptuală a conflictelor, ceea ce le conferă un caracter pozitiv sau negativ depinde, într-o măsură considerabilă, de felurile de răspuns la situația conflictuală, respectiv de înțelepciunea selectării tipului de răspuns adecvat, dovedit prin rezultatul obținut.

Cercetările având ca obiect studierea conduitei umane și legat de acesta, explorarea modului de funcționare a creierului uman, au identificat o corespondență între felul în care a evoluat creierul și reacțiile-tip care caracterizează omul.

O descriere plastică a modului în care un organism viu reacționează la stimulii din mediul înconjurător este făcută de către Daniel Goleman în cartea sa intitulată „Inteligența emoțională”².

Astfel, despre existența celei mai primitive părți ale creierului, comun tuturor speciilor care au un sistem nervos minim, Goleman precizează: „Acest creier primitiv nu poate fi făcut să gândească sau să învețe; el este programat dinainte să regleze funcționarea corpului ca atare și să reacționeze pentru a asigura supraviețuirea”.

Din acest trunchi al creierului au apărut centrii emoționali, cea mai veche rădăcină fiind cea a simțului olfactiv, regăsit în câteva straturi de neuroni cu rolul de a analiza mirosul și de a-l împărți în diversele categorii relevante: comestibil sau otrăvitor, disponibil sau nu din punct de vedere sexual, dușman sau hrană.

Un al doilea strat de celule transmite mesajul la sistemul nervos, determinând trupul să aibă reacția potrivită: să muște sau să scuipe, să se apropie, să fugă sau să urmărească. Apariția neocortexului la om a fost ceea ce a permis învățatul, memoria, nuanțările emoționale, fiind locul în care sălășluiește gândirea³.

Cum răspunde azi omul la o situație de conflict? În cartea lor „Medierea în dreptul penal”, coautoarele Brîndușa Gorea și Dorina Costin⁴ fac o analiză a tipologiei răspunsurilor la conflict, consultând în acest sens lucrarea „The Art and Science of Mediation” scrisă de Cheryl Ann Picard, Picard Bishop și Ramkay Sargent, descriind cinci tipuri fundamentale de răspuns la o situație conflictuală corespunzătoare celor cinci stiluri psihologice de abordare a conflictului.

Un prim tip de reacție, regăsibil și în trunchiul primitiv al creierului, este lupta. Partea care alege acest mod de a reacționa într-un conflict, se bazează, într-o evaluare mai mult sau mai puțin obiectivă, corectă, pe un raport de forțe care înclină de partea sa. Este reacția tip-șacal, descrisă de către Marshall B. Rosenberg în lucrarea sa „Comunicarea non-violentă – Cuvintele sunt ferestre sau ziduri”.

Lupta presupune o acțiune (sau amenințarea cu o acțiune) unilaterală a unei părți, un mod de a face presiuni asupra celeilalte părți, cu scopul de a-și impune voința, exercitată coercitiv, prin forță sau prin amenințarea cu aceasta.

În măsura în care există o evidență a superiorității forței coercitive a uneia dintre părțile implicate în conflict, suntem tentați să pronosticăm victoria de partea acesteia. Dar

² D. Goleman, *Inteligența emoțională*, Ed. Curtea Veche, București, 2008, p. 37-38.

³ D. Goleman, *op. cit.*, p. 38-39.

⁴ B. Gorea, D. Costin, *Medierea în dreptul penal*, University Press, Târgu-Mureș, 2009, p. 32-33.

povestea lui David și Goliat sau victoria lui Mahatma Ghandi sunt exemple care se regăsesc în deznodământul multor conflicte în care raportul de forțe s-a dovedit a fi o aparență înșelătoare.

Lupta tinde să genereze un învingător și un învins, uneori se încheie cu remiză, dar niciodată nu duce la o rezolvare satisfăcătoare pentru toate părțile implicate direct în conflict sau asupra cărora se răsfrâng efectele conflictului, respectiv modul de rezolvare a acestuia.

Un al doilea tip de reacție – retragerea – se regăsește și el în partea primitivă a creierului și are la bază aceeași apreciere a raportului de forțe: șacalul atacă întotdeauna pe cel mai slab, dar fuge din fața celui puternic, evitând confruntarea directă din care apreciază că nu poate ieși învingător.

Acest tip de reacție este unul pasiv, persoana adoptând o strategie de evitare a conflictului, ceea ce nu echivalează cu o rezolvare a acestuia, fiind o formă de supunere în fața superiorității de forță, evidentă pentru partea care adoptă din variantele luptă sau fugi, pe cea din urmă.

Autorii mai sus amintiți indică încă un tip de reacție pasiv, și anume ignorarea. Deși nici acest mod de reacție nu rezolvă conflictul propriu-zis, refuzul de confruntare nu are drept motivație recunoașterea neapărată a superiorității de forță, ci mai degrabă un refuz de a se lăsa prins în conflict, ceea ce poate avea în timp, ca efect, o „de-escaladare” de la sine a conflictului⁵.

Acest tip de răspuns este apanajul celor care au învățat să se stăpânească, au înțelepciunea de a nu se lăsa antrenați într-un conflict căruia îi întrevăd de la bun început efectul păgubos, rolul de consumator inutil de energie și timp, de distrugător al armoniei și tihnei în relațiile interumane.

Un al patrulea tip de reacție la o situație conflictuală este apelarea la o autoritate investită cu puterea de a decide, ceea ce reprezintă o soluționare judiciară a procesului, în care accentul de pe raportul de forțe se mută în zona drepturilor legale, a luptei probelor și argumentelor.

Deși superioară modului de rezolvare a conflictului prin forța puterii, abordarea judiciară are dezavantajul de a desemna un învingător și un învins, efectul fiind, în dese cazuri, de accentuare a tensiunii dintre părți, de natură să genereze alte, noi conflicte.

Cel de-al cincilea tip de răspuns la un conflict este indicată negocierea, ea făcând parte din formele alternative de soluționare a conflictelor, alături de conciliere, arbitraj, mediere. Ceea ce deosebește, în mod fundamental, acest tip de reacție de celelalte mai sus înșirate, este caracterul său comunicativ, care permite identificarea modalităților de reconciliere a intereselor divergente.

Desigur, într-o situație în care gradul de escaladare a conflictului împiedică o comunicare reconciliatoare între părți, medierea oferă intermediarul necesar pentru aplanarea tensiunii și mijlocirea înțelegerii între părți, prin persoana mediatorului.

Cât de vechi sunt rădăcinile acestei forme de răspuns la situațiile conflictuale este o întrebare la care s-a răspuns în numeroase cărți, lucrări, publicații despre mediere. Care sunt avantajele acestui tip de soluționare a conflictelor le regăsim nu doar în aceste scrieri despre mediere, ci și în cuprinsul motivației actelor normative adoptate în materia medierii.

⁵ B. Gorea, D. Costin, *op. cit.*, p. 32.

De altfel, nevoia de reglementare juridică a medierii în numeroase state din lume este poate cea mai bună dovadă a avantajelor care justifică alegerea acestui tip de soluționare a unui conflict.

II. Evoluția legislației interne în domeniul medierii conflictelor în general, în materie comercială în special

În România, adoptarea primei reglementări legale privind medierea și profesia de mediator, a precedat adoptarea Directivei 52/2008/CE a Parlamentului European și Consiliului privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială, materializată în Legea nr. 192/2006 și publicată în Monitorul Oficial la 22 mai 2006.

Anterior adoptării acestei legi, au existat mai multe inițiative de promovare a medierii în România, aparținând unor organizații nonguvernamentale, în colaborare cu Ministerul

Justiției, fie sub forma unor programe de formare a mediatorilor, fie prin proiecte-pilot de aplicare a medierii la câteva instanțe, în anul 2000 Ministerul Justiției inițiind primul proiect de lege privind reglementarea medierii.

Acest proiect a eșuat prin respingerea lui de către Parlamentul României, opoziția fiind evidentă din partea reprezentanților celorlalte categorii de profesii libérale: avocați, notari, executori judecătorești, practicieni în insolvență.

Anul 2008 aduce o modificare menită să constituie un stimulent pentru cei care apelează la procedura de mediere pentru soluționarea conflictului, prin adoptarea O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar și care conține două articole cu referire expresă la mediere: unul cu caracter sancționator, iar celălalt cu caracter de beneficiu.

Astfel, potrivit art. 16 alin. (2) din ordonanță: „Dacă cererea pentru a cărei soluționare se solicită ajutor public judiciar face parte din categoria celor care pot fi supuse medierii sau altor proceduri alternative de soluționare, cererea de ajutor public judiciar poate fi respinsă, dacă se dovedește că solicitantul ajutorului public judiciar a refuzat anterior începerii procesului să urmeze o asemenea procedură”.

În ce privește al doilea articol, acesta conține un stimulent notabil pentru recurgerea la procedura medierii, și anume: „În cazul în care persoana care îndeplinește condițiile pentru acordarea ajutorului public judiciar face dovada că, anterior începerii procesului, a parcurs procedura de mediere a litigiului, beneficiază și de restituirea sumei plătite mediatorului cu titlu de onorariu. De același drept beneficiază și persoana care îndeplinește condițiile, dacă solicită medierea după începerea procesului, dar înainte de prima zi de înfățișare”.

Primele modificări ale Legii nr. 192/2006 s-au impus ca urmare a dobândirii de către România a statutului de țară membră a Uniunii Europene și s-au referit la condițiile și criteriile de recunoaștere reciprocă a calității de mediator autorizat în statele membre, respectiv de garantare a calității serviciilor în acest domeniu, precum și la modul în care părțile din conflict pot da forță executorie acordului de mediere, fie prin intermediul notarului public, fie prin încuviințarea de către instanță, modificări adoptate prin Legea nr. 370/2009 și O.G. nr. 13/2010.

Proiectul de lege cunoscut sub denumirea „Mica reformă în justiție” și adoptată sub forma Legii nr. 202/2010, a constituit un bun prilej pentru a se formula amendamente menite să asigure o mai largă apelare la procedura medierii de către persoanele aflate în

conflict, în practică fiind constatate câteva bariere concrete privind recurgerea la acest procedeu.

În primul rând este de menționat că, în pofida încercărilor de a face cunoscut publicului larg existența acestei modalități alternative de soluționare a conflictelor, pe de o parte prin intermediul mass mediei, pe de altă parte prin obligația legală impusă organelor judiciare și arbitrale, precum și altor autorități cu atribuții jurisdicționale, de a informa părțile din conflict cu privire la existența procedurii de mediere, reformularea art. 6 din lege având un caracter imperativ, (modificare adoptată tot în baza Legii nr. 370/2009), impactul în rândul populației nu a fost cel scontat.

Protocolul de colaborare încheiat în anii 2010-2011 între Consiliul de mediere și autoritățile cu atribuții jurisdicționale a permis organizarea mai multor activități comune, fie în cadrul programelor de formare continuă, fie conferințe, seminarii la care participarea judecătorilor, procurorilor, mediatorilor a permis analizarea dificultăților întâmpinate în aplicarea practică a dispozițiilor legale în materia medierii.

Astfel, din partea judecătorilor s-au formulat obiecții, de altfel justificate, cu privire la atribuția de a informa justițiabilii nu doar despre posibilitatea legală de a apela la o altă procedură, decât cea judiciară pentru rezolvarea problemei deduse judecății, ci și cu privire la avantajele procedurii de mediere, apreciindu-se că obligația prezentării avantajelor trebuie să-i incumbe mediatorilor, iar timpul necesar pentru această prezentare încarcă și mai mult rolul instanței, ceea ce afectează bunul mers al justiției mai ales la instanțele cu volum mare de cauze.

Acest neajuns semnalat a fost remediat prin prevederile inserate în conținutul Legii nr. 202/2010, atribuind judecătorului dreptul de a dispune părților să apeleze la un mediator în vederea informării cu privire la avantajele folosirii procedurii de mediere, în cazul nerespectării dispoziției instanței, persoana vinovată fiind amendată potrivit dispozițiilor legale modificate în acest sens.

În acest mod, caracterul imperativ al dispoziției privind informarea părților a fost transferat de la judecător la mediator, iar informarea se realiza nu doar formal, prin expresii vagi și prea puțin convingătoare, ci motivat, ajutând părțile să decidă apelarea la mediere în cunoștință de cauză, convingse de avantajele acestei proceduri în rezolvarea conflictului lor concret.

O problemă controversată a rămas însă, interpretarea sintagmei gratuității informării, respectiv dacă mediatorul poate pretinde onorariu pentru faza de informare și în ce condiții. Deși legea are o formulare neechivocă privind acest aspect, o parte a mediatorilor au perceput onorariu, condiționând informarea de încheierea unui pre-contract, în baza căruia au stabilit suma cuvenită pentru activitatea de informare.

O altă parte a mediatorilor au înțeles însă, rostul acestei dispoziții legale, menite să ofere mediatorului prilejul de a prezenta părților, în mod convingător, avantajele evidente ale procedurii de mediere în raport cu conflictul lor concret, astfel încât aceștia să accepte încheierea contractului pentru intra în procedura de mediere propriu-zisă, ceea ce le oferea posibilitatea stabilirii onorariului cuvenit.

Practica a demonstrat că această ultimă categorie a avut și rezultate, nu doar în sensul convingerii părților să accepte medierea, ci reușind să soluționeze conflictul prin încheierea acordului de mediere, spre deosebire de prima categorie în care s-au întâlnit și situații în care, deși mediatorul a realizat peste 400 de informări, nu a încheiat niciun

contract pentru acceptarea medierii (caz sesizat la nivelul Consiliului Superior al Magistraturii – n.n.).

De altfel, problema gratuității informării a devenit acută în sensul aspectelor sus descrise, după adoptarea Legii nr. 115/2012, urmată de două ordonanțe de urgență ale Guvernului României, respectiv O.U.G. nr. 90/12.12.2012 și O.U.G. nr. 4/31.01.2013.

Intenția semnatărilor proiectului de lege, adoptat apoi ca Legea nr. 115/2012, era de fapt, introducerea obligativității parcurgerii procedurii de mediere într-un număr larg de tipuri de conflicte și numai în cazul eșuării încheierii unui acord, părțile să se poată adresa instanței de judecată.

Proiectul a întâmpinat o opoziție clară în cadrul dezbaterilor parlamentare, nu doar sub aspectul neclarităților și problemelor de tehnică legislativă, ci mai ales din cauza ideii de mediere obligatorie, proiectul lăsând nerezolvată o componentă esențială a obligativității, respectiv armonizarea cu dreptul fundamental al liberului acces la justiție.

În consecință, proiectul a suferit modificări consistente, înlocuindu-se ideea de mediere obligatorie, cu cea a ședinței de informare obligatorie, astfel încât părților li s-a instituit obligația de a se adresa mediatorului, anterior sesizării instanței, pentru informare privind existența și avantajele procedurii de mediere, sub sancțiunea amenzii judiciare în caz de neconformare.

Impactul noilor dispoziții a fost apreciat ca insuficient în raport cu numărul celor care apelau la mediator pentru ședința de informare, una dintre cauze fiind lipsa de informare a publicului privind această obligație nou instituită, pe de altă parte și lipsa unei sancțiuni eficiente privind nerespectarea obligației nou impuse.

Semnălele Consiliului Superior al Magistraturii către Ministerul Justiției privind efectul scăzut al impactului medierii în decongestionarea instanțelor supraîncărcate ca volum de activitate, a determinat Ministerul Justiției să inițieze o ordonanță de urgență prin care să introducă un nou tip de sancțiune, cu efect imediat.

Astfel, prin cuprinsul art. I din O.U.G. nr. 90/12.12.2012, au fost inserate două alineate noi la art. 2 din Legea nr. 192/2006, alin. (2) prevăzând sancțiunea respingerii cererii de chemare în judecată în situația în care reclamantul nu face dovada participării la ședința de informare privind procedura medierii și avantajele acesteia.

Criticile cu care a fost întâmpinată ordonanța au determinat Ministerul Justiției să includă în dispozițiile O.U.G. nr. 4/31.01.2013, la nici două luni după precedentă ordonanță, o dispoziție de amânare a intrării în vigoare a prevederilor privind noua sancțiune, pentru data de 1.08.2013.

Între timp însă, reacția vehementă a celorlalte categorii de profesii liberale, s-a materializat în sesizarea Curții Constituționale privind neconstituționalitatea prevederilor care au instituit obligativitatea informării și a sancțiunii de respingere a cererilor de chemare în judecată pentru neconformare, motivația sesizării axându-se pe îngrădirea liberului acces al cetățenilor la justiție.

Prin decizia nr. 266/7.05.2014, publicată în Monitorul Oficial nr. 464 la 25.06.2014, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate formulată și a declarat neconstituționale prevederile art. 2 alin. (1) și ale alin. 1² ale aceluiași articol din Legea nr. 192/2006.

În consecință, prin adoptarea Noului Cod de Procedură Civilă, republicat în Monitorul Oficial nr. 545/3.08.2012, au rămas în vigoare prevederile conținute de Legea

nr. 202/2010, cu reformulări corelatoare cu dispozițiile noului cod, potrivit cărora părților din proces le incumbă obligația participării la informarea privind avantajele medierii făcută de un mediator, în măsura în care judecătorul recomandă medierea în cauza dedusă judecătii.

Medierea și-a găsit o reglementare eficientă și în materie penală, prin introducerea în Noul Cod de Procedură Penală, a dispozițiilor exprese privind posibilitatea soluționării pretențiilor civile prin acord de mediere și introducerea ca temei distinct de încetare a urmăririi penale și respectiv a procesului penal, în baza acordului de mediere încheiat, în cazul infracțiunilor pentru care legea presupune plângere prealabilă sau prevede împăcarea părților.

În acest sens, prin Noul Cod Penal s-a lărgit și sfera infracțiunilor pentru care este necesară plângerea prealabilă a părții vătămate, respectiv este posibilă împăcarea părților, un prim pas făcându-se tot prin Legea Micii Reforme nr. 202/2010, prevăzându-se pentru infracțiunea de vătămare corporală gravă din culpă, posibilitatea împăcării părților, ceea ce a inclus accidentele grave de circulație, malpraxisul medical sau cel din alte domenii cu rezultatul vătămării grave a unei persoane, între cazurile posibil a fi mediate.

La scurt timp după adoptarea modificării, au fost înregistrate cauze soluționate în baza acordului de mediere încheiat între victimă, autor și asigurător, acesta din urmă având calitatea de parte civilmente responsabilă, ceea ce a însemna atât rezolvarea laturii civile, cât și a laturii penale a cauzei.

Aceeași Lege nr. 202/2010 a adus și modificări cu impact de loc neglijabil, în materia conflictelor comerciale, inserând, alături de procedura prealabilă obligatorie a concilierii între părțile aflate într-un conflict în materie comercială, cea a medierii, părțile putând opta între cele două modalități ale procedurii prealabile obligatorii.

În timp ce practica a demonstrat că procedura concilierii nu a avut rezultatul soluționării litigiilor comerciale pe cale amiabilă, apelarea la mediator în faza procedurii prealabile obligatorii potrivit legii, a condus la încheierea multor acorduri de mediere cu rezultatul stingerii conflictului dintre părți, mediul de afaceri exprimându-și, cu diferite prilejuri – emisiuni televizate, conferințe, întâlniri de lucru – aprecierea față de avantajele conferite de acest mod de soluționare a conflictelor în materie comercială.

De altfel, această apreciere se regăsește și în cărți publicate având ca temă medierea în lumea afacerilor, precum și pe numeroase site-uri aparținând fie mediului de afaceri, fie mediatorilor implicați în domeniul medierii conflictelor comerciale.

Din păcate, modificările legislative ulterioare anului 2010, nu au menținut dispoziția legală de parcurgere a procedurii medierii de către părțile aflate în conflict ca procedură prealabilă obligatorie în materie comercială, în pofida rezultatelor evidente declarate chiar de către mediul de afaceri și a datelor statistice încurajatoare în acest domeniu.

Existența unor proceduri speciale în Noul Cod de procedură Civilă, cum ar fi procedura ordonanței de plată prevăzută în Titlul IX din cod, își are neajunsurile sale practice evidente, în măsura în care părțile nu ajung ele singure la o înțelegere și este unul dintre domeniile în care reglementarea unei proceduri prealabile obligatorii prin apelarea părților la un mediator, ar fi fost de natură să înlăture aceste neajunsuri.

Este suficient să remarcăm limitele strânse pe care reglementarea legală a acestei proceduri le oferă părților în conflict, acestea putând decide doar asupra altui termen de plată față de cel prevăzut de lege, în raport cu care un acord de mediere poate fixa nu doar

alte termene, ci eşalonări ale plăţii sau moduri diferite de stingere a obligaţiei, altele decât plata numerică în bani, atâta timp cât părţile convin asupra lor, de comun acord, într-un acord de mediere.

Este important de subliniat şi faptul că însăşi Directiva 2008/52/CE adoptată de către Parlamentul European se referă la domeniile conflictuale care presupun şi dovedesc multiple avantaje în cazul soluţionării lor prin mediere, respectiv domeniul civil şi cel comercial, acestea fiind primele tipuri de conflicte cu privire la care Recomandarea iniţială a forurilor Uniunii Europene s-a transformat în Directivă, instituind statelor membre obligaţia conformării.

CÂTEVA REFLECȚII PRIVIND ECHILIBRUL ÎN RAPORTUL DINTRE COGNITIV ȘI EMOȚII ȘI EFECTUL SĂU ÎN GESTIONAREA CONFLICTELOR *

*Katalin Barbara KIBEDI***

Rezumat

Trecerea pragului mileniului al doilea a ocazionat omenirii să-și formuleze viziuni, așteptări, idei pentru ceea ce va urma, resimțindu-se, în modul de formulare a acestora, o acută nevoie de schimbare, nu doar cifrică, pentru noua perioadă calendaristică.

Ultimele decenii ale secolului trecut au impus o cultură a dinamismului: autoturisme din ce în ce mai rapide, o alimentație de tip fast food, comunicare pe cale electronică, relații de scurtă durată, produse de unică folosință, intensificarea cantitativă a informațiilor etc.

Această accelerare a ritmului de viață a crescut și gradul de presiune exercitat asupra vieții umane, ceea ce atrage, inerent și o accentuare a premiselor declanșatoare a conflictelor, constituindu-se într-un adevărat test al răbdării și gradului de toleranță al omului zilelor noastre.

Asemenea medicinei care se străduiește să investigheze cauzele declanșatoare ale unei boli și în raport de diagnosticul stabilit să aplice tratamentul cât mai eficient, s-a impus și o diagnosticare a cauzelor declanșatoare de conflicte și identificarea căilor de soluționare a acestora, în modalitatea care să asigure înlăturarea sau cel puțin minimalizarea efectelor distructive.

Cuvinte-cheie: inteligență emoțională, inteligență rațională, conflict, succes, aptitudini

Înțelegerea conflictului

Teoria conflictelor oferă o serie de definiții, clasificări, tipologii ale conflictelor, descrieri a dinamicii acestora, subliniind importanța descoperirii adevăratelor motive ale unui conflict, în vederea găsirii căilor potrivite pentru soluționarea lui.

Modelul „icebergului”, utilizat în explicarea dinamicii conflictelor, sugerează că doar o mică parte din conflict este îndeobște, vizibil, iar partea ascunsă este cea care indică reala sa dimensiune, necesară de cunoscut pentru a putea alege instrumentul potrivit în gestionarea conflictelor.

Acest model indică și cele două planuri în care au loc conflictele:

- vârful icebergului reprezintă nivelul social, obiectiv al conflictului, însumând faptele care sunt reclamate, pretențiile formulate, comportamentul evident, sesizabil și
- partea subacvatică reprezentând nivelul subiectiv, de ordin psihologic, care cuprinde temerile, frustrările, nesiguranțele, dorințele, simțămintele, aspirațiile, tabuurile nemărturisite și care, nedezevăluite, vor rămâne determinante în conduita conflictuală¹.

* „Articolul a beneficiat de suport științific de cercetare prin intermediul proiectului **SCOALA PRACTICĂ: Inovare în învățământul superior și succes pe piața muncii**, proiect cu număr de identificare POSDRU/156/1.2/G/132920. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*”

** Mediator autorizat; Experiență în domeniul justiției: 23 de ani ca procuror și 4 ani ca secretar de stat, respectiv consilier în Ministerul Justiției; e-mail: katalin.kibedi@yahoo.com.

¹ B. Gorea, *Soluționarea conflictelor prin arbitraj și mediere*, Editura University Press, 2009, p. 7.

Inteligența emoțională

Axarea cercetărilor pe cunoașterea acestei părți ascunse a scos la iveală un adevăr surprinzător, menit să zdruncine supremația IQ-ului ca standard de definire a excelenței în viață, și anume că rețeta succesului conține un ingredient care, în 1990 a fost prima oară denumit cu formula de „intelență emoțională” de către psihologii John Mayer și Peter Salovey².

Inteligența umană, măsurabilă în coeficientul de inteligență(IQ) este definită ca o aptitudine mentală, capabilă să judece, să prevadă, să rezolve probleme, să gândească abstract, să înțeleagă idei complexe, să învețe rapid și să folosească experiența acumulată³.

Ea oferă omului capacitatea de a pricepe mediul înconjurător, de a înțelege rapid, de a da sens lucrurilor și de a imagina soluții practice, fiind o activitate cognitivă a creierului, care se manifestă pe două planuri:

- cunoașterea de nivel scăzut, implicând percepția (recunoașterea formelor și analiza configurărilor în spațiu) și memoria (înregistrarea, stocarea și prelucrarea informației) și
- cunoașterea de nivel înalt, implicând raționamentul (inducție, deducție, raționament condițional, numeric), prelucrare a limbajului (comprehensiune, competență verbală), luarea de decizii și rezolvarea problemelor.

De ce nu este totuși, suficientă o inteligență cotate la un coeficient mare, pentru un real succes în viață? Experiența firmelor internaționale de cercetări în afaceri concluzionează: „Directorii generali sunt angajați pentru intelectul și experiența lor în afaceri și sunt concediați din cauza lipsei de inteligență emoțională”⁴.

Testele de măsurare a coeficientului de inteligență au demonstrat că în multe cazuri persoane cu un IQ de 100, le conduc pe cele cu un IQ de 160.

Domeniile inteligenței emoționale

Ce capacități implică inteligența emoțională care și-a dovedit importanța de a fi prezentă într-o rețetă a succesului? Sunt de reținut cinci domenii principale în care se manifestă aceste capacități⁵:

1. Cunoașterea emoțiilor personale este considerată piatra de temelie a inteligenței emoționale și constă în capacitatea de recunoaștere a unui sentiment, atunci când apare, fiind deci o conștientizare de sine. Incapacitatea de a observa adevăratele noastre sentimente, ne lasă pradă acestora, pe când cei ce au o certitudine mai mare cu privire la ele, sunt piloți mai buni ai existenței personale prin conștientizarea felului în care reacționează în privința deciziilor personale.

2. Gestionarea emoțiilor vizează capacitatea de a le stăpâni în așa fel, încât să fie reacții potrivite la situațiile cu care se confruntă o persoană, consecințele incapacității de stăpânire a emoțiilor fiind dezamăgirile și disperările pe care le resimte acea persoană,

² D. Golman, *Inteligența emoțională*, Ed. Curtea Veche, București, 2008, p. 1.

³ G. Azzopardi, *Teste de inteligență*, Ed. Teora, București, 2010, p. 1.

⁴ D. Goleman, op. cit., p. 14.

⁵ R. Wood, H. Tolley, *Inteligența emoțională prin teste*, Ed. Meteor Press, p. 14-16.

determinând o stare de dezechilibru greu de restabilit, în raport cu cei care se reechilibrează mult mai ușor în urma necazurilor și obstacolelor întâmpinate în viață.

3. Motivarea de sine constă în capacitatea de a pune emoțiile în slujba unui scop, în sensul înfrângerii impulsurilor care primejdiesc obținerea rezultatului, prin urmare un autocontrol emoțional care asigură eficiența și productivitatea în ceea ce întreprinde o persoană, iar dezvoltarea acestei capacități este și cea care asigură obținerea performanțelor indiferent de domeniu.

4. Recunoașterea emoțiilor celorlalți este capacitatea cunoscută și sub denumirea de empatie, talentul de a ști ce simt ceilalți, fiind fundamentul „capacității de înțelegere a celorlalți”, construită pe conștientizarea de sine emoțională, costul social al surzeniei emoționale fiind unul deloc de neglijat, rezultatul păgubos variind în raport cu gradul ei de manifestare, de la simpla nepăsare la psihopatia care naște criminalii, violatorii etc.

5. Gestionarea emoțiilor celorlalți este capacitatea cunoscută și sub denumirea de inteligență socială, concretizată în abilitatea de a stabili cu ușurință relații interumane, prin perspicacitatea de a interpreta reacțiile și sentimentele celorlalți, de a fi buni coechipieri, de a reacționa adecvat printr-o racordare permanentă a propriului comportament, în așa fel încât să obțină efectul scontat, lipsa acestei capacități fiind cea care cauzează inadaptabilitatea socială.

Ceea ce este de subliniat este că inteligența emoțională și capacitățile legate de aceasta nu sunt imuabile, ele pot fi dezvoltate, iar eficiența demonstrată în rezultate a determinat, în mai multe state din lume, să includă în planul de educație școlară, programe de educație socială și emoțională, cu justificarea că, așa cum elevii trebuie să atingă un nivel de competență la matematică sau limba maternă, tot așa trebuie să stăpânească aceste abilități esențiale pentru viață.

Raportul dintre inteligența rațională și cea emoțională

Raportul dintre inteligența rațională și cea emoțională, diferă de la un individ la altul, intelectul și acuitatea emoțională amestecându-se în proporții diferite, dând posibilitatea identificării unor tipuri de extremă, respectiv tipul cu un IQ foarte ridicat, dar cu un EQ foarte scăzut, este o caricatură a intelectualului, care se poate adapta cu ușurință la nivel mental, dar care este incapabil să se adapteze la lumea personală, este evident o persoană ambițioasă și productivă, dar critică și greu de mulțumit, inhibat și rece emoțional.

Prin contrast, persoanele cu un EQ ridicat, adică având o inteligență emoțională remarcabilă, sunt echilibrate din punct de vedere social, sunt simpatice și vesele, au o mare capacitate de a se dedica oamenilor și cauzelor acestora, sunt afectuoase și înțelegătoare⁶.

Concluzia privind modul în care persoanele inteligente din punct de vedere emoțional, pot să gestioneze conflictele proprii sau ale altora, se impune de la sine, doar recitind capacitățile pe care le presupune acest tip de inteligență și, deși până la un anumit punct, orice om are o inteligență cognitivă și una emoțională, viața demonstrează că inteligența emoțională adaugă mai multe calități care ne determină să fim cu adevărat oameni.

⁶ D. Goleman, *op. cit.*, p. 74-76.

Echilibrul

Realizarea echilibrului este ceea ce ar trebui să urmărim cu toții, în fond și azi e la fel de adevărat ceea ce a spus Aristotel cu atât de mult timp în urmă: „Oricine poate deveni furios – e simplu. Dar să te înfurii pe cine trebuie, cât trebuie, când trebuie, pentru ceea ce trebuie și cum trebuie-nu este deloc ușor”.

Afirmația sa nu face decât să sublinieze, ceea ce istoria omenirii a dezvăluit de-a lungul timpului: că aptitudinile fundamentale etice din viață își au originea în capacitățile emoționale pe care le au la bază. Cei care sunt sclavii impulsurilor, cei lipsiți de autocontrol, au multe de suferit din punct de vedere moral. Capacitatea de a controla impulsurile stă la baza voinței și a caracterului.

Eforturile depuse pentru conștientizarea impulsurilor, prin care reușim să ne dăm seama ce emoție a început să ne influențeze comportamentul, ne dă șansa de a decide, în cunoștință de cauză, dacă reacția noastră se potrivește situației, care este intensitatea potrivită și modul cel mai constructiv de manifestare. În acest fel ne dezvoltăm abilitatea de gestionare a propriilor noastre conflicte.

În cazul dezvoltării capacității de a desluși emoțiile celorlalți, prin conștientizarea sentimentelor pe care acestea le încearcă, putem găsi mai ușor reacția potrivită, fie că suntem parte a conflictului pe cale de a se declanșa, fie că avem rolul de a media un conflict.

În pofida importanței demonstrate a educației sociale și emoționale, interesul manifestat la noi în țară, pentru acest segment, este scăzut și nu sunt programe obligatorii de dezvoltare a abilităților ce țin de inteligența emoțională, nici măcar în domeniile care se ocupă în mod direct de soluționarea conflictelor.

Nu ne rămâne decât să sperăm, la fel cu Daniel Goleman, autorul cărții „Inteligența emoțională”, că într-un viitor apropiat, trăsăturile inteligenței emoționale, precum conștiința de sine, administrarea emoțiilor distructive și empatia, vor fi deja certitudini la locul de muncă, cerințe obligatorii pentru a fi angajat și promovat într-un domeniu care nu-și poate permite rabaturi pentru a funcționa corespunzător, fiind tratată ca o măsură a calităților umane și atunci, afirmă Goleman „[...] familiile noastre, școlile, slujbele și comunitățile în care trăim vor fi toate mai umane și mai stimulatoare”⁷.

⁷ D. Goleman, *op. cit.*, p. 18.

COMPOSITION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL AND THE DESIGNATION OF THE ARBITERS' STATUS AS ESSENTIAL PREMISES OF THE ARBITRATION PROCEDURE

*Florea MĂGUREANU**

*Beatrice BERNA***

Abstract

In the present paper we aim to approach the jurisdictional aspects of arbitration by describing the procedure of establishment of the arbitral tribunal and the method of assessing the status of arbiters. Given the *suis generis* character of the arbitration procedure, we will observe that the free will principle of the parties plays a fundamental role in this field. By referring to the common law procedure, the peculiarities have a central position; *exempli gratia*, although independence is a common factor that brings together arbiters and judges, the manner of designation is significantly different as judges are designated in a random manner in order to solve the cases that are subjected to judgement meanwhile arbiters are designated at the proposal of the parties involved in litigation. It is interesting to notice the manner of solving the conflict that is subject to arbitration which is implied by arbiters – arbiters who are considered a two face Janus because they simultaneously fulfil the role of impartial judges of the conflict that exists between parties and the role of specialized third parties that are designated by the litigant parties as having competence for solving the litigation.

Implying both the deductive and the hermeneutical method of research we will surmise, within each section of the present paper, the peculiarities of the way of achieving justice within the arbitration procedure by making punctual reference to the features of the arbitral court and of the arbiters.

Keywords: arbitral court, arbiters, arbitration judgement, *suis generis* character

Conceptual delimitation: arbitral tribunal-arbiters and the *modus operandi* in designating arbiters

In the process of constituting the arbitral court, the power of the parties is unlimited. The arbitral convention is the law of the parties according to which the arbitral court is established – as an autonomous jurisdictional form of arbitration. In the absence of the arbitral convention or in the absence of indicating the procedural rules which bound an institutional arbitration court, the legal hypothesis imposes a dialogue between parties. Respecting the framework of institutional communication, the party who desires to resort to arbitration (the plaintiff) has to notify in writing to the other party to proceed to the act of designating an arbiter or to accept the arbiter who is proposed by his procedural opponent.

Once established the arbitral tribunal, the attention is directed towards the arbiters and their status. In doctrinal studies¹ it was assessed that *the arbiter is a private judge. He*

* Professor phd., Romanian American University, Bucharest.

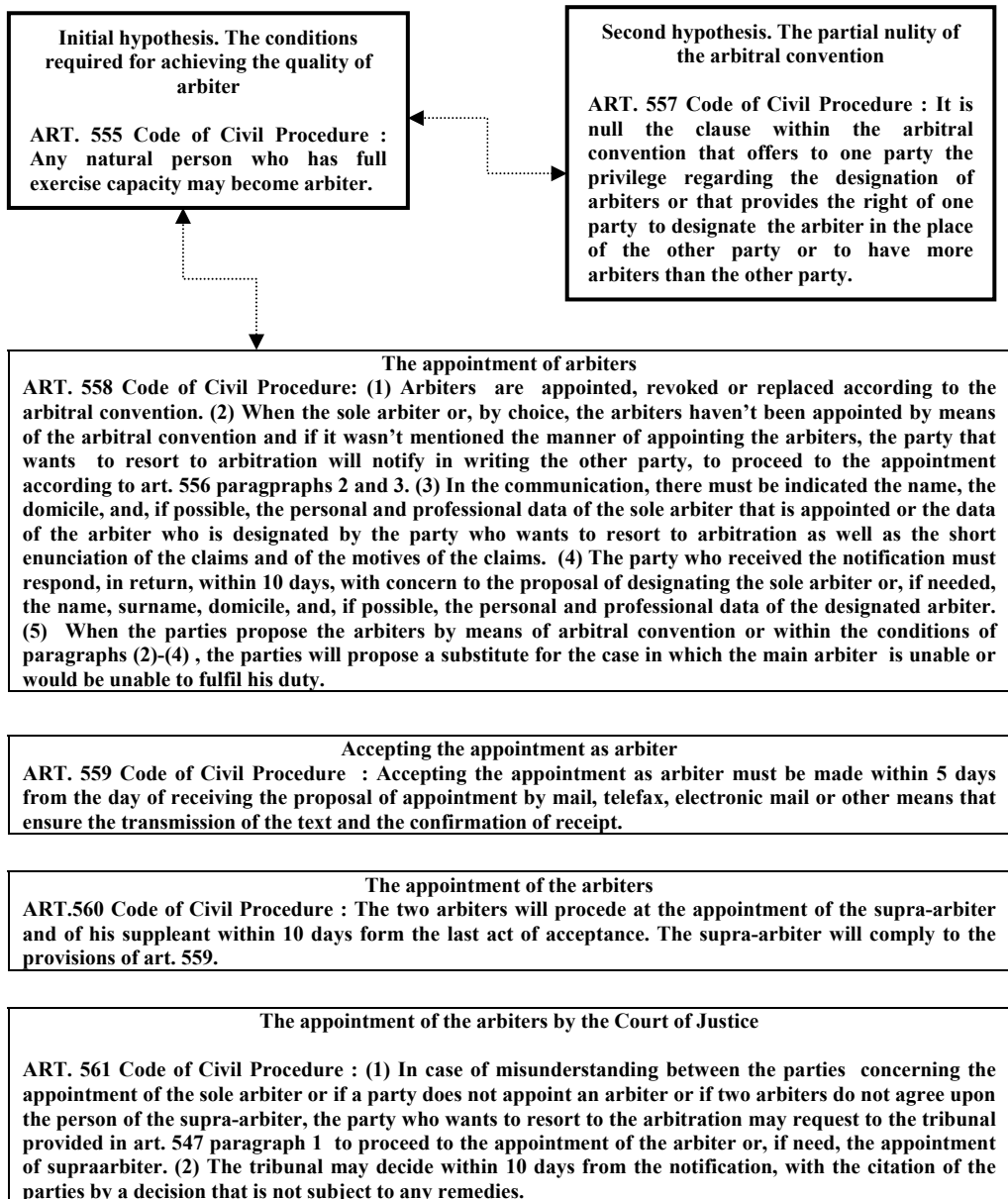
** Phd. candidate, Titu Maiorescu University, Bucharest.

¹ Deleanu I., Deleanu S., *Arbitrajul intern și internațional (Domestic and International Arbitration)*, Publishing House Rosetti, Bucharest, 2005, p. 111.

does not represent the party or the parties who were responsible for his designation. By nature of his function, the arbiter is, and must be, impartial and independent.

For educational reasons, we advance a schematic representation of the legal regulations that are applicable to the establishment of the arbitral tribunal and of the procedure for designating the arbiters.

Picture 1. The Regulations of the Code of Civil Procedure that are applicable to the process of constituting the arbitral tribunal and to the procedure of designating the arbiters



The formation of the arbitral tribunal

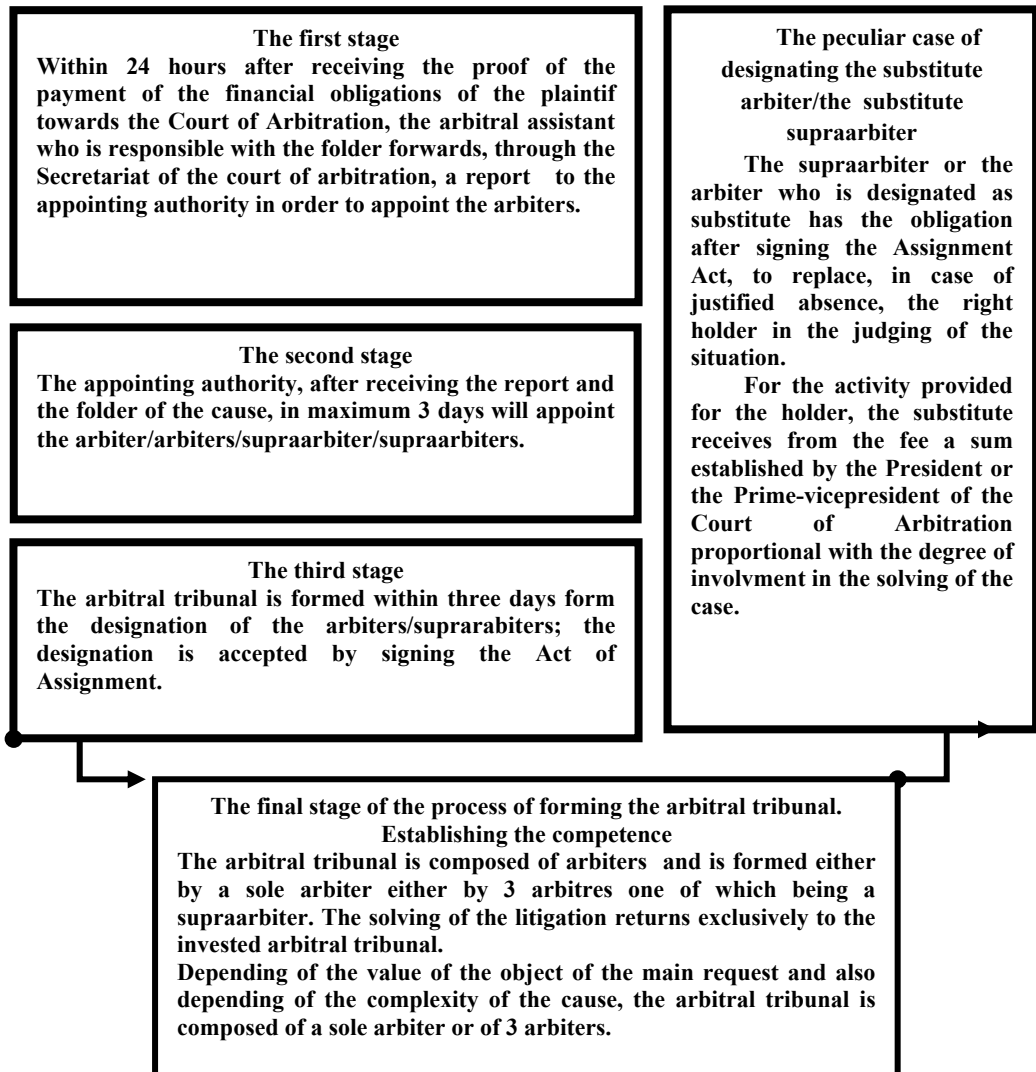
ART. 566 Code of Civil Procedure : (1) The arbitral tribunal is deemed as formatted from the moment of the acceptance of the appointment of the sole arbiter or, by case, from the moment of the last acceptance of the appointment of the arbiter or of the supra- arbiter. (2) The moment of acceptance is the moment of the dispatch of the notification mentioned at article 559.

We assess that the graphical representation advanced by us is useful to the reader by its clarity. We have assessed the provisions relative to the constitution of the arbitral tribunal and the provisions concerning the appointment of the arbiters as the most well suited for explaining the mechanism of forming the arbitral tribunal, these provisions representing the common law for this field. Articles 555 and 557 (that we have designated the prime hypothesis of our study) have represented the starting point of the analysis taking into account the fact that, through them are consecrated the conditions that the arbiters must fulfil as well the equality in rights of the parties in the moment of the appointment of the arbiters. The succession of the legal texts comprised within articles 558-561 Code of Civil Procedure describes, in stages, the legal route that must be pursued in the making of the arbitral tribunal and art. 566 Code of Civil Procedure specifies the moment itself of the birth of the arbitral tribunal.

In another token, the mechanism of forming the arbitral tribunal (that is specific to the institutionalized arbitration) will bring into discussion many peculiarities. The Code of Civil Procedure sanctions the above remembered peculiarities, mentioning in article 619 that the rules of procedure that must be applied in the institutionalized arbitration are adopted by the management of the institution being in compliance with the functioning rules established within the foundation act. Consequently, we deem that, the institutionalized arbitration is guided (even in relation to the appointment of arbiters) by special rules laid down in the founding documentation of the institutions that organize arbitration. Nevertheless, the legislator shows, in the Code of Civil Procedure, some framework rules bound to acquaint the justice seeker to the procedure of forming the arbitral tribunal in the case of institutionalized arbitration : institutionalized arbitration may draw up some optional lists with the persons who may be arbiters or suprabiters; if the parties do not agree upon the sole arbiter/or if a party does not appoint the arbiter/or if two arbiters do not agree upon the suprabiter, the appointing authority is the president of the institutionalized arbitration (except for the situation when the parties/the rules of arbitral procedure dispose otherwise); the organizations that have associative profile or the organizations that are formed with the scope of protecting the interests of a certain professional category cannot designate, in case of disputes with third parties, arbiters amongst their members.

For example, if the parties opt for the institutionalized arbitration, choosing to follow the Rules of Arbitral Procedure of the International Court of Commercial Arbitration of the Chamber of Commerce and Industry the mechanism of appointing the arbiters and of forming of the arbitral court will be the following :

Picture 2. Institutionalized arbitration. An exemplary model of appointing arbiters and of forming the arbitral tribunal



It is simple to establish that, assessing the two procedures of forming the arbitral tribunal, the one that is described by the Code of Civil Procedure is broader and more rigorous detailed. The situation couldn't be different because common law must comprize some regulations that are able to solve the most various situations; on the other hand, the special norm will regulate some aspects and will not be eclipsed by the new situation as it can always refer to common law.

The prerogatives and the laibility of arbiters

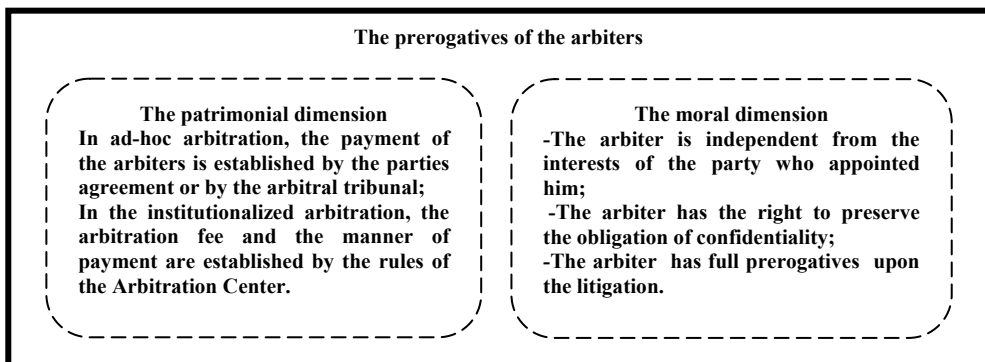
Arbitral justice is, first and foremost, a fiduciary type of justice. The trust that the parties have in specialized persons who are active in a field of activity represents the

starting point of the mechanism of appointing arbiters. What is the reason of the trust that the parties put in the specialized individuals-future arbiters? The most reasonable doctrinal² answer is suggested by the competence, the honesty, the acknowledgement that rejoice the persons who are nominated to form the arbitral tribunal. We feel that, in arbitration, trust must be understood in a bivalent way so that it can be applied in the relation parties-arbiters and also in the direction arbiters-parties.

Keping this idea in mind, we feel that, the status of the arbiters-by virtue of the assembly of rights and duties that it consecrates – sustains the trust that the parties manifest towards the arbiters (the rights and obligations are legal benchmarks according to which arbiters lead their action). Similarly, the status suggests to the parties the essential coordinates regarding what is allowed and what is forbidden, being a remedy towards what may become arbitrary. By status, arbiters show confidence in the parties as they are animated by the existence of some clear lines that will limit or will discard any deviations.

Doctrine³ has observed that the prerogatives of the arbiters may be organized into two dimensions : the patrimonial and the moral dimension. Practice has demonstrated this devision of the prerogatives of the arbiters during the arbitral procedure:

Picture 3. The Prerogatives of the Arbiters : the patrimonial and the moral dimension



(Source : Dănăilă Giorgiana, 2006 : 247-249)⁴

The obligations- the second side of the arbiters status – is ineluctably connected to the issue of the arbiters liability. We acknowledge some limits that will pursue the activity of the arbiters during the arbitral procedure, being, in some circumstances, easily to be confused with the prerogatives of the arbiters. *The obligation of independency, the obligation of confidentiality, the obligation to ensure a just treatment for all the parties of the arbitral trial*, accompany the arbiters in the developing of the arbitral trial, acting as pledges to the rights of the parties. Likewise, the fulfilment of the obligations of the

² Fouchard Ph., Gailard E., Goldman B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Publishing House Litec, Paris, 1996, p. 638.

³ Roș V., *Arbitrajul comercial internațional (International Commercial Arbitration)*, Publishing House Monitorul Oficial, Bucharest, 2000, p. 344-346.

⁴ The text of the picture has been extarcted from Dănăilă Giorgiana, *Procedura arbitrală în litigiile comerciale interne (The Arbitral Procedure in Domestic Commercial Litigation)*, Publishing House Universul Juridic, Bucharest, 2006, page 147-149.

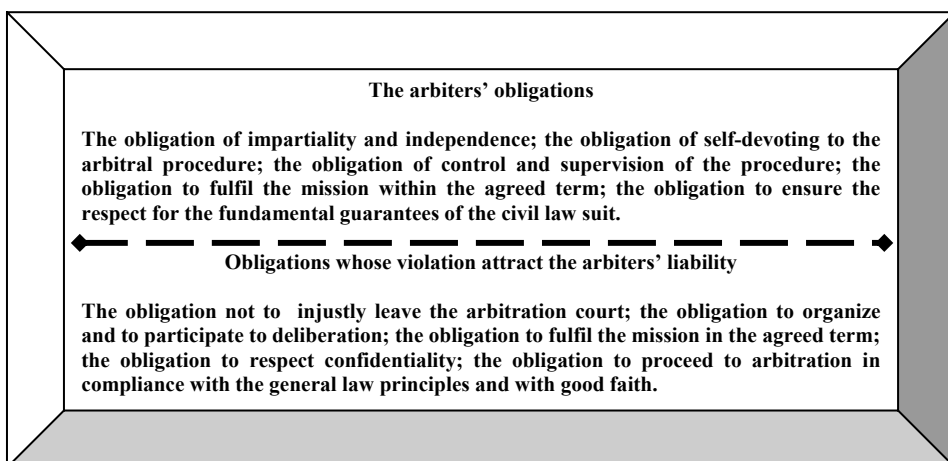
arbiters is a good plea for the exercise of the arbitres' powers, not only for granting the rights of the parties. Referring to arbiters, the obligations are the counterweight of the arbiters rights and the respect for the obligations is a just argument for exercising the rights. Referring to the parties, the arbiter who will fulfil the obligations in accordance with the legal provisions will be the guarantor of the rights of the parties.

The arbiters' liability is an issue that is naturally integrated in the debate about obligations. In this sense, art. 565 Code of Civil Procedure regulates the unlawful facts which, once committed, will attract the arbiters' liability for damages : *the unjustified waiver of the appointment that the arbiter has already accepted; the unjustified absence from the judgement of the litigation or the postponing of the decision within the period established by the arbitral convention or by law; the violation of the confidential character of arbitration by publishing or disclosing data by the arbiters without the parties authorization; violating with bad faith or with serious negligence of other liabilities.*

If we observe the unlawful acts that attract the arbiters' liability through the lens of the obligations that bound the arbiters then we will observe that, within the arbiters responsibility are included : *the obligation of not unjustly leaving the arbitration tribunal; the obligation of organizing and of participating to deliberation; the obligation to fulfil the mission within the agreed term; the obligation of respecting confidentiality; the obligation to resort to arbitration according to the general principles of law and with good faith.*

Any conclusion that states that the arbiters are exclusively bound to the fulfilment of those obligations that may attract the liability in case of violation is unjust. Of course, it is desirable that arbiters comply with the obligations imposed by law (art. 565 Code of Civil Procedure) so that the liability for damages would not be attracted but, in addition, arbiters will be also bound to respect some other obligations like : *the obligation of independence and impartiality; the obligation of self-devoting to the arbitral procedure; the obligation of control and supervision of the procedure; the obligation to ensure the respect of the fundamental guarantees of the civil suit*⁵.

Picture 4. The arbiters' obligations and liability. Some interrelations



⁵ Clay Th., *L'arbitre*, Publishing House Dalloz, Paris, 2000, p. 919.

The obligations that attract by their breach the arbiters' liability for damages do not have a special status as these are part of a more comprehensive entity, that is able to configure the assembly of the arbiter's obligations. In order to represent the plan of obligations that we advance, the segregation between general obligations and the obligations that attract the arbiters' liability is not categorical. On the contrary, the segregation between the two types of obligations is frail and can sometime be broken. The reason for sustaining this thesis resides in the fact that, the „transfer” of obligations from one field to another of the picture above is possible only if we refer to those obligations that cause liability – obligations that we can easily include in the sphere of general obligations. The reverse is impossible to conceive : the legislator establishes, in indicating the obligations that once violated attract the liability for damages, a restricted hypothesis; consequently, not all the arbiters' general obligations attract the liability for damages but only those that are expressly nominated by the legislator.

The analyse of the situations of abstention, objection, revocation, waiver and incompatibility

Although it is distinct from common law by means of the private and the fiduciary character, the arbitration judgement responds to the same claims of impartiality and objectivity that submits also the judgement made by State jurisdictions.

The legislator has understood the juridical subtleties that make the difference between the arbitration procedure and the common law procedure and, following to exclude subjectivity from the judgement, has instituted, in the case of arbitration, some procedural means, some being inspired from the common law procedure (*abstention, objection, incompatibility*) others being peculiar (*revocation, waiver*).

In the analytical framework of the procedural incidents occurred in the process of formation of the arbitral tribunal, *abstention and objection* are intimately related, abstention being nothing else than a self-objection⁶.

The legislator provides, in article 562 of the Code of Civil Procedure, the institution of *abstention* : (3) *The person who knows that exists a cause of objection against him is obligated to notify the parties and other arbiters before accepting the appointment of arbitration and if such causes appear after the acceptance, as soon as he has knowledge regarding the causes. This person cannot participate to the judgement of the litigation unless the parties, notified according to paragraph 4 communicates in writing the fact that they do not want to request the objection. Even in this case, this person has the right to abstain from the judgement of the litigation; nevertheless, the abstention cannot signify the acknowledgement of the objection cause. (5) Abstention produces effects from the date of its formulation, without any further formality.*

In the case of the judge, the institution of abstention operates in a simple manner if in his regard exists a reason for objection. In the case of arbitration, abstention becomes a pressing and difficult issue. The juridical mechanism of abstention may be resumed as follows : if the person who is requested for fulfil the function of arbiter knows that, in his regard exists a reason for objection, he has the duty to notify the parties and other arbiters acting in good faith. The person who is liable for objection may participate to the

⁶ Leş I., *Tratat de drept procesual civil (Treatise of civil procedural law)*, Publishing House All Beck, Bucharest, 2002, p. 228.

judgement if the parties do not want to formulate a request for objection. Even in this situation, the person can abstain, being in question a resolution with personal character adopted after a process of moral evaluation⁷. Abstention intervenes in order to state the free manifestation of any person who is appointed as arbiter of accepting or of rejecting the proposed appointment. As we have already stated in our paper, free will is also applied to arbiters – this affirmation has juridical endorsement in the fact that, the abstention request is not judged/assessed as it produces effects from the day of the formulation, without fulfilling any formalities. Free will is not absolute with regard to the arbiter who wants to abstain from the judgement of the cause. In this case, the elimination of the principle of free will is the fact of *denying justice*. Although it is fully justified by virtue of intrinsic characters of the person and although the Code of Civil Procedure does not bound the arbiter with the obligation to motivate his option for abstaining from judgement, abstention cannot be decided abusively.

On the other hand, the legislator establishes a direct link between the objection and the incompatibility of the arbiters, regulating, in article 562 Code of Civil Procedure, the cases in which these intervene : (1) ***Except for the cases of incompatibility provided for judges, the arbiter may be objected against for the following reasons as well :*** a) *the non-accomplishment of the conditions of qualification or of other conditions concerning arbiters provided by the arbitral agreement;* b) *when a legal person whose associate is or in whose management bodies we can find the arbiter has an interest for the cause;* c) *if the arbiter has working relations or direct commercial links with one of the parties, with a commercial society that is managed by one of the parties or who is in joint control of the arbiter;* d) *if the arbiter has given consultancy to one of the parties or if the arbiter has assisted or has represented one of the parties or has testified in one of the previous phases of the dispute.*

A synthesis of the above cited informations leads us to the bipartisan objection cases, as they are extracted from the common law procedure and from the arbitral procedure as well.

Picture 5. The bipartisan reasons of objection. Commentaries

The objection cases of the arbiters

The provisions of the common law procedure

Article 41, paragraph 1 Code of Civil Procedure : The judge who pronounced an intermittent provision or a final decision cannot judge the same cause in appeal, recourse, contestation in annulment, review nor in case of re-sending the case for judgement.

Article 41, paragraph 2 Code of Civil Procedure : The person who was witness, expert, arbiter, prosecutor, attorney, judicial assistant, assistant-magistrate or mediator in the case cannot take part to the judgement.

Article 42, paragraph 1 Code of Civil Procedure : The judge is also incompatible for judgement in the following situations :

-If he has already expressed his opinion referring to the solution of the case that was designated for his judgement. Discussing between parties some questions of fact or some legal questions according to article 14 paragraph 4 and 5 does not make the judge incompatible;

-If there are some circumstances that justify the fear that him, his husband, his ascendants or descendants or their in-laws have an interest in relation to the case that is judged;

-When he is the husband, relative, in-law up to the fourth degree including the attorney or the representative of one of the parties or if he is married to the brother or to the sister of the husband of one of these persons;

⁷ Prescure T., Crișan R., *Abitrajul comercial. Modalitate alternativă de soluționare a litigiilor patrimoniale (Commercial arbitration. Alternative way of solving pecuniar conflicts)*, Publishing House Universul Juridic, Bucharest, 2010, p. 119.

-If the husband or the former husband of the judge is relative or in-laws up to the fourth degree to one of the parties;
 -If him, his husband, or their relatives up to the fourth degree including their in-laws are parties in a law suit that is judged by the court of justice where one of the parties is judge;
 -If between him, his husband or his relatives up to the fourth degree including or his in laws and one of the parties is a criminal law suit 5 years before being designated to judge the cause. In the case of criminal claims formulated by the parties during the trial, the judge becomes incompatible only in the hypothesis of setting in motion against him the criminal action;
 -If he is tutor or curator of one of the parties;
 -If him, his husband, his descendants or ascendants have received gifts or promises for gifts or other advantages from one of the parties;
 -If him, his husband or one of his relatives up to the fourth degree including his in laws are in enmity relations to one of the parties, to the husband of one of the parties or to the relatives of one of the parties up to the fourth degree including;
 -If, when he is invested with the solving of a remedy, the husband or one of his relatives up to the fourth degree including has participated, as a judge or as a prosecutor, to the judgement of the same cause before another court of justice;
 -If he is the husband or the relative up to the fourth degree including or the in law with another member of the formation of the court;
 -If the husband, a relative or a in-law up to the fourth degree including has represented or assisted the party in the same cause before another court;
 -When there are some other elements that determine in a legitimate way doubts referring to his impartiality.
 Article 42, paragraph 2 Code of Civil Procedure: the dispositions of paragraph 1 regarding the husband are applicable also to cohabitants.

The provisions of the arbitral procedure

Article 562 Code of Civil Procedure : The lack of fulfilment of the conditions of qualification or of other conditions referring to arbiters provided by the arbitral agreement;
 Article 562 Code of Civil Procedure : When a legal person whose associate is or in whose management bodies is the arbiter has an interest in the case;
 Article 562 Code of Civil Procedure : If the arbiter has working relations or direct commercial links to one of the parties or to a society that is managed by one of the parties or that is in joint control with him;
 Article 562 Code of Civil Procedure : If the arbiter has given consultancy to one of the parties , has assisted or represented one of the parties or has testified in one of the previous phases of the litigation.

- COMMENTS : The Code of Civil Procedure, in its new reglementation, re-considers the objection cases as well as the incompatibility cases, objection and the abstention becomes endeavours
- by means of which one may invoke incompatibility. The incompatibility cases will be at the hand of the judge by abstention or at the hand of the interested party by means of objection. Unlike the old
- regulation, the Code of Civil Procedure includes, in the sphere dedicated to incompatibility, the case of pronouncing an intermittent decision. Any modification is welcome if we consider that the intermittent
- decisions are procedural acts by means of which are solved exceptions or other aspects that lead to the solution of the main case. Also, the sphere of incompatibility comprises also the judgement of the ways
- of retraction remedies : review and contestation in annulment. We deem as positive the legal
- modification because the participation of the judge to the solving of a retraction remedy that had as
- object his own decision gives birth, in the judges' disadvantage, to a presumption of lack of objectivity. From the objection motives enumerated in article 42 paragraph 1 of the Code of Civil Procedure, the
- last one attracts a absolute novelty. The source of inspiration for this cause of incompatibility resides
- in the exception of impartiality invoked before national jurisdictions by virtue of article 6 of the
- ECHR. We actually discuss about a compromise between the situation in which, from a factual point of
- view, there are reasons that may question the judge's impartiality but that cannot be included within
- the dimension of the reasons of objection.

(Source: Dimitriu Alexandru, 2008 : 32-33; Tăbărcă Mihaela, 2006 : 245)⁸

⁸ The text of the picture was taken from Dimitriu A., *Are CSM atributul legiferării? Cazul de incompatibilitate prevăzut de art. 24 C. pr. civ. în lumina hotărârii Consiliului Superior al Magistraturii (Has SCM the ability to enact legislation? The case of incompatibility provided by article 24 of the Code of Civil procedure in light of the decision of the Superior Council of Magistracy)*, Article published in the review *Curierul Judiciar (The Legal Courier)*, no. 11, Bucharest, 2008, p. 32-33; Tăbărcă M., *Excepțiile procesuale*

The objection is identical to the right that the parties involved in litigation have to request, if the legal hypothesis is fulfilled, that the arbiter withdraws from the composition of the arbitral tribunal. Beyond this doctrinal simplification, within the arbitral procedure, the objection dimension, may be given hypothesis that are sanctioned by law but that exceed the legal dimension. For explaining this aspect, the legislator states, in article 562 Code of Civil Procedure paragraph 1 letter „a” to a specific case of objection that is attracted by the unfulfilment of the conditions provided by the arbitral convention. It is a typical legal case (given the legal consecration) but, at the same time, it is a case that springs from a contractual clause (being an element that is provided within the arbitral convention). Once again, free will configures the arbitration framework as the parties have the possibility to state, like the legislator, the conditions that must be fulfilled by arbiters and the conditions that once violated will attract objection. In the continuation of the legal text that was invoked (article 562 of the Code of Civil Procedure), the legislator attracts attention upon the fact that a party cannot object against the arbiter that was appointed by her, except if there are causes that appeared after the appointment or that the party acknowledged after the appointment. This regulation is in compliance with the right to a fair trial – amongst whose components we find the objectivity and the impartiality of the tribunal that is requested to judge and in compliance with the requirements of good faith – according to which, the party who appoints an arbiter exceeds his rights if the party knows that in regard to that particular arbiter there is a reason for objection.

The objection against the arbiters is a consequence of the conventional effect generated by the arbitral agreement. As states article 544 paragraph 2 Code of Civil Procedure : (...) *parties may establish by means of the arbitral convention (...) the rules concerning the composition of the arbitral tribunal, the appointment, the **objection** and the replacement of arbiters. Unlike objection – that being requested by the interested party has a unilateral character, revocation is distinguished by means of its ambivalent character being a result of the common initiative of the parties*⁹.

Finally, the arbiter himself may, for legitimate reasons, to waive the mission that was entrusted to him without that this act equals to the abstention. The theory of the free will also be applied in this stage of arbitration, being the foundation of this certain action of the arbiter. The waiver of the mission will be made from justified reasons as : poor health status, the temporary incapacity of exerting the arbitration, etc. Eminently subjective, the waiver of the arbiter's mission highlights the contractual character of arbitration, equating to the waiver, from the part of proxy, to the entrusted mandate¹⁰.

The procedural incidents that refer to the constitution of the arbitral tribunal has as consequence the replacement of the arbiters as long as there isn't a substitute at the same time as the appointment of the arbiter. Neither the objection, revocation, abstention, incompatibility nor the waiver will ineluctably affect the development of the arbitral procedure; the replacement of the arbiters that are in these situations allow to the course of the arbitral procedure to remain natural and unchanged. In order to preserve the coherence of the arbitral procedure, it is legally instituted a domino-effect that lays down

in procesul civil (The procedural exceptions in the civil law suit), Publishing House Universul Juridic, Bucharest, 2006, p. 245.

⁹ Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B., *cited work*, p. 631-633.

¹⁰ Prescure T., Crișan R., *cited work*, p. 120.

the following rules : in case of objection, revocation, abstention, waiver, death as well as in any other cases in which the arbiter is prevented from exerting his mission, it will be appointed a substitute; in lack of a substitute or if the substitute is prevented, in his turn, to exert this appointment, it will be proceeded to the replacement of the arbiter, respecting the rules of appointment.

Conclusions

Knowing the method of appointing arbiters and the method of forming the arbitral tribunal are essential premises for surprising the spirit of the arbitral procedure. The arbiters that form the arbitral tribunal are appointed by virtue of the will of the parties – hence the personal and peculiar character of the arbitral procedure. If arbitration is guided by the parties, this character is reflected also in the judgement; without disregarding the criterion of objective justice, the arbitral procedure acknowledges the role of the free will principle.

Bibliography:

1. Deleanu Ion, Deleanu Sergiu, *Arbitrajul intern și internațional (Domestic and International Arbitration)*, Publishing House Rosetti, Bucharest, 2005, page 111.
2. Fouchard Philippe, Gailard Emmanuel, Goldman Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Publishing House Litec, Paris, 1996, page 638.
3. Roș Viorel, *Arbitrajul comercial internațional (International Commercial Arbitration)*, Publishing House Monitorul Oficial, Bucharest, 2000, page 344-346.
4. Dănăilă Giorgia, *Procedura arbitrală în litigiile comerciale interne (The Arbitral Procedure in Domestic Commercial Litigation)*, Publishing House Universul Juridic, Bucharest, 2006, page 147-149.
5. Clay Thomas, *L'arbitre*, Publishing House Dalloz, Paris, 2000, page 919.
6. Leș Ioan, *Tratat de drept procesual civil (Treatise of civil procedural law)*, Publishing House All Beck, Bucharest, 2002, page 228.
7. Prescure Titus, Crișan Radu, *Abitrajul comercial. Modalitate alternativă de soluționare a litigiilor patrimoniale (Commercial arbitration. Alternative way of solving pecuniar conflicts)*, Publishing House Universul Juridic, Bucharest, 2010, page 119.
8. Dimitriu Alexandru, *Are CSM atributul legiferării? Cazul de incompatibilitate prevăzut de art. 24 C. pr. civ. în lumina hotărârii Consiliului Superior al Magistraturii (Has SCM the ability to enact legislation? The case of incompatibility provided by article 24 of the Code of Civil procedure in light of the decision of the Superior Council of Magistracy)*, Article published in the review Curierul Judiciar (The Legal Courier), no. 11, Bucharest, 2008, pages 32-33.
9. Tăbărcă Mihaela, *Excepțiile procesuale în procesul civil (The procedural exceptions in the civil law suit)*, Publishing House Universul Juridic, Bucharest, 2006, page 245.
10. The Code of Civil Procedure.

REFLECȚII ÎN MATERIA PROCEDURII ARBITRALE. DESPRE PRINCIPIALITATE ÎN PROCEDURA ARBITRALĂ ȘI ÎN PROCEDURA DE DREPT COMUN*

*Florea MĂGUREANU**
Beatrice BERNA****

Abstract

Lucrarea de față își propune să sublinieze, instrumentând un referențial de analiză personal, specificitățile procedurii arbitrale, oferind în acest sens un loc primordial problemei principialității. Arbitrajul aduce în discuție conflictul într-o portretizare *suis generis*, înlăuntru a căreia aspectele sociologice ființează alături de cele juridice, contextualizând premisele dreptății și nevoia de dreptate în sine. Pe de altă parte, rolul principiilor în procedura arbitrală este circumscris nevoii de a păstra un fin echilibru între reglementarea situației conflictuale și dezlegarea acesteia de o manieră legală și, concomitent, parantetică moralei. Optând pentru o metodologie de lucru deductivă, vom analiza (fără a avea pretenția exhaustivității!) *modus operandi* al principiilor procedurii arbitrale.

Cuvinte-cheie: procedura arbitrală, procedura de drept comun, particularități, principii

Stabilirea contextului general de studiu. Aserțiuni personale asupra procedurii arbitrale

Înainte de toate, este imperios să arătăm că, domeniul arbitral constituie nu doar o paradigmă juridică ofertantă cât și un domeniu juridic autonom înlăuntru a căruia creativitatea și efortul personal al cercetătorului, spiritul critic și cutezanța analitică reclamă medii de expunere. Pe cale de consecință, este sigur argumentul conform căruia, reflecțiile personale – inter și trans disciplinare – asupra subiectului arbitralității, vin să complinească lacunele, să indice limite (acolo unde ele subzistă în stare latentă) și să formuleze puncte de vedere flexibile, în completarea abordărilor pur legaliste – mai mult tehnice și separatoare decât integratoare.

În contextul actual, evidența lucrurilor ne arată că societatea se însoțește cu starea de conflict. Deși stabilitatea există și este manifestă, factorii de disrupție apar și se multiplică înlăuntru interacțiunilor dintre membrii societății, creând probleme ce trebuie soluționate.

Dacă starea contradictorie se remarcă pe fond juridic, atunci apelul la instanțele de judecată, la aplicarea legii – pare a fi logica de acțiune cea mai potrivită. Totuși, *pare* nu indică soluția optimă, respectiv *calea de urmat* în corecta dezlegare a unui diferend. Într-adevăr, apelul la instanțele de judecată permite restabilirea ordinii în relațiile sociale prin

* Articolul a beneficiat de suport științific de cercetare prin intermediul proiectului **ȘCOALA PRACTICĂ: Inovare în învățământul superior și succes pe piața muncii**, proiect cu număr de identificare POSDRU/156/1.2/G/132920. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

** Profesor universitar doctor, Universitatea Româno-Americană, București, România; e-mail: magureanu.florea@profesor.rau.ro, floreamagureanu@gmail.com.

*** Doctorandă, Universitatea Titu Maiorescu, București, România; e-mail: berna.beatrice@yahoo.com.

aplicarea normelor de drept în mod impersonal, oferind câștig de cauză părții îndrituite și aplicând sancțiuni pentru partea care a nesocotit ordinea convenită.

În schimb, o atentă observare a modului de socializare, va reliefa aceea că indivizii acceptă cu oarecare dificultate o soluție obiectivă și formală pentru conflictul în care aceștia se găsesc. Motivul este lesne de înțeles: subiectivismul domină modul în care fiecare parte percepe premisele litigiului și culpa pe care o poartă în declanșarea acestuia. Astfel, partea dezvoltă rezerve față de modalitatea în care instanța va aprecia cazul dedus judecății. În alte cuvinte, opinia judecătorului (deși independentă și obiectivă) este o opinie strict formală, exprimată de o persoană desemnată aleatoriu pentru studierea și rezolvarea conflictului.

Este de nețăgăduit că, la nivel pur juridic, *res judicata pro veritate accipitur* – are aplicabilitate. Suntem însă de părere că, orice adevăr juridic este, în primul rând, un adevăr social iar dictonul latin nu surprinde incidențele sociale, interumane, pe care conflictul le provoacă. Rezultatul judecății întreprinse de instanțele de drept comun, va restabili adevărul între părțile litigante doar din perspectivă obiectivă, fiind neglijate aspectele care țin de solidaritatea și coeziunea grupului sau de subiectivismul atât de specific indivizilor implicați.

Răspunsul la aceste probleme este arbitralitatea. Ca alternativă la justiția statală, procedura arbitrajului vine să complinească lacunele pe care legea le presupune, valorificând, în primul rând, voința părților. După cum se apreciază în doctrină¹, arbitralitatea este o procedură sensibilă la subiectivismul părților, fiind, în același timp, expeditivă – acolo unde legea este lentă, ieftină – acolo unde legea este costisitoare, simplă – acolo unde legea este tehnică, pacificatoare – acolo unde există discordie.

Acestea fiind menționate, devine evident un alt motiv pentru care studiul arbitralității este mereu actual și provocator : caracterul său procedural specific, am putea spune chiar *suis generis*. Dacă procedura utilizată de instanțele de drept comun este prin natura sa imobilă, concentrată pe aplicarea abstractă a unei norme specifice, procedura arbitrală nu este impusă unilateral; dimpotrivă, ea este conturată de reguli la a căror constituire părțile au o contribuție considerabilă.

De asemenea, nu putem nega faptul că, procedura arbitrală oferă o reprezentare aparte a individului, relația dintre arbitru și parte este cvasi-familiară iar distanța caracteristică jurisdicțiilor statale tinde să se estompeze. Considerăm că, valorizarea individului – în sensul de înțelegere holistică a acestuia este apanajul arbitrajului care, devine evident prin argumentul conform căruia : arbitralitatea urmărește țelul profund al reechilibrării relației dintre părțile conflictului, potențând trăsăturile de personalitate și valorile indivizilor implicați. Bineînțeles, nu dorim subevaluarea jurisdicțiilor statale – care, prin activitatea lor, obțin elucidarea raportului juridic litigios, soluționând, în demersul lor, presante probleme de drept. Ceea ce dorim să evidențiem ține de reducerea imaginii individului la o chestiune juridică simplă – acesta, dacă trădează culpa, poate fi sancționat și, ulterior, reabilitat.

Suntem de părere că, provocarea pe care o suscită oricare problemă juridică, nu decurge din norma de drept, ci din calificarea actului uman – act purtător al unor inimaginabile resorturi intelective și volitive. Nu conștiința vinovăției și speranța

¹ O. James, *Despre Curtea de Arbitraj Internațional de la Londra*, articol publicat în revista *The Law Quarterly Review*, Londra, 1983, p. 86.

soluționării pe cale simplificată a litigiului sunt aspectele care îl determină pe individ să apeleze la procedura arbitrală, ci încrederea că, prin arbitralitate acesta va câștiga înțelegere și i se va arăta calea de redresare a relației conflictuale.

Finalmente, o conceptualizare pe care o considerăm reprezentativă pentru problematica arbitrajului poate fi exprimată astfel : pentru că înainte de a fi subiecte de drept, suntem determinați de condiția umană; pentru că înainte de a comite un act de inechitate socială, suntem animați de trăiri nepotrivite; resimțim nevoia de a fi judecați și în funcție de criterii personale, morale sau de echitate. Aici devine evident interesul pentru arbitraj: nevoia individului de a-i fi înțeles și apreciat comportamentul înăluntru legii, dar și dincolo de aceasta – respectiv prin intermediul unei proceduri maleabile, compatibilă cu aspectele echității și moralei. Statul, are și el interesul de a permite proceduri prin care să fie soluționate conflictele care apar în societate, în vederea asigurării ordinii de drept, stabilității și dezvoltării economice și sociale².

Utilitatea studierii cadrului principal

Contemporaneitatea dă naștere, în permanență, unor noi realități sociale. Sistematizarea evenimentelor care impactează societatea este o nevoie reală, care emană din om și își găsește împlinirea în tot ceea ce definește sfera de manifestare individuală.

În drept, nu poate fi negată nevoia de ordine și nici curiozitatea de a descoperi acea valoare esențială care ordonează toate lucrurile! Căutând să așeze actele sociale pe un fundament clar – prin prisma căruia să fie posibilă evaluarea și calificarea, indivizii au instituit *principiile* iar normativul le-a sancționat, dezvoltându-le. Într-adevăr, rezonând cu teza dreptului natural și cu școala dreptului istoric, suntem de părere că principiile izvorăsc din ființa umană pentru că ele sunt răspunsul omului la căutarea ordinii³. Principiile provin de la individ și se orientează către acesta deoarece ele se bazează pe *rațiunea umană și configurează valoric întreaga ordine juridică*⁴. Acolo unde norma de drept este confuză, *principiul are valoare explicativă întrucât poartă în conținutul său temeiurile existenței și evoluției istorice a dreptului*⁵. Prin firea sa unică, principiul amintește de compromisul între ideal și concret, între anticipațiile umane și condiția rigidă a normei de drept. Pentru a fi mai concisi, principiul este plămădit de dorința oamenilor de a fi călăuziți de idei fundamentale, compatibile cu morala – astfel cum aceștia o recunosc; în aceste condiții principiul devine *dat-ul* dreptului – temei ideal ce servește știința. Prin transpunerea principiilor în construcții umane (de exemplu, în norme de drept) principiul devine *construit-ul* dreptului, probându-și utilitatea practică⁶.

Interesul pentru studierea principiilor unei discipline sau instituții juridice are determinanți diverși, dar bine argumentați. În primul rând, principiile *sunt prerogativele*

² I. Avram, D. Gorun, *Rolul statului în dezvoltarea economică, Culegerea de Comunicări Științifice a Universității Româno-Americane pe anul 2000*, Secțiunea „Instituții politice și juridice în perioada de tranziție”.

³ J. Claude, *La nature des principes generaux du droit en droit francais. Travaux et recherches de l'Institut de droit compare de l'universite de Paris*, Editura Dalloz, Paris, 1962, p. 203-207.

⁴ Andreescu M., *Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 6.

⁵ Popa N., *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 93.

⁶ Djuvara M., *Drept și sociologie*, Editura I.S.D., București, 1936, p. 11-12.

care trasează sensul elaborării și aplicării normei de drept⁷. Suntem de părere că, dincolo de norma de drept – eminentă tehnică, este așezat principiul – normă transcendențială și transdisciplinară – care încifrează esența spiritului uman, obținând prin acțiunea sa, prevalența spiritului legii. În al doilea rând, *sistematizarea* este urmărită în toate procedurile judiciare având în vedere faptul că, sistematizare generează eficiență și asigură premisele unei aplicări corecte și riguroase a normelor de drept. În consecință, admitem postulatul conform căruia: *acțiunea principiilor are ca rezultat conferirea certitudinii normei, fiind garanția indivizilor contra imprevizibilității normelor, garantând caracterul social, verosimil și oportunitatea legilor*⁸. Un alt argument în favoarea utilității studierii principiilor (poate și cel mai pertinent) ține de *rațiunea cunoașterii*. Instituțiile juridice nu pot fi decelate în profunzime și adevăratul sens nu se descoperă, dacă cercetătorul nu acordă atenția cuvenită principiilor fundamentale. Acestea configurează structura și bazamentul unui segment juridic particular și concretizează semnificațiile de esență⁹. Am putea afirma că, din această perspectivă, principiile sunt indicii identitari ai oricărei fracțiuni juridice : instituție, noțiune, procedură. Finalmente, *principiile conferă dreptului completitudine logică, venind să complinească neajunsurile provocate de legea lacunară sau confuză*. Cu ajutorul principiilor, creația legislativă este desăvârșită, fiind instituită acum o supraordine juridică – la care este posibil să se apeleze pentru soluționarea cazurilor neanticipate de legiuitor¹⁰.

Având în vedere adâncimea semnificațiilor pe care le presupun principiile pentru macrosistemul dreptului și subsistemele din compunerea sa, este limpede că, motivele enunțate în susținerea utilității principiilor nu sunt limitate și nici limitativ enumerate.

Coordonate ale problematicii principiilor în procedura arbitrală

Derivată din procedura de drept comun, procedura arbitrală recunoaște și aplică principiile fundamentale în funcție de care se înfăptuiește justiția statală, fără ca prin aceasta să fie negată organizarea sa autonomă. Legiuitorul concentrează, în *art. 575 C. pr. civ.*, coroborat cu *art. 576 C. pr. civ.* esența regulilor de urmat în procesul arbitral. *Art. 575* trimite, în *alin. (1)* la o altă normă de drept : *Judecata arbitrală se desfășoară potrivit regulilor procedurale stabilite la art. 576*. În schimb, *alin. (2)* este mai explicit : (...) *principiile fundamentale ale procesului civil prevăzute la art. 5 alin. (2), art. 8-10, art. 12-16, art. 19-21, art. 22 alin. (1), (2), (4), (5) și (6) și la art. 23 sunt aplicabile în mod corespunzător și în procedura arbitrală*. Enumerarea de față are utilitate juridică întrucât prezintă reguli imperative ce se impun a fi respectate sub sancțiunea desființării hotărârii arbitrale. *Denegarea de dreptate, egalitatea, disponibilitatea, obligațiile părților în desfășurarea procesului, buna-credință, dreptul la apărare, contradictorialitatea, oralitatea și nemijlocirea, continuitatea, respectarea principiilor fundamentale, încercarea de împăcare a părților, rolul judecătorului în aflarea adevărului* – exceptând referirile legate de posibilitatea judecătorului de a dispune introducerea în cauză a altor persoane, precum și referirile legate de puterea de apreciere a judecătorului –, *respectul cuvenit justiției* devin principii comune procedurii de drept comun și procedurii arbitrale.

⁷ Ceterchi I., Craiovean I., *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1993, p. 30.

⁸ Popa N., *op. cit.*, p. 95.

⁹ Andreescu M., *op. cit.*, p. 5.

¹⁰ Szabo I., *Interpretarea normelor juridice*, Ed. Științifică, București, 1964, p. 320.

Caracterul special al procedurii arbitrale permite instrumentarea și supradimensionarea unor principii diferite de cele operante în procedura civilă. Legiuitorul procesual-civil consacră, în art. 576 – *Regulile de procedură aplicabile: (1) Părțile pot stabili, în convenția arbitrală, regulile de procedură aplicabile arbitrajului sau îi pot împuternici pe arbitri să stabilească aceste reguli. Aceste reguli se completează, dacă este cazul, cu prevederile prezentei cărți. (2) Când părțile recurg la arbitrajul instituționalizat, se aplică dispozițiile art. 619 alin. (3). (3) În toate celelalte cazuri, procedura arbitrală este cea stabilită de prezenta carte.*

Și în acest context, subtilitățile juridice subzistă și se impun a fi înțelese. Enunțarea principiilor procedurii arbitrale este secvențială și orientată spre surprinderea regulilor de maximă importanță. Deci, enunțarea principiilor nu se oprește aici, fiind completată – prin intermediul doctrinei – cu norme care reafirmă caracterul arbitral special și complex. Se cuvine să înțelegem problema principiilor procedurii arbitrale în sensul admiterii principiilor procedurii de drept comun (bineînțeles – cât timp acestea nu stânjenesc firescul procedurii arbitrale)¹¹. Admiterea și integrarea principiilor jurisdicțiilor statale în procedura arbitrală nu va fi, după cum deja am sugerat, una totală. Exemplificativ, amintim două limite: *pe de o parte, în privința principiului liberului acces la justiția arbitrală și, pe de altă parte, în privința publicității dezbaterilor*. Dacă aspectul publicității este clar – fiind opusul confidențialității, înfrângerea liberului acces la justiție este un aspect ce trebuie raportat la cheltuielile arbitrale. Acestea din urmă se întind și asupra onorariilor arbitrilor în timp ce, în procedura de drept comun, remunerația judecătorilor este în sarcina statului, păstrându-se prin aceasta prestigiul justiției¹².

Confidențialitatea este mai mult decât o simplă trăsătură a procesului arbitral, fiind ridicată – după cum deja am anticipat – la rang de principiu. Inițial, caracterul privat și confidențial al arbitrajului erau conexe, considerându-se un non-sens juridic ca părțile să se bucure, în același timp, de posibilitatea de a îndepărta terții de la judecată cât și de posibilitatea de a discuta aspecte legate de cauză cu aceștia¹³. Ulterior, caracterul privat și cel confidențial au cunoscut accepțiuni diferite, confidențialitatea fiind regula mai generală – ce se extinde în cursul întregului proces iar caracterul privat fiind regula specială – având aplicabilitate în cursul dezbaterilor orale¹⁴.

Dacă la nivel faptic există o multitudine de circumstanțe inerente aplicării confidențialității, la nivel legal, regulile care consacră confidențialitatea sunt generoase în explicații, oferind siguranță juridică acestui concept. *Art. 52 din Regulile de Arbitraj ale Organizației Mondiale ale Proprietății Intelectuale* apreciază precum confidențială *orice informație, indiferent de forma în care este exprimată, în posesia unei părți, la care publicul nu are acces, având semnificație comercială, financiară sau industrială și considerată drept confidențială de partea în posesia căreia se află*.

¹¹ C. Thomas, *L'arbitre*, Ed. Dalloz, Paris, 2000, p. 176.

¹² Dănăilă G., *Procedura arbitrală în litigiile comerciale interne*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 118.

¹³ Tweeddale A., Tweeddale K., *Arbitration of commercial disputes. International and english law and practice*, Ed. Oxford University Press, London, 2007, p. 350.

¹⁴ Smeureanu I., *Soluționarea disputelor prin intermediul arbitrajului comercial internațional : pledoarie pentru confidențialitate*, articol publicat în *Revista Română de Arbitraj*, nr. 1/2008, p. 43.

Raportată la procedura arbitrală propriu-zisă, confidențialitatea este reglementată astfel¹⁵ : *cu excepția sau în măsura în care, sentința arbitrală este atacată pe cale judiciară sau, este începută o acțiune având ca obiect executarea hotărârii arbitrale, nicio informație legată de existența arbitrajului nu poate fi făcută publică unilateral de către una dintre părți sau de către un terț, în afara cazului în care: – legea sau un organ competent o impune, iar atunci numai dezvoltându-se nu mai mult decât ceea ce este legal solicitat; informația a fost prezentată Tribunalului și uneia dintre părți – respectiv divulgarea a operat în timpul procedurii arbitrale, sau numai celeilalte părți – dacă divulgarea s-a produs ulterior finalizării procedurii arbitrale, fiind necesară prezentarea obiectului divulgării și o justificare a acesteia.*

Regulile Curții de Arbitraj Internațional de la Londra, prevăd, în art. 30, obligația generală de confidențialitate în sarcina părților și a arbitrilor. De asemenea, potrivit art. 20 alin. (7) din Regulile de Arbitraj ale Camerei Internaționale de Comerț de la Paris, tribunalul arbitral poate lua măsuri pentru protejarea secretelor comerciale și a informațiilor confidențiale, iar art. 6 din Legea model UNCITRAL stipulează că activitatea Curții are o natură confidențială care trebuie respectată de către oricine participă în cadrul acesteia, indiferent în ce calitate.

Mult mai lămuritoare, doctrina românească se referă la conținutul confidențialității ca fiind expus pe trei niveluri distincte – aflate în interdependență: *participanții la proces, procedura arbitrală, întinderea în timp a obligației*. Considerăm cele trei niveluri de analiză precum variabile de studiu, dat fiind faptul că, obligația confidențialității va dobândi conotații diferite în urma raportării la un nivel sau altul. Astfel, dacă prin raportare la nivelul *participanților la proces*, confidențialitatea este *absolută*, fiind o *obligație opozabilă erga omnes*, prin raportare la *întinderea în timp a obligației de confidențialitate*, aceasta din urmă nu va fi absolută¹⁶. Totodată, prin raportare la *nivelul procedurii arbitrale*, confidențialitatea nu va fi recunoscută precum o normă de strictă aplicare, fiind susceptibilă de excepții.

Principiu și avantaj al procedurii arbitrale, confidențialitatea dă curs *flexibilității*. În consecință, procedura arbitrală va fi flexibilă pentru că se poate auto-guverna, îndepărtându-se de rigorile procedurii de drept comun și fiind însuflețită de norme ce izvorăsc din manifestarea de voință a părților – aceasta din urmă antrenând, la rândul său, corolarul principiului autonomiei de voință a părților. De pildă, în procedura arbitrală (după cum am arătat mai sus), confidențialitatea este regula, iar principiul respectului cuvenit justiției nu împiedică obținerea unei atmosfere destinate – în care părțile preferă calea cooperării și apelul la un arbitru pentru soluționarea litigiului¹⁷.

Autogovernându-se, procedura arbitrală este în dependență de anumite principii – mai mult sau mai puțin inovatoare, *kompetenz-kompetenz* fiind unul dintre ele. Legiuitorul sancționează principiul în mod expres în art. 579 C. pr. civ.: *La primul termen de judecată cu procedura legal îndeplinită, tribunalul arbitral își verifică propria competență de a soluționa litigiul.*

¹⁵ Regulile de Arbitraj ale Organizației Mondiale ale Proprietății Intelectuale, art. 73.

¹⁶ Tweeddale A., Tweeddale K., *op. cit.*, p. 355.

¹⁷ Popescu T., *Dreptul comerțului internațional*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 367.

Importat din dreptul german sub formula kompetenz-kompetenz, principiul exprimă *dreptul (competența) arbitrilor de a statua asupra propriei lor competențe – abilitate ce decurge în mod complementar din convenția de arbitraj*¹⁸. Descriș în acești termeni, principiul pare a nu suscita probleme complexe de analiză, conceptualizarea reușind să se impună per se. În schimb, dacă reflectăm asupra *temeiului kompetenz-kompetenz*, conștientizăm că acesta este, în egală măsură, problematic și conflictual. Problematic – deoarece doctrina nu reușește să stabilizeze un punct de vedere comun asupra sursei principiului; conflictual – deoarece opiniile pronunțate asupra acestei chestiuni nu sunt doar variate, ci sunt chiar teoretic-ostile una alteia. Doctrina românească recunoaște că puterea arbitrului se trage din convenția de arbitraj iar verificarea competenței arbitrului presupune implicit verificarea valabilității convenției arbitrale. Dimpotrivă, doctrina franceză recunoaște competența arbitrului de a se pronunța asupra propriei competențe în temeiul prevederilor legale, fără a fi necesar a se raporta la convenția arbitrală.

Cert este că, regula kompetenz-kompetenz și convenția arbitrală sunt apte să genereze două efecte majore. Avem în vedere mult uzitatul *efect pozitiv* care reiterează însuși sensul principiului – posibilitatea arbitrilor de a decide asupra propriei competențe și subsidiarul *efect negativ* – conform căruia jurisdicțiilor statale le este oprit a se pronunța asupra fondului problemelor care necesită competența arbitrilor înainte ca aceștia să se pronunțe asupra competenței lor¹⁹. Pozitive sau negative, efectele kompetenz-kompetenz sunt de dorit întrucât prin ele, principiul are aplicabilitate practică și ființează din punct de vedere juridic.

Invocarea, în fața jurisdicțiilor de drept comun, a excepției de necompetență a tribunalului arbitral, compromite iremediabil procedura arbitrală – nu doar în dezideratul celerității cât și în cel al flexibilității sau, de ce nu, al echității. Pentru totala exploatare a kompetenz-kompetenz, se va permite arbitrilor să decidă asupra propriei lor competențe, fără a fi negat controlul post-factum al jurisdicției statale. Concomitent, se va interzice acesteia din urmă să intervină înainte de a fi pronunțată sentința arbitrală iar părțile vor fi ocrotite, având dreptul de a invoca nulitatea sau inexistența convenției de arbitraj²⁰.

Mai mult decât un principiu comun și ceva mai puțin decât o valoare autonomă, *echitatea* domină dezbaterile de față. Trebuie să recunoaștem că, instrumentarea echității este cu atât mai anevoioasă cu cât există dificultăți în conceptualizarea și în specializarea termenului. *Dificultatea conceptualizării* se reperează după următoarele date : din punct de vedere filosofic, echitatea corespunde ideii de dreptate, adevăr, umanism; doctrina Evului Mediu susține că, echitatea este echivalentul puterii de a învinge – derivată de la o sursă divină; științele matematice asociază echitatea cu egalitatea și proporționalitatea²¹. Parcurgând aceste idei, concentrarea echității într-un concept juridic unic pare a fi un demers derizoriu. Însă, *momentul Revoluției Franceze din 1789* a adus cu sine *Declarația*

¹⁸ Costin M., *Drept comercial internațional. Ghid alfabetic*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1987, p. 359.

¹⁹ Golub S., *Câteva reflecții cu privire la competența tribunalului arbitral de a statua asupra propriei sale competențe*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1999, p. 5.

²⁰ Popescu T., *op. cit.*, p. 101.

²¹ Juncan C.-Ș., *Judecata în echitate în dreptul civil românesc*, articol publicat în revista Fiat Justitia, nr. 2/2012, p. 101-102.

Drepturilor Omului și Cetățeanului, depășind prin aceasta formele filosofico-morale ce erau atribuite echității și deschizând calea către consacrarea juridică. Ulterior, acte de însemnătate politico-juridică precum *Declarația Universală a Drepturilor Omului* (1948) sau *Convenția Europeană a Drepturilor Omului* (1950) au desăvârșit recunoașterea juridică a echității, reprezentând sursă a conceptualizării juridice. Paradigma juridică conceptualizează echitatea precum valoare de bază a dreptului, deosebind între două fațete ale acesteia: *o fațetă de fond – care ține efectiv de susținerile părților și de dreptul adus în discuție și o fațetă procedurală – care trimite la modalitatea în care instanța soluționează un diferend*.

Echitatea poartă, intrinsec, o *dificultate a specializării* care se dovedește incomod de aflat și de aplicat. După cum reiese din cele expuse mai sus, echitatea este o valoare universală a dreptului, astfel încât, limitele aplicării sale în planul particular al dreptului civil sau procesual civil vor fi stabilite, în primul rând, prin raportare la criterii universale. Criterii universale ce vor servi drept ghid și pentru localizarea echității în cadrul procedurilor speciale – de tipul celei arbitrale. În acest sens, analiza asupra modului de operaționalizare a echității în contextul procedurii arbitrale, va fi ghidată de criterii generale (echitatea este o valoare juridică universală), cu luarea în considerare a criteriilor particulare (desprinse din particularitățile procedurii speciale a arbitrajului). Având ca reper echitatea și fiind reglementat și acceptat inclusiv din punct de vedere juridic, arbitrajul va fi *aequo et bono*. Odată ce părțile au convenit ca soluționarea litigiului să îmbrace această formă, arbitrul va pronunța o hotărâre în echitate – aducând avantaje ambelor părți și orientându-se în funcție de conștiința sa.

Arbitrajul în echitate nu este discreționar și nu este înfăptuit în absența oricăror reguli. Dimpotrivă, arbitrul se va întoarce concomitent către sine și către norma de drept, va sonda propriile sale convingeri și va decide în consecință. Astfel, *deși nu are la bază aplicarea strictă a anumitor norme juridice, arbitrajul ex aequo et bono nu se situează în afara dreptului*²². În lumina acestei aserțiuni, considerăm eronată ideea că, în cazul arbitrajului în echitate, normele juridice sunt excluse de la aplicare, fiind înlocuite de normele non legale, de natură morală – apte să creeze un *para-drept*. Nu suntem de părere că, înlăuntrul arbitrajului în echitate, soluționarea litigiului este dictată de un *drept paralel – constituit din norme ale spiritului*; mai degrabă, apreciem că, dacă arbitrajul este *aequo et bono*, morala umană va constitui acea putere moderatoare în funcție de care arbitrul poate atenua rigorile legale, modelându-le în scopul justei aplanări a diferendului.

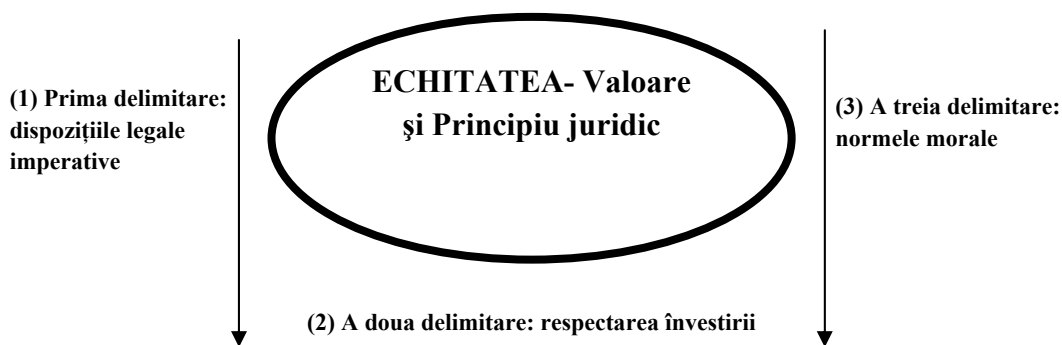
Prin intermediul echității, este permisă interpretarea dreptului într-un mod care să facă posibilă adaptarea dreptului la situații faptice atipice. Astfel, sunt evitate situațiile injuste, contrare echității, sintetizate în adagiul *dura lex, sed lex*²³. Arbitrul nu poate invoca echitatea în scopul modificării clauzelor contractuale însă, are puterea de a nu aplica acele clauze ce sunt inechitabile sau de a atenua consecințele împovărătoare pe care clauzele contractuale le aduc unui partener.

²² Ștefănescu B., Rucăreanu I., *Dreptul comerțului internațional*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 127.

²³ Căpățînă O., *Litigiul arbitral de comerț exterior*, Ed. Academiei, București, 1987, p. 233.

Fiind un compromis între principiu și valoare juridică, echitatea privește fondul, dar și procedura arbitrală. Mai mult, în dinamică, echitatea își estompează valențele absolute și cunoaște delimitări.

**Figura 1. Delimitările personale ale principiului echității.
Un model exemplificativ**



Delimitările echității pot fi închipuite în alte forme și în alt context. Modelul pe care l-am propus nu are pretenția infailibilității, ci se recomandă ca perfectibil. Însăși reprezentarea grafică pe care am sugerat-o nu este una rectangulară perfectă, neexistând cea de-a patra latură care să închidă dreptunghiul și astfel să îl desăvârșească. Prin absența ultimei laturi am vrut să demonstrăm că, cercetarea adecvată a problemei echității poate genera noi delimitări. Nu numai că exemplificarea de mai sus este deschisă completării (fiind non-limitativă), aceasta este deschisă și înlocuirii delimitărilor arătate (fiind non-inertă). Ca atare, delimitările notate cu (1), (2), (3) în figura de mai sus, sunt variabile care, în virtutea evoluției – și, deci, a caracterului deschis al reprezentării pot fi înlocuite cu inovații obținute prin studiu și verificare practică.

Procedură specială – arbitrajul – are o existență juridică fundamentată pe principiile generale ale procesului civil, particularitățile fiind datorate *autonomiei de voință a părților* și contribuției doctrinare. Pe de altă parte, nici legea nu impune în mod categoric și limitativ un set de reguli de urmat în arbitraj, în ultimul alineat al art. 576 C. pr. civ., legiuitorul afirmând generic: *în toate celelalte cazuri, procedura arbitrală este cea stabilită de prezenta carte*.

Corelații între cadrul principal propriu procedurii arbitrale și cadrul principal specific jurisdicției statale

O privire de ansamblu a procedurii arbitrale și a procedurii de drept comun ne duce la ideea generală conform căreia, deși diferite, procedurile menționate nu se exclud reciproc. Dimpotrivă, încă de la nivelul regulilor de bază, remarcăm compatibilitatea principiilor ce guvernează arbitrajul, respectiv procedura civilă. Textele de lege sprijină această constatare a noastră, art. 575 alin. (2) C. pr. civ. fiind edificator în acest sens. Nu considerăm că este cazul să reiterăm explicații ale principiilor comune celor două instituții întrucât un asemenea demers ar încălca inutil discursul nostru. Totuși, se cuvin unele precizări relative la modul de expunere al cadrului principal.

Art. 575 C. pr. civ. – invocat mai sus – departajează în mod clar regulile incidente fiecărui caz analizat. Meritul textului de lege citat constă în instituirea unor principii comune precum: denegarea de dreptate, egalitatea, disponibilitatea, obligațiile părților în desfășurarea procesului, buna-credință, dreptul la apărare, contradictorialitatea, oralitatea și nemijlocirea, continuitatea, respectarea principiilor fundamentale, încercarea de împăcare a părților, rolul judecătorului în aflarea adevărului-exceptând referirile legate de posibilitatea judecătorului de a dispune introducerea în cauză a altor persoane, precum și referirile legate de puterea de apreciere a judecătorului –, respectul cuvenit justiției.

O strictă interpretare *per a contrario* a textului de lege, determină ideea că nu aparțin arbitrajului, fiind regăsite doar în dreptul comun următoarele principii: *obligația judecătorului de a primi și soluționa orice cerere de competența instanțelor de judecată, potrivit legii; dreptul judecătorului de a soluționa cererile, – în lipsa legii, a uzanțelor, a dispozițiilor legale privitoare la situații asemănătoare – prin apel la principiile generale ale dreptului, având în vedere toate circumstanțele acesteia și ținând seama de cerințele echității; interdicția judecătorului de a stabili dispoziții general obligatorii prin hotărârile pronunțate în cauzele supuse judecării; dreptul la un proces echitabil, în termen optim și previzibil; legalitatea; obligațiile terților în desfășurarea procesului; publicitatea; desfășurarea procesului în limba română; prerogativa judecătorului de a dispune introducerea în cauză a altor persoane; obligația judecătorului de a ține seama de principiile generale ale dreptului, de echitate și de bună-credință în cazurile în care judecătorul are puterea de apreciere sau trebuie să evalueze circumstanțele cauzei.*

Suntem de părere că, textul de lege are o exprimare defectuoasă pentru că ar exclude, din cadrul principial al procedurii arbitrale anumite principii fundamentale-care dau valoare juridică oricărei proceduri precum *legalitate, dreptul la un proces echitabil, obligația judecătorului de a ține seama de principiile generale ale dreptului, de exigențele echității sau cele ale bunei-credințe*. Nu este posibil ca astfel de principii-de esențială relevanță juridică – să nu fie valorizate și în procedurile speciale, fiind rezervate exclusiv dreptului comun. Bineînțeles, avem conștiința regulii *specialia generalibus derogant*, înțelegând că, acolo unde norma specială nu dispune, vom face apel la normele generale, în măsura în care acestea nu contravin cu dispozițiile specifice ale procedurii speciale. Acestea fiind arătate, opinăm că interpretarea *art. 575 C. pr. civ.* – cu privire particulară asupra *alin. (2)* – trebuie să fie constituită în sensul admiterii ca și comune a acelor principii precizate *in expreis* de legiuitor, celelalte reguli – omise din enumerare, dar incluse în corpul comun al principiilor procedurii civile, având aplicare implicită – dispunând în contextul tăcerii normelor de procedură arbitrală.

Figura 2. Un posibil model de reprezentare al compatibilității dintre principiile celor două proceduri pornind de la ipoteza precizată în art. 575 Cod Procedură Civilă

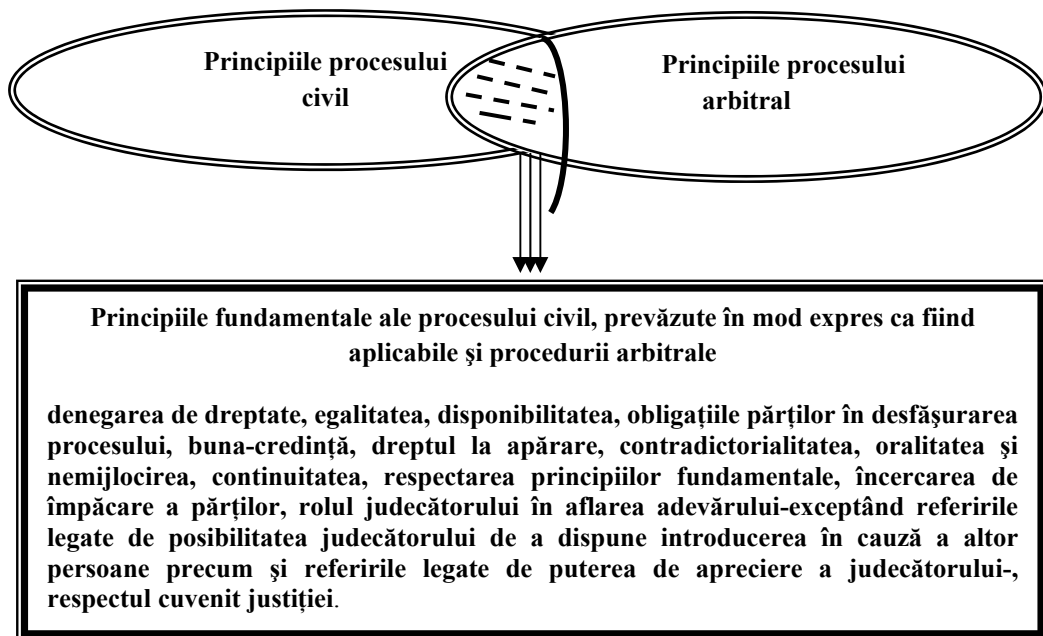
(1) Ipoteză de lucru centrală

Art. 575 Cod Procedură Civilă

Judecata arbitrală se desfășoară potrivit regulilor procedurale stabilite la art. 576.

Cu toate acestea, principiile fundamentale ale procesului civil prevăzute la art. 5 alin. (2), art. 8-10, art. 12-16, art. 19-21, art. 22 alin. (1), (2), (4), (5) și (6) și la art. 23 sunt aplicabile în mod corespunzător și în procedura arbitrală.

(2) Un posibil model de reprezentare al compatibilității dintre principiile celor două proceduri



Deplasând atenția către procedura arbitrală, situația este ușor diferită.

Consacrarea legislativă a principiilor procedurii arbitrale este realizată prin art. 575 C. pr. civ. – analizat în detaliu în paragrafele anterioare –, dar și prin art. 576 C. pr. civ. Ultimul articol surprinde strict regulile aplicabile arbitrajului : (1) *Părțile pot stabili, în convenția arbitrală, regulile de procedură aplicabile arbitrajului sau îi pot împuternici pe arbitri să stabilească aceste reguli. Aceste reguli se completează, dacă este cazul, cu prevederile prezentei cărți.* (2) *Când părțile recurg la arbitrajul instituționalizat, se aplică dispozițiile art. 619 alin. (3).* (3) *În toate celelalte cazuri, procedura arbitrală este cea stabilită de prezenta carte.* Din modul de formulare al alineatelor componente ale acestui articol și prin interpretare, există posibilitatea de a extrage și alte reguli. Astfel, alin. (1) face trimitere la *principiul autonomiei de voință*, alin. (2) prezintă *arbitrajul instituționalizat* – care se desfășoară potrivit normelor stabilite în actul de înființare, alin. (3) lărgeste sfera de cuprindere a regulilor arbitrale, referindu-se la alte reguli stabilite de *Cartea a IV-a*. De exemplu, *principiul kompetenz-kompetenz* este stipulat în art. 579 C. pr. civ.

Spre deosebire de procedura de drept comun – unde legea este izvorul primar al principiilor fundamentale, procedura arbitrală admite contribuția *doctrinei*, a *Regulilor de Arbitraj ale Organizației Mondiale ale Proprietății Intelectuale*, a *Regulilor Curții de Arbitraj Internațional de la Londra*, a *prevederilor legii model UNCITRAL*, a *Regulilor de Arbitraj ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României*. Urmare a perspectivei destinate de promovare a principiilor procedurii arbitrale, se fac remarcate reguli ca : *echitate, confidențialitate, flexibilitate*.

Aparte față de procedura de drept comun, procedura arbitrală își asumă o poziție autonomă față de regulile-cadru consacrate de procedura civilă. Deși distincte prin însuși statutul lor juridic, cele două proceduri – arbitrală și civilă – se apropie prin principiile guvernatoare. În mod cert, ar fi o extrapolare forțată susținerea conform căreia, cele două proceduri sunt deplin compatibile la nivel principial. Pe de altă parte, în mod paradoxal, principalele apropieri dintre cele două proceduri sunt sesizabile, în oarecare parametri, chiar la nivelul bazic al principiilor. Astfel, cu excepția confidențialității – regulă ce se impune a fi respectată sub sancțiunea răspunderii arbitrului pentru daune și a altor câtorva principii invocate mai sus, regulile expuse – ocrotite de sancțiune nulității hotărârii arbitrale – par a fi transpuse întocmai din procedura de drept comun. Germinală și nu totală, compatibilitatea arbitraj-procedura de drept comun, asigură corelări interesante la nivel juridic și social.

Bibliografie:

1. Andreescu Marius, *Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, Editura C.H. Beck, București, 2007.
2. Căpățână Ovidiu, *Litigiul arbitral de comerț exterior*, Editura Academiei, București.
3. Ceterchi Ion, Craiovean Ion, *Introducere în teoria generală a dreptului*, Editura All, București, 1993, p. 30;
4. Clay Thomas, *L'arbitre*, Editura Dalloz, Paris, 2000, p. 176;
5. Costin Mircea, *Drept comercial internațional. Ghid alfabetic*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1987.
6. Dănăilă Georgiana, *Procedura arbitrală în litigiile comerciale interne*, Editura Universul Juridic, București, 2006.
7. Djuvara Mircea, *Drept și sociologie*, Editura I.S.D., București, 1936.
8. Golub Sergiu, *Câteva reflecții cu privire la competența tribunalului arbitral de a statua asupra propriei sale competențe*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1999.
9. Jeanneau Claude, *La nature des principes generaux du droit en droit francais. Travaux et recherches de l'Institut de droit compare de l'universite de Paris*, Editura Dalloz, Paris, 1962.
10. Juncan Codruța-Ștefania, *Judecata în echitate în dreptul civil românesc*, articol publicat în revista Fiat Justitia, nr. 2/2012.
11. Ollie James, *Despre Curtea de Arbitraj Internațional de la Londra*, articol publicat în revista The Law Quarterly Review, Londra, 1983.
12. Popa Nicolae, *Teoria generală a dreptului*, Editura C.H. Beck, București, 2008.
13. Popescu Tudor, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 101.
14. Regulile de Arbitraj ale Organizației Mondiale ale Proprietății Intellectuale, art. 73;
15. Smeureanu Ileana, *Soluționarea disputelor prin intermediul arbitrajului comercial internațional: pledoarie pentru confidențialitate*, articol publicat în Revista Română de Arbitraj, nr. 1/2008.

16. Szabo Imre, *Interpretarea normelor juridice*, Editura Științifică, București, 1964.
17. Ștefănescu Brândușa, Rucăreanu Ioan, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1983.
18. Tweeddale Andrew, Tweeddale Karen, *Arbitration of commercial disputes. International and english law and practice*, Editura Oxford University Press, London, 2007.
19. Ion Avram, Diana Gorun, *Rolul statului în dezvoltarea economică, Culegerea de Comunicări Științifice a Universității Româno-Americane pe anul 2000*, Secțiunea „Instituții politice și juridice în perioada de tranziție”.

SOME FEATURES REGARDING THE ENFORCEMENT OF TAX RECEIVABLES*

Associate Professor Phd. **George MAGUREANU****

Abstract

The enforcement of tax claims represents a very important activity because it leads to the completion of procedures by means of which are observed breachings of the law that resulted in legal punishments by virtue of which the contributor has to pay for the damage of his unlawful act.

We aim to enhance some peculiarities of this type of compulsory enforcement by comparison to the common law procedure and, finally, we aim to make some recommendations which must lead to remove the shortcomings that are mentioned today with regard to the small percentage in which are recovered the amounts that are enshrined within fiscal writs and that result from committing criminal acts.

This study is designed for the use of law students and law practitioners and also for the use of tax bodies.

Keywords: Tax Receivables, fiscal duties, tax enforcement officer, bailiffs

According to the provisions of the Code of Fiscal Procedure¹ and also according to its implementing rules, the compulsory enforcement of tax receivables is undertaken by virtue of a writ that is issued by the competent body in whose territorial jurisdiction the debtor has its fiscal domicile or by virtue of a document that is legally assimilated to a writ.

The Code of Fiscal Procedure gave to the fiscal bodies that administer tax receivables, the obligation to fulfill some precautionary measures and to complete the compulsory enforcement procedure², if the debtor does not willingly pay for his fiscal

* The article has been supported by scientific research within the project entitled **"PRACTICAL SCHOOL: Innovation in Higher Education and Success on the Labour Market"**, project identified as POSDRU/156/1.2/G/132920. The project is co-financed by the European Social Fund through the Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. Investing in people!

** Professor at the Law Faculty of Romanian-American University; e-mail: magureanu.george@profesor.rau.ro, george.magureanu@gmail.com.

¹ Published in the Official Gazette, Part I, No. 513 of 31 July 2007, modified, including by means of Emergency Ordinance no. 92/2014, published in the Official Gazette, Part I, no. 957 of *Romanian-American University* 30 December 2014.

² For a more detailed exam concerning the compulsory enforcement, please see: E. Oprina, I. Gârbuleț, *Tratat teoretic și practice de executare silită* (Theoretical and Practical Treatise of Compulsory Enforcement), vol. I and II, Publishing House Universul Juridic, Bucharest, 2013; I. Gârbuleț, *Actele executorului judecătoresc* (The Acts of the Bailiff), Publishing House Universul Juridic, 2014; S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, *Drept procesual civil. Executarea silită* (Civil Procedural Law. Compulsory Enforcement), vol. I and II, Publishing House Lumina Lex, Bucharest, 1996; I. Leș, *Tratat de Drept procesual civil* (Treatise of civil procedural law), the IVth edition, Publishing House C.H. Beck, Bucharest, 2009, p. 939 and following; D. Negulescu, *Execuțiunea silită, Principiile generale* (Compulsory Enforcement, General Principles), vol. I, Typography Gutenberg, Bucharest, 1910; E. Herovanu, *Teoria executării silite* (The Theory of Compulsory Execution), Publishing House Cioflec, Bucharest, 1942; I. Stoenescu, A. Hilsenrad, S. Zilberstein,

obligations and it is imposed the procedure of compulsory enforcement for recovering those particular tax receivables.

In the above mentioned sense, according to the provisions of article 32, paragraph 1 of the Code of Fiscal Procedure, the tax bodies have general competence concerning the administration of tax receivables, exerting control and issuing the implementing rules of fiscal nature.

In the case of income tax and social contributions, by means of Government decision, it may be established another special competence of administration and the taxes and other sums that are due, according to the law, are managed by customs offices.

In order to unitary apply this procedure, the assistance and the guidance of contributors – concerning the unitary application of the rules concerning the taxes, social contributions and the income, that are managed by the National Agency of Tax Administration – are achieved by the aforementioned agency and by its subordinated units according to a procedure that is established by Order of the president of the National Agency of tax Administration.

According to the rules of the Procedure of Managing and Monitoring of the Medium Taxpayer of 17 March 2015³, the competent tax bodies in the field of managing the medium taxpayers are the public tax county administrations and the Regional General Direction of Public finances Bucharest operating by means of the Fiscal Administration for medium tax payers for :

- the contributors that are legal entities and that have their fiscal domicile on the territorial of the county or of Bucharest;
- the secondary offices that are set up by the medium tax payers who have their fiscal domicile on the territorial of the county or of Bucharest, even if the place of developing activities of secondary offices are located on the territorial of other counties/Bucharest;
- the tax payers for whom the medium contributors have the quality of representative or fiscal representatives according to Title VI of the Law no. 571/2003 concerning the Fiscal Code, with further modifications and completions.

Tratat teoretic și practic de procedură a executării silite (Theoretical and Practical Treatise of Compulsory Enforcement Procedure), Publishing House Academiei, Bucharest, 1966; C. Sion, *Căile de execuție* (The Means of Execution), Iași, 1943; I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Tratat de drept procesual civil* (Treatise of Civil Procedural Law), vol. II, University of Bucharest, 1981, p. 207 and following; V.M. Ciobanu, *Drept procesual civil* (Civil Procedural Law), vol. II, University of Bucharest, 1988, p. 107 and following; E. Dan, *Codul de procedură civilă adnotat* (The Code of Civil Procedure Adnnotated), Bucharest, 1921, p. 537 and following; V. Negru, D. Radu, *Drept procesual civil* (Civil Procedural Law), E.D.P., Bucharest, 1972; G. Boroi, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat* (The Code of Civil Procedure Commented and Adnnotated), Publishing House All, Bucharest, 1994, p. 637 and following; G. Boroi, *Drept procesual civil. Note de curs* (Civil procedural Law. Lecture notes), vol. II, Publishing House Romfel, Bucharest, 1993; Fl. Măgureanu, *Drept procesual civil* (Civil Procedural Law), the XII-th edition, Publishing House Universul Juridic, Bucharest, 2010, p. 595 and following; I. Gârbulet, A. Stoica, *Ghid practic de executare silită* (Practical Guide of Compulsory Enforcement), Second Edition, Publishing House Hamangiu, Bucharest, 2010.

³ Also see the Procedure of Managing and Monitoring of Medium Tax Payers from 17 February 2015, published in the Official Gazette, Part I, no. 135 of 23 february 2015, modified by the order of the National Agency of Tax Administration, no. 580/2015 published in the Official Gazette, Part I, no. 153 of 3 March 2015.

Concerning the territorial competence, article 33, paragraph 1 of the Code of Fiscal Procedure, as it was modified in february 2015 establishes that, for the process of managing taxes and contributions and other sums that are due to the consolidated general budget, the competence relapses to that peculiar fiscal body – regional, local or the fiscal body that resides in Bucharest that is established by order of the president of the National Agency of Tax Administration in whose territorial is found the fiscal domicile of the contributor or of the taxpayer with concern for those taxes that are achieved by means of retaining form the source, within the conditions of the law.

In the case of non-residential tax payers that undertake activities on the territory of Romania by means of one or more permanent seats, the territorial competence is assigned to the tax body on whose territorial perimeter is situated the permanent seat according to the Second Title of The Fiscal Code. In case of fiscal register, the declaration of fiscal enrollement is deposited to the tax body on whose territory is situated the permanent seat that will be assigned.

The rules that were established by means of the Procedure of Administration and Monitoring of The Medium Tax Payers of 17 february 2015 establishes that, since 3 March 2015, for activities regarding the administration by the tax bodies that are subordinated to the National Tax Administration Agency of the tax receivables that are due by the big tax payers, including their secondary seats, the competence may be established in favor of other tax bodies than those mentioned in paragraph 1 of the afore mentioned article, namely, to that particular fiscal, regional and local body or to that body that is assigned to the Bucharest district – a fiscal body that is established by order of the president of the National Agency of Tax Administration in whose area lies the fiscal domicile of the taxpayer or of the income payer, in the case of taxes and contributions that are realised by retaining form the source, within the conditions of the law. These bodies will be established by means of the order of the president of the National Agency of Tax Administration.

According to the provisions of article 131, paragraph 1 of the Code of Fiscal Procedure, the right to demand the compulsory execution of tax receivables is prescribed within 5 years – counted from the 1st of January of the following year to the year when this rights was born; this prescription limit is also applied to tax receivables that derive from contraventional fines.

If the body in charged with compulsory execution ascertain the fulfillment of the prescription time-limit of the right to demand the compulsory execution of tax receivables, it will proceed to the termination of the measures of achievement and to their deduction from the analytical evidence of taxpayers.

The sums that were paid by the debtor within the account of some tax receivables, after the fulfillment of the prescription time-limit will not be returned as the debtor has made a due payment.

The prescription time-limit is suspended :

- a) in the cases and within the conditions that are established by law for the suspension of the prescription time-limit of exerting the right to action;
- b) during the period of time between the begining of the tax inspection and untill the issuance of the decision of payment as a consequence of undertaking the tax inspection;
- c) during the period when the taxpayer evades the tax inspection;

d) during the period between the filing as inactive of a contributor and the date of his reactivation.

The legislator has also stated the cases when the prescription time-limit is interrupted as follows:

a) in the cases and conditions that are laid down by law for the discontinuation of the prescription time-limit of the right to action;

b) the date of the deposition by the contributor of the fiscal declaration after expiring the legal deadline for submission;

c) the date when the contributor corrects the tax statement of undertaxes another voluntary act of recognizing the tax due.

Regarding the prescription of the right to solicit the compensation or the restitution, the method of calculating the prescription term in this case is similar to the manner of calculus that is applied to the right of the fiscal bodies to collect the debt owed by the debtor. As a consequent, according to the provisions of article 135 of the Code of Fiscal Procedure, the contributor's right to demand the compensation or the restitution of the tax receivables is prescribed within 5 years that are calculated from the 1st of January of the next year following the year when was born the right to compensation or the right to refund.

If it was ordered the liability of the members of the management bodies, in accordance with the disquisitions of chapter IV of the Law no. 85/2006 referring to the insolvency procedure and, for tax receivables, by derogation from the provisions of article 142 of the Law no. 85/2006, the procedure of compulsory execution is undertaken by the compulsory execution body within the conditions of the Code of Fiscal Procedure mentioned above, respectively :

- the compulsory execution body in whose area lies the debtor's fiscal domicile, for the seizing and compulsory execution of assets and seizable income of the debtor, regardless the place where the assets are situated, when it is established that there is the peril of alienate, substitute or exempt from the compulsory execution procedure the assets and the income that are seizable and that pertain to the debtor.

The coordinating compulsory execution body will notify in writing the other bodies that are mentioned at paragraph 5 of article 136 from the Code of Fiscal Procedure, communicating an authenticated copy of the writ, the debtor's situation, the account where will be transfered the cash amounths as well as any other useful data for the identification of the debtor, of the assets or of the income that are seizable.

If the procedure of compulsory execution regards the same income or assets pertaining to the debtor and also regards the acheivement of writs concerning tax receivables and writs that will be enforced within the conditions mentioned by other legal provisions, the compulsory execution will be undertaken, according to the disquisitions of the Code of Fiscal Procedure, by the compulsory execution bodies that are established by the aforementioned bodies.

If the fiscal domicile of the debtor is located within the area of another fiscal body, the writ and the file of the procedure will be sent to the fiscal body, notifying, when needed, the body from where was received the writ.

- the coordinating fiscal body for the case of the debtors in solidarity is the body in whose area is located the fiscal domicile of the debtor about whom there are indications that he holds more seizable income or assets.

- the coordination – if the procedure of compulsory execution in the case when was disposed the liability in solidarity within the conditions of article 27 of the Code of Fiscal Procedure⁴ and of article 28 of the same Code⁵ – returns to the body in whose area resides

⁴ According to the provisions of article 27 of the Code of Fiscal Procedure, modified by means of the Order no. 127/2014 of the President of the National Agency of Tax Administration, with regard to the liability in solidarity :

1) There are liable in solidarity with the debtor the following persons :

a) The associates pertaining to the associations without legal personality, including the members of family enterprises for the fiscal obligations that are due by those, within the conditions mentioned in article 20 of the Code of Fiscal Procedure, in solidarity with the legal representatives who, in bad faith, have determined the non-declaration or the non-payment of tax liabilities at maturity;

b) The third parties that undergone the seizure procedure, in the situations regulated in article 149 paragraph (9), (10), (12) and (15) Code of Fiscal Procedure, within the limit of the sums that were seized;

c) The legal representative of the contributor who, in bad faith, has declared to the bank, according to article 149, paragraph 12, letter a, from the Code of Fiscal Procedure that he does not possess other liquid funds.

2) For the pending payment obligations of the debtor that was declared insolvent, within the conditions of the present code, are liable in solidarity the following persons :

a) Natural or legal person who, previous to the date of the declaration of insolvency, in bad faith, have achieved assets, by any means, from the debtors who thus have induced the insolvency;

b) The administrators, associates, stakeholders and any other persons who have induced the insolvency of the juridical person who was debtor by alienation or hiding, in bad faith and by any means, the debtor's assets;

c) The administrators who, during their mandate, have not fulfilled, in bad faith, the legal obligation of soliciting to the competent court of justice, the opening of the insolvency procedure, for fiscal obligations that are due for the respective period and are unpaid when declaring the insolvency;

d) Administrators or other any other persons who, in bad faith, have determined the non-declaration and the non-fulfilment, at maturity, of the fiscal obligations;

e) Administrators or any other persons who, in bad faith, have determined the refund or repayment of some stakes from the consolidated general budget even if these stakes are not due to the debtor.

3) The legal person is liable in solidarity with the debtor that is declared insolvent within the conditions of the present code or with the debtor that is declared insolvent if, directly or indirectly, he controls, is controled or is under a joint control with the debtor and if is fulfilled at least one of the following conditions:

a) He obtains, regardless the title, the property right upon some tangible assets of the debtor and the accounting value of these assets represent at least half of the accounting value of all the tangible assets of the person who acquires;

b) He has or had commercial contractual relationship with clients and/or with providers, other than the providers of utilities who had contractual relations with the debtor at a rate of at least half of the total value of transactions;

c) He has or had work relations or civil relations of services with at least half of the employees or service providers of the debtor.

⁵ According to article 28 of the Code of Fiscal Procedure, concerning the special provisions referring to establishing liability in the scope of attracting the liability of the individuals that are mentioned in article 27 of the Code, the fiscal body will draft a decision in which will be showed the factual and juridical reasons that engage the liability of the respective person. The decision will be aproved by the management of the fiscal body and constitutes a writ regarding the payment obligation of the liable person according to article 27 and will comprize, in addition to the elements that are mentioned in article 43 paragraph 3 of the Code, the following mentions :

- the code of fiscal identification of the liable person that is bound to pay the obligation of the principal debtor and other data of identification as well;

- the name and surname or the designation of the principal debtor; the code of fiscal identification; the domicile and the seat of the debtor as well as any other identification data;

- the quantum and nature of the due sums;

the fiscal domicile of the debtor that finds himself in a state of insolvency or in a state of payment incapacity or to the body of execution that is competent and is assigned according to the provisions of article 33 from the Code where applicable.

Article 28 of the Code of Fiscal Procedure with concern to the special provision regarding the establishment of the liability of individuals who are mentioned at article 27 of the Code has established the binding action for the fiscal body to draft a decision in which will be shown all the factual and juridical reasons that allow establishing the liability of the respective individual. The decision will be submitted for approval to the management of the fiscal body and represents a receivable writ regarding the payment duty of the person who is liable according to article 27 and will comprise, in addition to the elements that are mentioned in article 43 paragraph 2 from the Code the following mentions :

- a) the code of fiscal identification of the liable person that is bound towards the main debtor and as well all other data of identification;
- b) the name and surname or the designation of the main debtor; the code of fiscal identification; the domicile or the seat of the main debtor or any other data of identification;
- c) the amount and the nature of due sums;
- d) the term in which the liable person must pay the obligation of the main debtor;
- e) the legal and the factual reason for establishing liability.

The liability will be established for both the main fiscal obligation and its accessories.

The sums that were achieved in the debtor's account will be notified to the coordinator body of execution within 10 days from their achievement to the dealing enforcement bodies to which was notified the debt after its enrollment within a nominal evidence and after taking the appropriate enforcement measures.

In order to achieve the compulsory execution of the receivable, the coordinator enforcement body that keeps the evidence of the whole debt will request in writing to the other enforcement bodies to immediately stop the compulsory execution if he ascertains that it was achieved by means of compulsory execution acts that he and other bodies had undertaken.

According to article 138 of the Code of Fiscal Procedure, the compulsory execution is undertaken by the competent enforcement body by means of fiscal executors, who has the proxy quality with regard to the debtor and third parties by means of the identification card of the bailiff and the delegation issued by the enforcement body.

The public institutions that do not have their inner enforcement bodies may notify writs regarding their personal incomes in order to achieve the enforcement procedure, to the fiscal bodies by virtue of a convention that was signed with the National Agency of Tax Administration or with the local public administration bodies where applicable.

In the exercise of the attributions that are delegated to them in the application of the proceedings of compulsory enforcement, the bailiffs may :

- a) enter in any business location that is owned by the debtor – if he is a legal person or in other locations where he keeps his assets with the purpose of identifying the assets

- the term in which the liable person must pay the obligation of the principal debtor;
 - the legal basis and the factual reasons of engaging liability.

The liability will be established for both the main fiscal obligation and for its accessories.

or the values that may be submitted to the compulsory enforcement procedure as to analyse the accounting of the debtor with the scope of identifying third parties who owe or hold in storage revenues or assets of the debtor;

b) to enter in any location where are to be found assets or valuables held by the debtor – if he is a natural person and to search all the locations where he keeps the assets;

c) to request and to search any document or material element that may constitute an evidence in establishing the assets that represent the debtor's property.

In the locations that represent the domicile or the residence of a natural person, the fiscal executor may enter with his consent and, in case of refusal, the compulsory enforcement body will request the authorisation of the competent court according to the provisions of the Code of Civile Procedure.

The access of the fiscal body within the parameters of the debtor's location whether it is a bussiness location whether it is any other location of the debtor natural or legal person, may be undertaken between 6,00-20,00 in any working day. Once started, the compulsory enforcement will continue in the same day or in the following days. In cases which are justified by the danger of alienating some assets, the acces to the debtor's location can take place at other hours than those that are mentioned as well as in non-working days, in virtue of the authorisation of the executory Court.

If the debtor is missing or if he refuses the access in any of the locations, the fiscal executor may enter within in the presence of a representant of the police or of the gendarmerie or of another agent of public authority and of two witnesses who are full of age being applied the above mentioned provision concerning the authorisation of the competent court and the hours when may be accomplished the compulsory enforcement.

Article 139 of the Code of Fiscal Procedure regarding the compulsory execution of the incomes to the general consolidated budget establishes that, the taxes, contributions and any kind of revenues to the general consolidated budget cannot be seized by any creditor for no category of receivables within the procedure of compulsory execution.

Regarding the compulsory execution againts an association without legal personality for the compulsory execution of the fiscal receivables due to it even if there is a writ on the name of the association, may be seized both movable and imovable property of the association and also the personal assets of its members.

The compulsory execution of fiscal receivables is undertaken within a writ that is issued according to the provisions of the Code of Fiscal Procedure by the competent enforcement body in whose area the debtor has the fiscal domicile or a document that, by virtue of the law constitutes a writ.

In the writ are mentioned all the unpaid fiscal receivables representing taxes, contributions and other income to the general consolidated budget as the accessories that are established within the law. Except for the case when the law prevails that a document consists a writ, there isn't any writ that may be issued in the absence of a document by virtue of which are legally established the main or the accessory fiscal receivables.

In the writ that was issued⁶, according to the law, the enforcement body must enroll all the fiscal receivables that were unpaid when reaching maturity representing taxes,

⁶ For further details regarding European enforcement writs see also Fl. Măgureanu, G. Măgureanu Poptean, *Titlurile executorii europene* (The European enforcement writs), *Revista de Executare Silită* (The Compulsory Enforcement Review, no. 11-12/2007, p. 37-46.

contributions and other revenues to the general consolidated budget as well as their accessories.

In all the documents concerning compulsory enforcement must be indicated the writ and must be shown the amount of the debt that makes the object of the proceedings of compulsory enforcement.

The enforcement writ will be appropriately modified if the receivable writ was consequently modified as well.

The receivable writ becomes an enforcement writ when the fiscal receivable has reached maturity by the expiration of the payment term that was mentioned by law or was established by the competent body or in another manner that was provided by the law.

The writ that is issued by the enforcement body must contain :

- a) the name of the issuing fiscal body;
- b) the date when it was issued and the date when it starts producing its effects;
- c) the identifying data of the contributor or the identifying data of the authorized representant of the contributor;
- d) the object of the fiscal administrative act;
- e) the factual reasons;
- f) the legal reason;
- g) the name and the signature of the authorized persons of the fiscal body according to the law. If the administrative fiscal document is issued by means of informatic resources it is valid even if it does not have the signature of the authorized representatives of the fiscal body, according to the law, and the stamp of the issuer, if it fulfils the legal requirements that are applicable in the field⁷. The acts that are issued within these conditions are established by means of the order of the Minister of Economy and Finance;
- h) The stamp of the issuing fiscal body;
- i) The possibility of being contested, the term of introducing the contestation and the fiscal body where the contestation is deposited;
- j) Mentions concerning the hearing of the contributor;
- k) The code of fiscal identification;
- l) The fiscal domicile and other data of identification;
- m) The amount and the nature of the sums that are overdue;
- n) The legal basis of the enforcement power of the writ.

If the writs do not comprise one of the following elements : the name and the surname or the designation of the debtor, the social security number, the unique registration code, the domicile or the seat, the amount of the due sum, the legal basis, the signature of the issuing body and the prove of notifying those – the enforcement body will immediately return the writs to the issuing bodies, as these are the essential elements of the writ.

For the debtors which are obligated in solidarity to the payment of the fiscal receivables will be drafted a single writ.

⁷ See: Fl. Măgureanu, *Înregistrările electronice, mijloace de probă admisibile în procesul civil* (The electronic records, the means of proof that are allowable in the civil suit) in *Revista de drept comercial* (The review of commercial law), no. 10/2003, p. 56-62 and *Semnătura electronică. Admisibilitatea ei ca mijloc de dovadă* (The electronic signature. Its admissibility as a means of proof) in *Revista de drept comercial* (The review of commercial law) no.11/2003, p. 137-141.

The writs that are issued by other competent bodies that concern fiscal receivables, it will be sent within 30 days from issuance, to the proceedings of compulsory enforcement, according to the law, the bodies of fiscal enforcement.

The lack of notification of the writs that were derived from the sanction of offences, within 90 days from the issuance of the writ made by the competent bodies leads to their annulment. The head of the body issuing the writ has the obligation of issuing the taxation decision regarding the value of the offence made by the staff that is held responsible for the delay. The term of 90 days may be extended with the period that is particular for the proceedings of contesting the report of ascertain the offence.

As a conclusion, we have the certainty that, by means of the amendments that will be brought to the Fiscal Code and to the Code of Fiscal Procedure, will be take into considerations some revisions concerning the clear definition of fiscal receivables and other similar receivables regarding the practical and the concrete means through which the compulsory enforcement mai be undertaken, the assets that are submitted to the execution, the special compulsory enforcement, considering, for the aforementioned procedures, some peculiarities.

Regarding the impossibility of the compulsory enforcement of some receivables that are due to the statal budget of to the local budgets that derive from fines, value added tax, health insurance etc or the difficulty of the enforcement of the aforementioned, we propose to include the bailiffs within the category of the judicial executors, even if we understand the reason for which the State wanted to keep this category of executors whithin its subordination. This happened also with the bank executors who became judicial executors and, after this regulation, the bank receivables are acheived in a larger proportion, as the judicial executor has the interest to fulfil the enforcement act in order to obtain the fee that is related to the amounth that is actually made from execution. The judicial executor does not exert a fully liberal profession as he is subordinated to the Ministry of Justice by means of its special department so that the State may exert a control upon their activity and the effective acheivement of all the receivables that are due to the State and that can derive from the fiscal receivables established as contributions to the local budgets or to the central budget or from the recovering of prejudices that were made to the state as a consequence of committing a criminal fact, prejudices that today are recoverd within very low proportions.

Bibliography:

- The Fiscal Code.
- The Code of Fiscal Procedure.
- The Procedure of Procedure of managing and monitoring of medium tax payers from 17 February 2015.
- E. Oprina, I. Gârbuleț, Theoretical and Practical Treatise of Compulsory Enforcement, vol. I and II, Publishing House Universul Juridic, Bucharest, 2013.
- I. Garbulet, The Acts of the Baillif, Publishing House Universul Juridic, 2014.
- S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, Civil Procedural Law. Compulsory Enforcement, vol. I and II, Publishing House Lumina Lex, Bucharest, 1996.
- I. Leș, Treatise of civil procedural law, the IVth edition, Publishing House C.H. Beck, Bucharest, 2009.

- D. Negulescu, Compulsory Enforcement, General Principles, vol. I, Typography Guttenberg, Bucharest, 1910; E. Herovanu, The Theory of Compulsory Execution, Publishing House Cioflec, Bucharest, 1942;
- I. Stoenescu, A. Hilsenrad, S. Zilberstein, Theoretical and Practical Treatise of Compulsory Enforcement Procedure, Publishing House Academiei, Bucharest, 1966;
- C. Sion, The Means of Execution, Iași, 1943;
- Fl. Măgureanu, Civil Procedural Law, revised and completed edition, including the provisions pf the Law nr. 138/2014, Publishing House Universul Juridic, Bucharest, 2015.
- I. Gârbulet, A. Stoica, Practical Guide of Compulsory Enforcement, Second Edition, Publishing House Hamangiu, Bucharest, 2010.
- Fl. Măgureanu, G. Măgureanu Poptean, The European enforcement writs, The Compulsory Enforcement Review, no. 11-12/2007.

UNELE PARTICULARITĂȚI PRIVIND EXECUTAREA SILITĂ A CREAŢELOR FISCALE*

Conf. univ. dr. **George MĂGUREANU****

Rezumat

Executarea creanțelor fiscale reprezintă o activitate foarte importantă întrucât duce la finalizarea procedurilor prin care sunt constatate încălcări ale legii care s-au finalizat cu sancțiuni prin care contribuabilului i se impune să acopere prejudiciul cauzat ca urmare a faptei sale prejudiciabile.

Ne propunem să punem în evidență o serie de particularități ale acestei executări silită față de procedura de drept comun și în final, să facem unele recomandări care sunt de natură a conduce la înlăturarea neajunsurilor menționate astăzi privind procentele mici în care sumele cuprinse în titlurile executorii în domeniul fiscal și cele care rezultă din fapte penale, sunt recuperate în procente nejustificat de mici.

Studiul este destinat studenților facultăților de drept, dar și practicienilor din domeniul dreptului și de asemenea, organelor fiscale.

Cuvinte-cheie: creanțe fiscale, obligații fiscale, executori fiscali, executori judecătorești

Potrivit prevederilor Codului de procedura fiscală¹ și a normelor metodologice de aplicare a acestuia, executarea silită a creanțelor fiscale se efectuează în temeiul unui titlu executoriu emis de organul de executare competent în a cărei rază teritorială își are domiciliul fiscal debitorul sau al unui înscris care, potrivit legii, constituie titlu executoriu.

Codul de procedură fiscală, a dat în competența organelor fiscale care administrează creanțe fiscale, îndeplinirea măsurilor asigurătorii și să efectueze procedura de executare silită²,

* *Articolul a beneficiat de suport științific de cercetare prin intermediul proiectului „ȘCOALA PRACTICĂ: Inovare în învățământul superior și succes pe piața muncii”, proiect cu număr de identificare POSDRU/156/1.2/G/132920. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!*

** Conf. univ. dr. George MĂGUREANU, este cadru didactic la Facultatea de drept a Universității Româno-Americane; e-mail: magureanu.george@profesor.rau.ro, george.magureanu@gmail.com.

¹ Publicat în M. Of. nr. 513 din 31 iulie 2007, modificat inclusiv prin O.U.G. nr. 92/2014, publicată în M. Of. nr. 957 din 30 decembrie 2014.

² Pentru un examen amănunțit privind executarea silită, a se vedea: E. Oprina, I. Gârbuleț, *Tratat teoretic și practice de executare silită*, vol. I și II, Ed. Universul Juridic, București, 2013; I. Gârbuleț, *Actele executorului judecătoresc*, Ed. Universul Juridic, 2014; 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 silită*, Ed. Cioflec, București, 1942; I. Stoenescu, A. Hilsenrad, S. Zilberstein, *Tratat teoretic și practic de procedură a executării silită*, 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.; V.M. Ciobanu, *Drept procesual civil*, vol. II, Universitatea București, 1988, p. 107 și urm.; E. Dan, *Codul de procedură civilă adnotat*,

în cazul în care debitorul nu își achită de bunăvoie obligațiile fiscale datorate și se impune procedura executării pentru stingerea creanțelor respective.

În sensul menționat, potrivit prevederilor art. 32 alin. (1) C. pr. fisc., organele fiscale au competență generală privind administrarea creanțelor fiscale, exercitarea controlului și emiterea normelor de aplicare a prevederilor legale în materie fiscală.

În cazul impozitului pe venit și al contribuțiilor sociale, prin hotărâre a Guvernului se poate stabili altă competență specială de administrare, iar impozitele, taxele și alte sume care se datorează, potrivit legii, în vamă sunt administrate de către organele vamale.

Pentru a aplica unitar această procedură, asistența și îndrumarea contribuabililor privind aplicarea unitară a prevederilor legislației privind impozitele, taxele, contribuțiile sociale și alte venituri bugetare administrate de Agenția Națională de Administrare Fiscală se realizează de către aceasta și de unitățile sale subordonate, conform procedurii stabilite prin ordin al președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală.

Potrivit prevederilor din Procedura de administrare și monitorizare a contribuabililor mijlocii din 17 martie 2015³, organele fiscale competente pentru administrarea contribuabililor mijlocii sunt administrațiile județene ale finanțelor publice și Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice București, prin Administrația fiscală pentru contribuabilii mijlocii pentru:

- contribuabilii persoane juridice care își au domiciliul fiscal pe raza teritorială a județului sau a municipiului București, după caz;
- sediile secundare înființate de contribuabilii mijlocii care își au domiciliul fiscal pe raza teritorială a județului sau a municipiului București, după caz, chiar dacă locul de desfășurare a activității sediilor secundare se află pe raza teritorială a altor județe/municipiul București;
- contribuabilii nerezidenți pentru care contribuabilii mijlocii au calitatea de reprezentanți sau reprezentanți fiscali, potrivit titlului VI din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare.

Cu privire la competența teritorială, art. 33 alin. (1) C. pr. fisc., așa cum a fost modificat în februarie 2015 stabilește, pentru administrarea impozitelor, taxelor, contribuțiilor și a altor sume datorate bugetului general consolidat, competența revine aceluși organ fiscal, județean, local sau al municipiului București, stabilit prin ordin al președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală, în a cărui rază teritorială se află domiciliul fiscal al contribuabilului sau al plătitorului de venit, în cazul impozitelor și contribuțiilor realizate prin stopaj la sursă, în condițiile legii.

În cazul contribuabililor nerezidenți care desfășoară activități pe teritoriul României prin unul sau mai multe sedii permanente, competența teritorială revine organului fiscal pe a cărui rază teritorială se află situat sediul permanent desemnat potrivit titlului II din

București, 1921, p. 537 și urm.; V. Negru, D. Radu, *Drept procesual civil*, E.D.P., București, 1972; G. Boroi, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. All, București, 1994, p. 637 și urm.; G. Boroi, *Drept procesual civil. Note de curs*, vol. II, Ed. Romfel, București, 1993; Fl. Măgureanu, *Drept procesual civil*, ed. a XII-a, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 595 și urm.; I. Gârbulț, A. Stoica, *Ghid practic de executare silită*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2010.

³ A se vedea și Procedura de administrare și monitorizare a contribuabililor mijlocii din 17 februarie 2015, publicată în M. Of. nr. 135 din 23 februarie 2015, modificată prin Ordinul ANAF nr. 580/2015, publicat în M. Of. nr. 153 din 3 martie 2015.

Codul fiscal. În cazul înregistrării fiscale declarația de înregistrare fiscală se depune la organul fiscal în raza căruia se află sediul permanent ce urmează a fi desemnat.

Normele stabilite prin Procedura de administrare și monitorizare a contribuabililor mijlocii din 17 februarie 2015, stabilește că, începând cu 03 martie 2015, pentru administrarea de către organele fiscale din subordinea Agenției Naționale de Administrare Fiscală a creanțelor fiscale datorate de marii contribuabili, inclusiv de sediile secundare ale acestora, competența poate fi stabilită în sarcina altor organe fiscale decât cele prevăzute la alin. (1) al aceluși articol, adică acelui organ fiscal, județean, local sau al municipiului București, stabilit prin ordin al președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală, în a cărei rază teritorială se află domiciliul fiscal al contribuabilului sau al plătitorului de venit, în cazul impozitelor și contribuțiilor realizate prin stopaj la sursă, în condițiile legii. Acele organe vor fi stabilite prin ordin al președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală.

Potrivit prevederilor art. 131 alin. (1) C. pr. fisc., dreptul de a cere executarea silită a creanțelor fiscale se prescrie în termen de 5 ani de la data de 1 ianuarie a anului următor celui în care a luat naștere acest drept, termen de prescripție care se aplică și creanțelor provenind din amenzi contravenționale.

Dacă organul de executare constată împlinirea termenului de prescripție a dreptului de a cere executarea silită a creanțelor fiscale, acesta va proceda la încetarea măsurilor de realizare și la scăderea acestora din evidența analitică pe plătitori.

Sumele achitate de debitor în contul unor creanțe fiscale, după împlinirea termenului de prescripție, nu se restituie întrucât debitorul a efectuat o plată datorată.

Termenul de prescripție se suspendă:

- a) în cazurile și în condițiile stabilite de lege pentru suspendarea termenului de prescripție a dreptului la acțiune;
- b) pe perioada cuprinsă între data începerii inspecției fiscale și data emiterii deciziei de impunere ca urmare a efectuării inspecției fiscale;
- c) pe timpul cât contribuabilul se sustrage de la efectuarea inspecției fiscale;
- d) pe perioada cuprinsă între data declarării unui contribuabil inactiv și data reactivării acestuia.

Legiuitorul a prevăzut și cazurile în care termenul de prescripție se întrerupe, respectiv:

- a) în cazurile și în condițiile stabilite de lege pentru întreruperea termenului de prescripție a dreptului la acțiune;
- b) la data depunerii de către contribuabil a declarației fiscale după expirarea termenului legal de depunere a acesteia;
- c) la data la care contribuabilul corectează declarația fiscală sau efectuează un alt act voluntar de recunoaștere a impozitului datorat.

Referitor la prescripția dreptului de a cere compensarea sau restituirea, modul de calcul al termenului de prescripție în acest caz este asemănător cu dreptul organelor fiscale de a încasa creanța datorată de debitor. Ca urmare, potrivit prevederilor art. 135 C. pr. fisc., dreptul contribuabililor de a cere compensarea sau restituirea creanțelor fiscale se prescrie în termen de 5 ani de la data de 1 ianuarie a anului următor celui în care a luat naștere dreptul la compensare sau restituire.

Dacă s-a dispus atragerea răspunderii membrilor organelor de conducere, în conformitate cu dispozițiile cap. IV din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, și pentru creanțe fiscale, prin derogare de la prevederile art. 142 din Legea nr. 85/2006, executarea silită se efectuează de organul de executare în condițiile Codului de procedură fiscală, menționate mai sus, respectiv:

- organul de executare în a cărui rază teritorială se află domiciliul fiscal al debitorului, pentru indisponibilizarea și executarea silită a bunurilor și veniturilor urmăribile ale debitorului, indiferent de locul în care se găsesc bunurile, atunci când se constată că există pericolul evident de înstrăinare, substituire sau de sustragere de la executare silită a bunurilor și veniturilor urmăribile aparținând debitorului.

Organul de executare coordonator va sesiza în scris celelalte organe prevăzute la alin. (5) al art. 136 C. pr. fisc., comunicându-le titlul executoriu în copie certificată, situația debitorului, contul în care se vor vira sumele încasate, precum și orice alte date utile pentru identificarea debitorului și a bunurilor ori veniturilor urmăribile.

Dacă asupra acelorași venituri ori bunuri ale debitorului a fost pornită executarea, atât pentru realizarea titlurilor executorii privind creanțe fiscale, cât și pentru titluri ce se execută în condițiile prevăzute de alte dispoziții legale, executarea silită se va face, potrivit dispozițiilor din Codul de procedură fiscală, de către organele de executare prevăzute de acesta.

Dacă domiciliul fiscal al debitorului se află în raza teritorială a altui organ de executare, titlul executoriu împreună cu dosarul executării vor fi trimise acestuia, înștiințându-se, dacă este cazul, organul de la care s-a primit titlul executoriu.

- organul de executare coordonator în cazul debitorilor solidari, este cel în a cărui rază teritorială își are domiciliul fiscal debitorul despre care există indicii că deține mai multe venituri sau bunuri urmăribile.

- coordonarea executării silită în cazul în care s-a dispus atragerea răspunderii solidare în condițiile art. 27 C. pr. fisc.⁴ și ale art. 28 din același Cod⁵, revine organului de

⁴ Potrivit prevederilor art. 27 C. pr. fisc., modificat prin Ordinul nr. 127/2014 al Președintelui ANAF, cu privire la răspunderea solidară:

1) Răspund solidar cu debitorul următoarele persoane:

a) asociații din asocierile fără personalitate juridică, inclusiv membrii întreprinderilor familiale, pentru obligațiile fiscale datorate de acestea, în condițiile prevăzute la art. 20 C. pr. fisc., alături de reprezentanții legali care, cu rea-credință, au determinat nedeclararea și/sau neachitarea obligațiilor fiscale la scadență;

b) terții popriți, în situațiile prevăzute la art. 149 alin. (9), (10), (12) și (15) C. pr. fisc., în limita sumelor sustrate indisponibilizării.

c) reprezentantul legal al contribuabilului care, cu rea-credință, declară băncii, potrivit art. 149 alin. (12) lit. a) C. pr. fisc., că nu deține alte disponibilități bănești.

(2) Pentru obligațiile de plată restante ale debitorului declarat insolubil, în condițiile prezentului cod, răspund solidar cu acesta următoarele persoane:

a) persoanele fizice sau juridice care, anterior datei declarării insolabilității, cu rea-credință, au dobândit în orice mod active de la debitorii care și-au provocat astfel insolabilitatea;

b) administratorii, asociații, acționarii și orice alte persoane care au provocat insolabilitatea persoanei juridice debitoare prin înstrăinarea sau ascunderea, cu rea-credință, sub orice formă, a activelor debitorului;

c) administratorii care, în perioada exercitării mandatului, cu rea-credință, nu și-au îndeplinit obligația legală de a cere instanței competente deschiderea procedurii insolvenței, pentru obligațiile fiscale aferente perioadei respective și rămase neachitate la data declarării stării de insolabilitate;

d) administratorii sau orice alte persoane care, cu rea-credință, au determinat nedeclararea și/sau neachitarea la scadență a obligațiilor fiscale;

executare în a cărei rază teritorială își are domiciliul fiscal debitorul aflat în stare de insolvabilitate sau insolvență sau organul de executare competent, desemnat potrivit art. 33 din Cod, după caz.

Art. 28 C. pr. fisc., privind dispozițiile speciale pentru stabilirea răspunderii persoanelor prevăzute la art. 27 din Cod, a stabilit obligativitatea organului fiscal de a întocmi o decizie în care vor fi arătate motivele de fapt și de drept pentru care este angajată răspunderea persoanei în cauză. Decizia se va supune spre aprobare conducerii organului fiscal și constituie titlu de creanță privind obligația la plată a persoanei răspunzătoare potrivit art. 27 și va cuprinde, pe lângă elementele prevăzute la art. 43 alin. (2) din Cod, și următoarele mențiuni:

a) codul de identificare fiscală a persoanei răspunzătoare, obligată la plata obligației debitorului principal, precum și orice alte date de identificare;

b) numele și prenumele sau denumirea debitorului principal; codul de identificare fiscală; domiciliul sau sediul acestuia, precum și orice alte date de identificare;

c) cuantumul și natura sumelor datorate;

d) termenul în care persoana răspunzătoare trebuie să plătească obligația debitorului principal;

e) temeiul legal și motivele în fapt ale angajării răspunderii.

Răspunderea va fi stabilită atât pentru obligația fiscală principală, cât și pentru accesoriile acesteia.

Sumele realizate în contul debitorului, vor fi comunicate organului de executare coordonator în termen de 10 zile de la realizarea acestora, de către organele de executare

e) administratorii sau orice alte persoane care, cu rea-credință, au determinat restituirea sau rambursarea unor sume de bani de la bugetul general consolidat fără ca acestea să fie cuvenite debitorului.

(3) Persoana juridică răspunde solidar cu debitorul declarat insolubil în condițiile prezentului cod sau declarat insolvent dacă, direct ori indirect, controlează, este controlată sau se află sub control comun cu debitorul și dacă este îndeplinită cel puțin una dintre următoarele condiții:

a) dobândește, cu orice titlu, dreptul de proprietate asupra unor active corporale de la debitor, iar valoarea contabilă a acestor active reprezintă cel puțin jumătate din valoarea contabilă a tuturor activelor corporale ale dobânditorului;

b) are sau a avut raporturi comerciale contractuale cu clienții și/sau cu furnizorii, alții decât cei de utilități, care au avut sau au raporturi contractuale cu debitorul în proporție de cel puțin jumătate din totalul valoric al tranzacțiilor;

c) are sau a avut raporturi de muncă sau civile de prestări de servicii cu cel puțin jumătate dintre angajații sau prestatorii de servicii ai debitorului.

⁵ Potrivit art. 28 C. pr. fisc., privind dispozițiile speciale privind stabilirea răspunderii, în scopul atragerii răspunderii persoanelor prevăzute la art. 27 din Cod, organul fiscal va întocmi o decizie în care vor fi arătate motivele de fapt și de drept pentru care este angajată răspunderea persoanei în cauză. Decizia se va supune spre aprobare conducerii organului fiscal și constituie titlu de creanță privind obligația la plată a persoanei răspunzătoare potrivit art. 27 și va cuprinde, pe lângă elementele prevăzute la art. 43 alin. (2) din Cod, și următoarele mențiuni:

a) codul de identificare fiscală a persoanei răspunzătoare, obligată la plata obligației debitorului principal, precum și orice alte date de identificare;

b) numele și prenumele sau denumirea debitorului principal; codul de identificare fiscală; domiciliul sau sediul acestuia, precum și orice alte date de identificare;

c) cuantumul și natura sumelor datorate;

d) termenul în care persoana răspunzătoare trebuie să plătească obligația debitorului principal;

e) temeiul legal și motivele în fapt ale angajării răspunderii.

Răspunderea va fi stabilită atât pentru obligația fiscală principală, cât și pentru accesoriile acesteia.

sesizate, cărora li s-a comunicat debitul, după înscrierea acestuia într-o evidență nominală și după luarea măsurilor de executare silită.

În vederea executării silite a creanței, organul de executare coordonator, care ține evidența întregului debit, va cere în scris celorlalte organe de executare, să înceteze de îndată executarea silită dacă constată că acesta a fost realizat prin actele de executare silită făcute de el însuși și de celelalte organe

Potrivit prevederilor art. 138 C. pr. fisc., executarea silită se face de organul de executare competent prin intermediul executorilor fiscali, împuternicit în fața debitorului și a terților prin legitimația de executor fiscal și delegație emisă de organul de executare silită.

Instituțiile publice care nu au organe de executare proprii pot transmite titluri executorii privind veniturile proprii, spre executare silită, organelor fiscale, în baza unei convenții încheiate cu Agenția Națională de Administrare Fiscală sau cu autoritățile administrației publice locale, după caz.

În exercitarea atribuțiilor ce le revin, pentru aplicarea procedurilor de executare silită, executorii fiscali pot:

a) să intre în orice incintă de afaceri a debitorului, persoană juridică, sau în alte incinte unde acesta își păstrează bunurile, în scopul identificării bunurilor sau valorilor care pot fi executate silit, precum și să analizeze evidența contabilă a debitorului în scopul identificării terților care datorează sau dețin în păstrare venituri ori bunuri ale debitorului;

b) să intre în toate încăperile în care se găsesc bunuri sau valori ale debitorului, persoană fizică, precum și să cerceteze toate locurile în care acesta își păstrează bunurile;

c) să solicite și să cerceteze orice document sau element material care poate constitui o probă în determinarea bunurilor proprietate a debitorului.

În încăperile ce reprezintă domiciliul sau reședința unei persoane fizice, executorul fiscal poate intra cu consimțământul acesteia, iar în caz de refuz, organul de executare va cere autorizarea instanței judecătorești competente potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă.

Accesul executorului fiscal în locuință, în incinta de afaceri sau în orice altă încăpere a debitorului, persoană fizică sau juridică, se poate efectua între orele 06,00 și 20,00, în orice zi lucrătoare. Executarea începută va putea continua în aceeași zi sau în zilele următoare. În cazuri temeinic justificate de pericolul înstrăinării unor bunuri, accesul în încăperile debitorului va avea loc și la alte ore decât cele menționate, precum și în zilele nelucrătoare, în baza autorizației instanței de executare.

Dacă debitorul lipsește sau dacă acesta refuză accesul în oricare dintre încăperi, executorul fiscal poate să pătrundă în acestea în prezența unui reprezentant al poliției ori al jandarmeriei sau a altui agent al forței publice și a doi martori majori, fiind aplicabile prevederile menționate mai sus privind autorizarea instanței judecătorești competente și orele în care se poate realiza executarea.

Art. 139 C. pr. fisc., referitor la executarea silită împotriva veniturilor bugetului general consolidat, stabilește că, impozitele, taxele, contribuțiile și orice alte venituri ale bugetului general consolidat nu pot fi urmărite de niciun creditor pentru nicio categorie de creanțe în cadrul procedurii de executare silită.

Cu privire la executarea silită împotriva unei asocieri fără personalitate juridică, pentru executarea silită a creanțelor fiscale datorate de aceasta, chiar dacă există un titlu

executoriu pe numele asocierii, pot fi executate silit atât bunurile mobile și imobile ale asocierii, cât și bunurile personale ale membrilor acesteia.

Executarea silită a creanțelor fiscale se efectuează în temeiul unui titlu executoriu emis potrivit prevederilor din Codul de procedură fiscală, de către organul de executare competent în a cărui rază teritorială își are domiciliul fiscal debitorul sau al unui înscris care, potrivit legii, constituie titlu executoriu.

În titlul executoriu se înscriu toate creanțele fiscale neachitate la scadență, reprezentând impozite, taxe, contribuții și alte venituri ale bugetului general consolidat, precum și accesoriiile aferente acestora, stabilite în condițiile legii. Cu excepția cazului în care prin lege se prevede că un înscris constituie titlu executoriu, niciun titlu executoriu nu se poate emite în absența unui titlu de creanță în baza căruia se stabilesc, în condițiile legii, creanțe fiscale principale sau accesorii.

În titlul executoriu⁶ emis, potrivit legii, de organul de executare se înscriu toate creanțele fiscale neachitate la scadență, reprezentând impozite, taxe, contribuții și alte venituri ale bugetului general consolidat, precum și accesoriiile aferente acestora.

În toate actele de executare silită trebuie să se indice titlul executoriu și să se arate natura și cuantumul debitului ce face obiectul executării.

Titlului executoriu va fi modificat în mod corespunzător dacă a fost modificat titlului de creanță.

Titlul de creanță devine titlu executoriu la data la care creanța fiscală este scadență prin expirarea termenului de plată prevăzut de lege sau stabilit de organul competent ori în alt mod prevăzut de lege.

Titlul executoriu emis de organul de executare competent trebuie să cuprindă:

- a) denumirea organului fiscal emitent;
 - b) data la care a fost emis și data de la care își produce efectele;
 - c) datele de identificare a contribuabilului sau a persoanei împuternicite de contribuabil, după caz;
 - d) obiectul actului administrativ fiscal;
 - e) motivele de fapt;
 - f) temeiul de drept;
 - g) numele și semnătura persoanelor împuternicite ale organului fiscal, potrivit legii.
- Dacă actul administrativ fiscal este emis prin intermediul mijloacelor informatice, este valabil și în cazul în care nu poartă semnătura persoanelor împuternicite ale organului fiscal, potrivit legii, și ștampila organului emitent, dacă îndeplinește cerințele legale aplicabile în materie⁷. Actele care se emit în aceste condiții se stabilesc prin ordin al ministrului economiei și finanțelor;
- h) ștampila organului fiscal emitent;
 - i) posibilitatea de a fi contestat, termenul de depunere a contestației și organul fiscal la care se depune contestația;

⁶ Pentru mai multe detalii privind titlurile executorii europene, a se vedea și Fl. Măgureanu, G. Măgureanu Poptean, *Titlurile executorii europene*, în Revista de executare silită nr. 11-12/2007, p. 37-46.

⁷ A se vedea: Fl. Măgureanu, *Înregistrările electronice, mijloace de probă admisibile în procesul civil*, în Revista de drept comercial, nr. 10/2003, p. 56-62, și *Semnătura electronică. Admisibilitatea ei ca mijloc de dovadă*, în Revista de drept comercial nr. 11/2003, p. 137-141.

- j) mențiuni privind audierea contribuabilului;
- k) codul de identificare fiscală;
- l) domiciliul fiscal al acestuia și orice alte date de identificare;
- m) cuantumul și natura sumelor datorate și neachitate;
- n) temeiul legal al puterii executorii a titlului.

Dacă titlurile executorii nu cuprind unul dintre următoarele elemente: numele și prenumele sau denumirea debitorului, codul numeric personal, codul unic de înregistrare, domiciliul sau sediul, cuantumul sumei datorate, temeiul legal, semnătura organului care l-a emis și dovada comunicării acestora, organul de executare va restitui de îndată titlurile executorii organelor emitente, acestea fiind elemente esențiale ale titlului.

Pentru debitorii obligați în mod solidar la plata creanțelor fiscale se va întocmi un singur titlu executoriu.

Titlurile executorii emise de alte organe competente, care privesc creanțe fiscale, se transmit în termen de cel mult 30 de zile de la emitere, spre executare silită, potrivit legii, organelor de executare fiscală.

Netransmiterea titlurilor executorii provenite în urma sancționării contravenționale, în termen de 90 de zile de la emiterea de către organele competente, conduce la anularea acestora. Conducătorul organului emitent al titlului executoriu are obligația emiterii deciziei de imputare a contravalorii contravenției personalului care se face vinovat de întârziere. Termenul de 90 de zile se prelungește cu perioada scursă în procedura de contestare a proceselor-verbale de constatare a contravenției.

Concluzionând, avem certitudinea că, prin modificările ce urmează a fi aduse Codului fiscal și Codului de procedură fiscală, vor fi avute în vedere o serie de necorelări privind definirea mai clară a creanțelor fiscale și a altor creanțe asimilate acestora, referitor la modalitățile practice concrete prin care executarea silită se poate realiza, bunurile supuse executării, executarea în condiții speciale, având în vedere unele particularități în astfel de situații.

Referitor la imposibilitatea executării silită a unor creanțe datorate bugetului de stat sau bugetelor locale, provenite din amenzi, TVA, contribuții la sănătate etc. ori a executării cu dificultate a acestora, propunem de lege ferenda includerea executorilor fiscali în categoria executorilor judecătorești, chiar dacă înțelegem rațiunea pentru care statul a dorit să păstreze această categorie de executori în subordinea lui. Așa s-a întâmplat și cu executorii bancari care au devenit executori judecătorești și după acesta reglementare, creanțele bancare sunt în mult mai mare măsură realizate, executorul judecătoresc având interesul de a duce la îndeplinire actul de executare pentru a putea obține onorariul raportat la suma efectiv realizată prin executare. Executorul judecătoresc nu exercită o profesie pe deplin liberală, având subordonare și față de Ministerul Justiției prin Departamentul de specialitate așa încât statul poate să exercite un control asupra activității acestora și a realizării efective a tuturor creanțelor datorate statului și care pot proveni din creanțe fiscale stabilite ca și contribuții la bugetele locale sau bugetul central ori din recuperarea prejudiciilor aduse statului ca urmare a săvârșirii unor fapte penale, prejudicii care astăzi sunt recuperate în proporții mult prea reduse.

Bibliografie:

- Codul fiscal.
- Codul de procedură fiscală.
- Procedura de administrare și monitorizare a contribuabililor mijlocii din 17 februarie 2015.
- E. Oprina, I. Gârbuleț, *Tratat teoretic și practice de executare silită*, vol. I și II, Ed. Universul Juridic, București, 2013.
- I. Gârbuleț, *Actele executorului judecătoresc*, Ed. Universul Juridic, București, 2014.
- 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.
- 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.
- Fl. Măgureanu, *Drept procesual civil, ediție revăzută și completată, inclusiv cu prevederile Legii nr. 138/2014*, Ed. Universul Juridic, București, 2015.
- I. Gârbuleț, A. Stoica, *Ghid practic de executare silită*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2010.
- Fl. Măgureanu, G. Măgureanu, *Titlurile executorii europene*, în *Revista de executare silită* nr. 11-12/2007.

BRIEF OVERVIEW OF CYBERCRIME IN ROMANIA*

*Gheorghe-Iulian IONIȚĂ***

Abstract

Knowing the forms and evolution of cybercrime is also possible (in particular) through the activity reports of the specialized law enforcement structures involved in preventing and fighting this phenomenon. The magnitude and particularities of the phenomenon in Romania is shown by the main issues recorded during recent years (2013-2014), which confirm the same trends recorded in previous years and require stronger action from the specialized law enforcement structures.

Keywords: cybercrime, forms, evolution, particularities

1. Overview

The forms and evolution of cybercrime are shown in the activity reports of the specialized law enforcement structures involved in preventing and fighting this phenomenon.

Even if these reports refer only to a segment of cybercrime, respectively that found/acknowledged by the law enforcement structures¹, they are a significant source of information.

Thus, to shape the magnitude and particularities of cybercrime in Romania, we have deemed useful to highlight the main issues recorded during recent years (2013-2014)² and shown in the activity reports of the Department of Investigation of Organized Crime and Terrorism (DIOCT).

2. Specific issues of cybercrime recorded in 2014

2.1. General analysis of the phenomenon

In 2014, following the analysis of closed cases, DIOCT noticed³, in terms of statistics, the same upward trend both as regards the number of cases from previous years and the newly opened files, closed cases and number of indictments issued.

* This work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/141699, Project ID 141699, co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007-2013.

** Gheorghe-Iulian IONIȚĂ is post-doctoral researcher at the „Alexandru Ioan Cuza” University of Iași, associate researcher at the „Acad. Andrei Rădulescu” Legal Research Institute of the Romanian Academy of Bucharest, lecturer at the Romanian-American University of Bucharest. E-mail: ionita.gheorghe.iulian@profesor.rau.ro.

¹ In connection to the implications of the concept of crime and degree of phenomenon knowledge, please see Sandu F., Ioniță G.-I., *Criminologie*, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 18-19.

² For previous years, please see Ioniță G.-I., *Infrațiunile din sfera criminalității informatice: incriminare, investigare, prevenire și combatere*, ed. a II-a, rev. și adăug., Ed. Pro Universitaria, București, 2013, p. 234-244; Ioniță G.-I., *Infrațiunile din sfera criminalității informatice: incriminare, investigare, prevenire și combatere*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 229-247.

³ DIOCT, Activity report 2014, available on-line: http://www.diicot.ro/images/documents/rapoarte_activitate/raport_2014.pdf, p. 72-74.

It was shown that⁴ the large number of files recorded in the period of reference was mainly triggered by the publication in the Official Gazette (on 06.12.2013) of the Decision no. 15/2013 of the High Court of Cassation and Justice (appeal in the interest of the law) (14.10.2013)⁵, and thus, taking into account the exclusive jurisdiction given to DIICOT under Law no. 508/2004⁶, common prosecution offices transferred to DIICOT all cases ongoing on the issues indicated in the High Court of Cassation and Justice ruling (as mentioned above), irrespective of the stage of the criminal investigation, identification of perpetrator or period lapsed from the deed.

It was also noted⁷ that, under certain circumstances, the impossibility to obtain technical evidence was caused by some legal hindrances such as the Decision no. 440/2014 of the Constitutional Court of Romania (dated 08.08.2014)⁸ which ruled as unconstitutional the provisions under Law no. 82.2012 and that, thus, technical data relating to the identification of some access points of end-users (by means of GSM communication or data communication devices) became inaccessible to the criminal investigation authorities.

The following issues, characteristic to cybercrime, were noted⁹:

- The need for a more technical approach of the evidence, the classical evidence being (according to each case) a limited resource (with some success);
- A better organization of crime organizations, their specialization in certain types of activities and the use of the facilities offered by new technologies and free movement;
- Constant concern of crime organizations to find new financial products, computer systems to be compromised, “exotic” regions (where such crimes can be committed, such as the USA, Mexico, the Dominican Republic, Colombia, Australia, Japan, South Korea);
- The illegal financial product is obtained by (constant) use of money transfer systems (Western Union and Money Gram);
- Use of bank accounts opened by people fictitiously employed (via the Internet) by various companies or use of bank accounts opened with false documents;
- Issuance (during 2014) of a number of 180 applications for rogatory commissions (to obtain necessary evidence during prosecution) given the cross-border elements (acts committed abroad, the result of acts committed abroad, the use of networks or communications facilities abroad, etc.);
- Increase of child pornography through computer systems as web services allow easy access to materials with pedophile content (assuring relative anonymity of users);
- Increase of occurrence and diversification of cyber attacks of highly technical nature, such as access to computer systems breaching security measures, followed or not other by other criminal activity, modification/alteration of computer data, installation of

⁴ *Ibidem*, p. 73-74.

⁵ Please see the Decision no. 15/2013 of the High Court of Cassation and Justice, published in the Official Gazette no. 760/06.12.2014

⁶ Law no. 508/2004 published in the Official Gazette no. 1089/23.11.2004, available on-line: <http://www.scj.ro/1093/Detail-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=86230>.

⁷ DIOCT, Activity report 2014, p. 75.

⁸ Please see the Decision no. 440/2014 of the Constitutional Court of Romania, available on-line: https://www.ccr.ro/files/products/Decizia_440_20141.pdf.

⁹ DIOCT, Activity report 2014, p. 75-78.

malware, serious disruption of computer systems; cyber attacks targeted the computer systems of public institutions and private companies, being conducted with other online fraud activities or credit cards frauds; financial malware distribution through systems from Romania (Romanian and foreign users being targeted, such as Citadel, Ransomware, etc.); most cyber attacks were directed against obsolete, outdated systems, with no native security options or which were not updated with the latest security updates;

- Increase in the frequency of advanced computer attack threats (APT), respectively cyber attacks with a high degree of complexity, launched by groups that had the ability and motivation to persistently attack a target in order to obtain certain benefits (usually sensitive information), and concerned entities in Romania.

2.2. Main cases closed

A) The DIOCT prosecutors – the Territorial Bureau of Braşov decided¹⁰ (file no. 160/D/P/2012) to send before the court 14 suspects, investigated for the crimes stipulated under art 367(1) of the Criminal Code, article 365(2) of the Criminal Code, article 250(3) of the Criminal Code, article 4 of Law no. 143/2000.

In this case, it was noted that starting with December 2012 and until the end of 2013, the suspects organized a group in order to commit cybercrimes and, by using equipment to forge e-payment tools, to conduct illegal operations.

The suspects designed and possessed devices to access computer systems and travelled abroad in order to install them on ATMs from Germany, Holland, France, Spain, South Korea, Russia and Romania.

A seizure was placed on the movable and immovable properties of the suspects and on the money from their accounts.

The case was sent for trial to the Tribunal of Braşov.

B) The DIOCT prosecutors – the Territorial Bureau of Cluj decided¹¹ (file no. 126/D/P/2013) to send for trial the suspect B.S.T., in custody, for illegal access of a computer system and illegal operations with computer devices or software while being in the unlawful possession of computer software and computer data and passwords.

It was noted that on 21.01.2013, 11:03 a.m. - 13:26 p.m., from his computer system connected to the Internet, at the IP address 91.223.82.179, (IP allotted to the computer system – virtual private server – VPS administered by the suspect, allotted to him for administration, for a price, by International Widespread Services Company), the suspect accessed, without right, in order to obtain computer data, the computer system hosting the www.presidency.ro server (the official website of the Presidency of Romania). The access to this computer system was banned or restricted for certain classes of users.

The access, without right, of the computer system (hosting the www.presidency.ro server, the official website of the Presidency of Romania) was made by the suspect through SQL Injection cyber attacks. He used, without right, certain applications in order to avoid the authentication mechanism required for authorized access.

The suspect had, without right, computer systems, computer data and passwords in order to obtain bank information, infect targeted computers with malware, damage

¹⁰ *Ibidem*, p. 78-79.

¹¹ *Ibidem*, p. 79-81.

computers, encrypt viruses, delete important documents in infected computers and to control the infected computer and access data stored in the compromised computers (respectively personal and financial information).

Out of the total data of bank cards indentified in the computer systems used by the suspect B.S.T., a number of 368,377 cards were valid American Express cards, compromised through cyber attacks (access of computer systems used to process card payments). The cards were used for illegal card transactions for illicit material benefits.

The total amount of the damage caused to users and financial institutions was 63,616,242.67 USD, out of which 36,837,700 USD was the amount of services to secure the 368,377 compromised accounts.

A seizure was placed on the movable and immovable assets of the suspect and on the money from the suspect's accounts.

The case was sent for trial to the Tribunal of Cluj.

C) The DIOCT prosecutors – the Territorial Bureau of Suceava decided¹² (file no. 104/D/P/2010) to send for trial a number of 7 persons for the organization of a crime ring, possession of software and hardware used to forge e-payment tools (credit cards), forgery and circulation of forged e-payment tools, illegal financial operations with e-payment tools, illegal access of a computer system (ATM), unauthorized transfer of identification data of e-payment tools, illegal disclosure of passwords, access codes or other similar data that allow total or partial access to computer systems (servers of issuing banks) in order to access illegally such computer systems.

It was noted the existence of a crime ring organized to commit cybercrimes. It had a horizontal structure and its members had very clear tasks as regards the illicit income from illegal cash withdrawals from ATMs following the acquirement of bank card data through „skimming”.

Cybercrimes were committed both in Romania, through the acquirement of devices to access bank card data, and abroad (Spain and Australia).

The suspects bought around 360 bank card numbers and personal data of the holders, indentified in the email accounts used jointly.

Such data (full name, card number, expiry date, CVV, address) belonged to foreign citizens (mainly English) and were obtained through „phishing”.

The total damage of the cybercrimes was 165,000 USD. Seizures were decided in the case for the equivalent amount.

The case was sent for trial at the Tribunal of Suceava.

3. Specific issues of cybercrimes recorded in 2013

3.1. General overview

In 2014, following the analysis of closed cases, DIOCT¹³ noted, in terms of statistics, the same upward trend both as regards the number of cases from previous years and the newly opened files, closed cases and number of indictments issued.

¹² *Ibidem*, p. 81-83.

¹³ DIOCT, Activity Report 2013, available on-line: http://www.diicot.ro/images/documents/rapoarte_activitate/raport_2013.pdf, p. 65-66.

It was noted¹⁴ that both the economic growth and recession created the same number of economic crimes (damages to people or material benefits obtained by organized crime rings) and cybercrimes were no exception since they are highly economic (determined by the benefits likely to occur).

Moreover, it was noted that¹⁵ information technologies provide perpetrators with unlimited resources to spread their deeds, tools that can be traced and wide income opportunities; thus, it was proven, despite the efforts of experts to obtain income that information technologies can (significantly) elude the possibility to identify capital movements and person identification.

It was also claimed that¹⁶ the actual dependence of the modern society on technology creates the necessary breach in the safety of the citizens' daily lives and which is used (without reserves) for specific crimes. The impact of cybercrimes places this type of crime on the top of the most lucrative deeds in terms of damage caused/financial profit gained.

Unfortunately, the slowness¹⁷ of the training in the field of prevention of cybercrimes was highlighted, taking into account both human and material resources.

The following issues¹⁸ characteristic to cybercrimes were noted:

- The need for a more technical approach of the evidence, the classical evidence being (according to each case) a limited resource (with some success);
- The existence of cases where technical evidence could not be collected because of the absence of technical resources or necessary know-how;
- Significant cross-border increase in cybercrime compared to the number of cases that required data or evidence from other states;
- Increase in the discrepancy between how information moves with the help of computers and how obsolete (in time and space) is the system collecting evidence in the legal system (international legal assistance);
- Increase in the occurrence of technical crimes, such as access to computer systems, by overcoming security measures, followed or not by other crimes, modification/alteration of computer data, installation of malware; severe disruption of computer system operations, which is (still) the most significant form of cybercrime.
- The increase in the frequency of crimes committed by organized cybercrime groups (illegal bids) is still the chronic form of cybercrime.

3.2. Main closed cases

A) The DIOCT prosecutors – the Territorial Bureau of Sibiu decided¹⁹ (file no. 100/D/P/2011) to send for trial a number of 54 suspects (13 in custody) for the organization, adherence and support, under any form, of a crime ring, as stipulated under art 7 of Law no. 39/2003, repeated fraud with serious consequences, as stipulated under art 215, paragraphs 1, 2, 3, 5 of the Criminal Code, with the enforcement of art 41(2) of

¹⁴ *Ibidem*, p. 63-64.

¹⁵ *Ibidem*, p. 63.

¹⁶ *Ibidem*, p. 64.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 64-65.

¹⁹ *Ibidem*, p. 66-68.

the Criminal Code, repeated computer forgery, as stipulated under art 48 of Law no. 161/2003.

In the case, it was noted that the suspects organized a crime ring to gain financial benefits by misleading several persons (money transfer agents from banks, supermarkets and other companies) by determining the employees to enter false data in the money transfer systems.

The suspects contacted the employees of the damaged parties using false identities and claiming they called from the bank central office and, alleging system tests, asked them to make money transfers in the name of people recruited for this purpose.

After such operations and having access to the sole code of the transaction, it was sent, by text message, to other members of the group who (for a fee) withdrew the money from the accounts where it was transferred (to avoid the transactions being blocked).

The group members sent (in some cases) emails at the email accounts of the employees, informing them that “simulations” were to be conducted in the system, indicating a flat line number, previously “processed” by the suspects in order to divert the call to the mobile phone used by them in prison.

The damage caused by such crimes was 154,600 lei and 235,000 euro.

The amount of the seized assets was 180,000 lei.

The file was sent for trial at the Tribunal of Prahova.

B) The DIOCT prosecutors – the Territorial Bureau of Maramureș decided²⁰ (file no. 89/D/P/2010) to send for trial a suspect – bank clerk at the B.C.R. Agency from Șomcuta Mare (Maramureș County) for the crimes stipulated under art 48 and 49 of Law no. 161/2003, both under art 419(2) of the Criminal Code, art 29(1)(a) and (b) of Law no. 656/2002 (money laundering), art 246 of the Criminal Code related to art 258 of the Criminal Code, all with the enforcement of art 33(a) of the Criminal Code.

In the case, it was noted that the suspect damaged over 30 natural and legal persons (clients of the bank) through the computer system (by forgery and fraud in the computer system), dissimulating afterwards the amounts of money by investing them into the construction of a property in order to hide their source.

The total amount of the damage was 1,114,492.03 lei, 55,350 EUR and 495 USD.

A seizure was placed on the movable and immovable assets of the suspect up to the equivalent of the damage.

The case was sent for trial to the Tribunal of Maramureș.

C) The DIOCT prosecutors – the Territorial Bureau of Craiova decided²¹ (file no. 64/D/P/2011) to send for trial (in custody) 23 suspects, investigated for the crimes stipulated under art 7(1), with reference to art 2(b), points 14 and 18 of Law no. 39/2003; art 25 of the Criminal Code related to art 42, paragraphs (1), (2) and (3) of Law no. 161/2003, with the enforcement of art 41(2) of the Criminal Code; art 27 of Law no. 365/2002, with the enforcement of art 41(2) of the Criminal Code; art 26 of the Criminal Code related to art 215, paragraphs (1), (2), (3) and (5) of the Criminal Code, with the

²⁰ *Ibidem*, p. 68-69.

²¹ *Ibidem*, p. 69-70.

enforcement of art 41 (2) of the Criminal Code; art 293 (1), thesis 2 and paragraph (2) of the Criminal Code and art 29(1), letters a and b of Law no. 656/2002.

In the case, it was noted that in 2006-2011, the suspects organized a crime ring and acted coordinately to commit several serious crimes in Romania, the USA, the UK and Canada, respectively computer fraud, unauthorized access in computer systems, money laundering and identity fraud.

A network specialized in illicit internet bids was organized and damaged mostly American, English and Canadian citizens with significant amounts of money.

To this end, the group members obtained false documents (identity cards, passports, driver's licenses) and gave them to accomplices to withdraw money and with the money purchased movable and immovable property, transferring the money among different people to hide its source.

The damage was estimated to 858,088 lei.

During the criminal investigation, a seizure was placed on several movable and immovable properties.

The case on sent for trial to the Tribunal of Gorj.

D) The DIOCT prosecutors – the Territorial Bureau of Craiova decided²² (file no. 30/D/P/2012) to send for trial (in custody) 6 suspects for the crimes stipulated under art 7, related to art 2 of Law no. 39/2003, art 27(3) of Law no. 365/2002, all with the enforcement of art 41 (2) of the Criminal Code and art 33, letter (a) of the Criminal Code.

In the case, it was noted that starting with 2009, a crime ring was organized to forge e-payment tools.

The group members obtained, through the Internet, identification data of some credit cards belonging to people from Europe, America, Brazil, Canada, which were afterwards inscribed with hardware and software on blank cards. With these, the group members withdrew from ATMs from Europe various amounts of money.

In the case, the American Express Company was civil party, claiming a loss 228,978 USD.

During the criminal investigation, a seizure was placed on the amounts found in the suspects' homes.

The file was sent for trial at the Tribunal of Mehedinți.

E) The DIOCT prosecutors – the Territorial Bureau of Oradea decided²³ (file no. 41/D/P/2011) to send for trial 19 suspects – members of a cross-border crime ring organized to commit forgeries and used e-payment tools, deeds stipulated and punished under art 7(1) of Law no. 39/2003 and art 24, paragraphs 1 and 2 of Law no. 365/2002, with the enforcement of art 41(2) of the Criminal Code.

In the case, it was noted that in 2010-2011, the members of the crime ring (coordinated by its leaders) acted in Romania, Holland and Germany, where they forged e-payment tools and used them for various illicit operations (purchase of luxury goods, cash withdrawals, payment of various public services).

The damage was estimated to around 200,000 EUR.

²² *Ibidem*, p. 70-71.

²³ *Ibidem*, p. 71-72.

During the criminal investigation, goods in an approximate amount of 22,500 EUR were identified and seized.

The file was sent for trial at the Tribunal of Bihor.

F) The DIOCT prosecutors – the Territorial Bureau of Oradea decided²⁴ (file no. 53/D/P/2012) to send for trial (in custody) 3 suspects – members of a cross-border crime ring organized to commit forgeries and used e-payment tools to conduct illicit financial operations abroad, deeds stipulated and punished under art 7(1) of Law no. 39/2003 and art 42, paragraphs 1 and 3 of Law no. 161/2003, with the enforcement of art 41(2) of the Criminal Code and art 24, paragraphs 1 and 2, art 25 and 27, paragraphs 1 and 3 of Law no. 365/2002, with the enforcement of art 41, paragraph 2 of the Criminal Code.

In the case, it was noted that in 2012, the suspects were in possession of copying devices employed for the identification of bank cards data and PIN codes, which they installed on 7 ATMs from the Czech Republic.

Through skimming, they compromised 46 cards of clients of Volksbank Prague Bank, GE Money Bank Prague, Raiffeisen Bank Prague and Citibank Europe from Prague, which in 25.06.2012-25.12.2012, they used in Bogota, Jamaica and Ecuador, to withdraw a total amount of 560,942.70 Czech crowns, approximately 21,658 EUR (at an exchange rate of 25,90 Czech crowns/1 euro, of 29.05.2013).

The file was sent for trial at the Tribunal of Bihor.

4. Conclusions

The main issues recorded during recent years (2013-2014) confirm the same trends recorded in the previous years and require stronger action from the law enforcement structures specialized in preventing and fighting cybercrime.

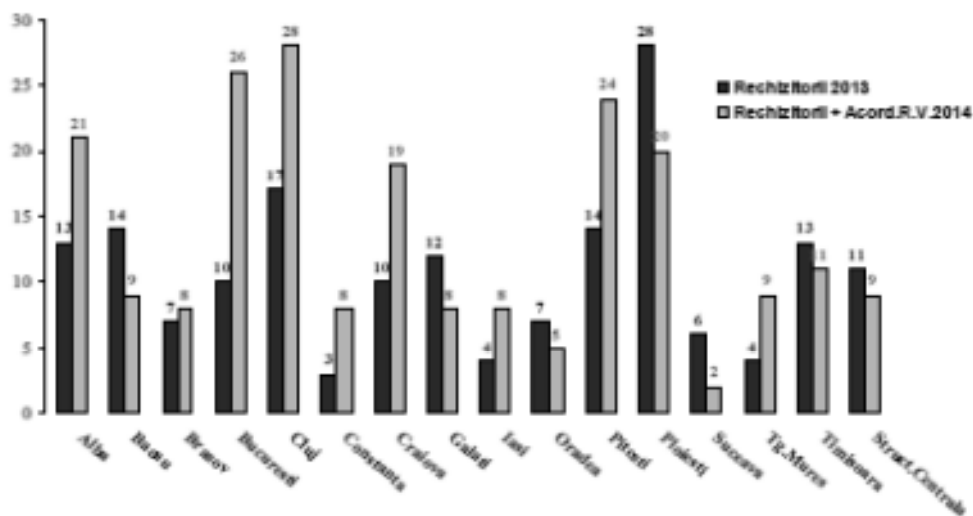
Bibliography:

1. Constitutional Court of Romania, Decision no. 440/2014, available on-line: https://www.ccr.ro/files/products/Decizia_440_20141.pdf.
2. DIOCT, Activity Report 2013, available on-line: http://www.diicot.ro/images/documents/rapoarte_activitate/raport_2013.pdf.
3. DIOCT, Activity report 2014, available on-line: http://www.diicot.ro/images/documents/rapoarte_activitate/raport_2014.pdf.
4. High Court of Cassation and Justice, Decision no. 15/2013, published in the Official Gazette no. 760/06.12.2014.
5. Ioniță G.-I., *Infracțiunile din sfera criminalității informatice: incriminare, investigare, prevenire și combatere*, Ed. Universul juridic, București, 2011.
6. Ioniță G.-I., *Infracțiunile din sfera criminalității informatice: incriminare, investigare, prevenire și combatere*, ed. a 2-a, rev. și adăug., Ed. Pro Universitaria, București, 2013.
7. Sandu F., Ioniță G.-I., *Criminologie*, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010.
8. *** Law no. 508/2004 published in the Official Gazette no. 1089/23.11.2004.

²⁴ *Ibidem*, p. 72-73.

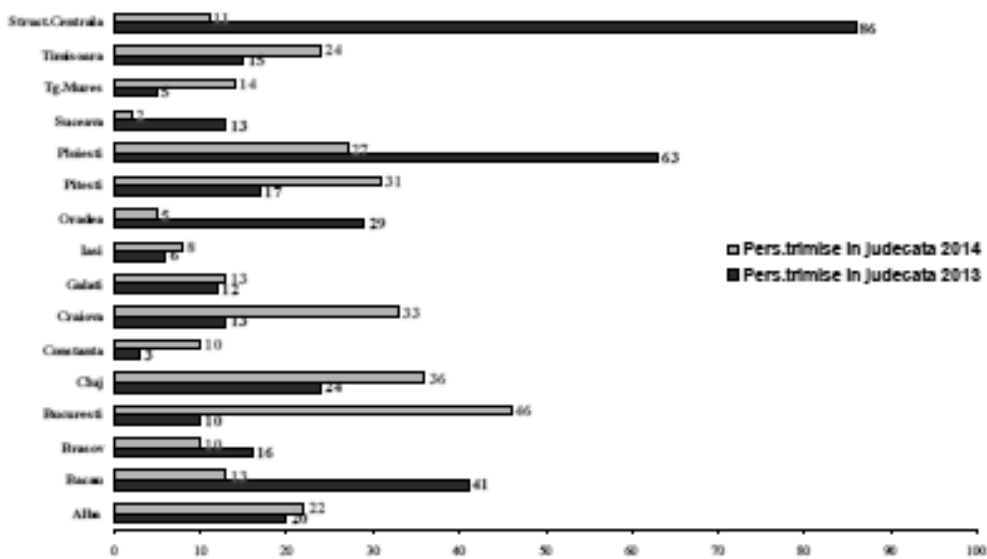
Annex: Main elements – drawing

Drawing no. 1
Prepared evidence



Source: DIOCT, *Activity Report 2014*, op. cit., p. 156

Drawing no. 2
Suspects sent for trial



Source: DIOCT, *Activity Report 2014*, op. cit., p. 157

O SCURTA RADIOGRAFIE A FENOMENULUI CRIMINALITATII INFORMATICE IN ROMANIA *

Gheorghe-Iulian IONIȚĂ**

Rezumat

Cunoașterea formelor de manifestare și evoluția criminalității informatice este posibilă și (mai ales) prin prisma rapoartelor de activitate ale structurilor de aplicare a legii specializate în prevenirea și combaterea acestui fenomen. Amploarea și particularitățile fenomenului în România, este relevantă și de principalele aspecte înregistrate pe parcursul ultimilor ani (perioada 2013-2014), care confirmă aceleași tendințe înregistrate și în anii anteriori, și reclamă o acțiune mai fermă din partea structurilor de aplicare a legii specializate.

Cuvinte-cheie: criminalitate informatică, forme manifestare, evoluție, particularități

1. Aspecte generale

Formele de manifestare și evoluția criminalității informatice sunt evidențiate și în rapoartele de activitate ale structurilor de aplicare a legii specializate în prevenirea și combaterea acestui fenomen.

Chiar dacă aceste rapoarte fac referire doar la un segment al fenomenului criminalității informatice, respectiv la acele fapte care au fost sesizate/de care au luat cunoștință organele de aplicare a legii¹, ele constituie o sursă prețioasă de informații.

În acest context, pentru a contura amploarea și particularitățile fenomenului criminalității informatice, în România, am apreciat oportună punctarea principalelor aspecte înregistrate pe parcursul ultimilor ani (perioada 2013-2014)² și evidențiate în rapoartele de activitate ale Direcției de investigare a Infraacțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism (DIICOT).

* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

** Gheorghe-Iulian IONIȚĂ este cercetător post-doctoral la Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, cercetător asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române din București, lector universitar la Universitatea Româno-Americană din București; e-mail: ionita.gheorghe.iulian@profesor.rau.ro.

¹ În legătură cu valențe noțiunii de criminalitate și gradul de cunoaștere a fenomenului, a se vedea Sandu F., Ioniță G.-I., *Criminologie*, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 18-19.

² Pentru anii anteriori a se vedea Ioniță G.-I., *Infraacțiunile din sfera criminalității informatice: incriminare, investigare, prevenire și combatere*, ed. a II-a, rev. și adăug., Ed. Pro Universitaria, București, 2013, p. 234-244; Ioniță G.-I., *Infraacțiunile din sfera criminalității informatice: incriminare, investigare, prevenire și combatere*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 229-247.

2. Aspecte specifice fenomenului criminalității informatice evidențiate în anul 2014

2.1. Analiza generală a fenomenului

În anul 2014, din analiza concretă a cauzelor soluționate, DIICOT a constatat³, sub aspect statistic, aceeași tendință crescătoare, atât în ce privește numărul cauzelor restante din anii anteriori, cât și în ce privește numărul dosarelor nou intrate, cauzelor soluționate și numărul de rechizitorii emise.

S-a precizat⁴ că numărul mare de dosare înregistrate în perioada de referință a fost determinat, în parte, de publicarea în Monitorul Oficial (la data de 06.12.2013) a Deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție (recurs în interesul legii) nr. 15/2013 (din 14.10.2013)⁵, context în care, ținând cont de competența exclusivă dată DIICOT prin Legea nr. 508/2004⁶, unitățile de parchet de drept comun au declinat, către structurile DIICOT, toate cauzele aflate în lucru, care se subsumau situațiilor de fapt arătate în cuprinsul hotărârii pronunțate de ICCJ în recurs în interesul legii (mai sus amintită), indiferent de stadiul urmăririi penale, identificarea autorului ori durata scursă de la sesizarea faptei

De asemenea, s-a constatat⁷ că, în anumite situații, imposibilitatea obținerii de probe tehnice a fost cauzată de unele impedimente legale, ca Decizia Curții Constituționale a României nr. 440/2014 (din 08.07.2014)⁸ prin care a constatat că neconstituționale dispozițiile Legii nr. 82/2012 și că, prin aceasta, date tehnice legate de identificarea unor puncte de acces ale utilizatorilor finali (fie în cadrul comunicațiilor tip GSM fie al celor de date) au devenit inaccesibile organelor de urmărire penală.

Au fost evidențiate următoarele aspecte⁹ care au caracterizat fenomenul criminalității informatice:

- necesitatea unei abordări din ce în ce mai tehnică a probatoriului, probatoriul clasic constituind (după caz) o resursă limitată, la care s-a putut apela (cu un oarecare succes);
- organizarea mai bună a grupurilor infracționale, specializarea acestora pe diferite tipuri de activități și folosirea facilităților oferite de noile tehnologii și de libera circulație;
- preocuparea permanentă a membrilor grupurilor infracționale în a găsi noi produse financiare, sisteme informatice ce pot fi compromise, regiuni considerate „exotice” (unde se pot desfășura astfel de activități infracționale, ca SUA, Mexic, Republica Dominicană, Columbia, Australia, Japonia, Coreea de Sud);
- obținerea produsului financiar ilicit prin utilizarea (în continuare) a sistemelor de transfer de bani (Western Union și Money Gram);
- utilizarea conturilor bancare deschise de persoane angajate fictiv (prin internet) de diferite companii sau utilizarea unor conturi bancare deschise la bănci în baza unor documente false;

³ DIICOT, Raport de activitate 2014, disponibil on-line la http://www.diicot.ro/images/documents/rapoarte_activitate/raport_2014.pdf, p. 72-74.

⁴ *Ibidem*, p. 73-74.

⁵ A se vedea Dec. ÎCCJ nr. 15/2013, publicată în M. Of. nr. 760 din 6 decembrie 2014, disponibilă on-line la http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&custom_Query%5B0%5D.Value=86230.

⁶ Legea nr. 508/2004 publicată în M. Of. nr. 1089 din 23 noiembrie 2004.

⁷ *Ibidem*, p. 75.

⁸ A se vedea Dec. CCR nr. 440/2014, disponibilă on-line la https://www.ccr.ro/files/products/Decizia_440_20141.pdf.

⁹ *Ibidem*, p. 75-78.

- emiterea (în cursul anului 2014) unui număr de 180 de cereri de comisii rogatorii (în vederea obținerii materialului probator necesar în cursul urmăririi penale) având în vedere elementele de extraneitate (comiterea faptelor în străinătate, producerea rezultatului faptelor comise în străinătate, utilizarea unor rețele sau facilități de comunicații din străinătate etc.);

- creșterea fenomenului pornografiei infantile prin sisteme informatice întrucât serviciile oferite de internet permit accesul facil la materiale cu conținut pedofil (cu asigurarea anonimității relative a utilizatorilor);

- creșterea incidenței și diversificarea atacurilor informatice cu un pronunțat caracter tehnic, de tipul accesului la sisteme informatice cu depășirea măsurilor de securitate, urmată sau nu de alte activități infracționale, modificarea/alterarea de date informatice, instalarea de programe malițioase, perturbarea gravă a funcționării sistemelor informatice; atacurile informatice au vizat sistemele informatice ale instituțiilor publice și ale unor companii private, fiind derulate împreună cu alte activități de fraudă on-line sau cu cărți de credit, distribuția de malware financiar prin sisteme informatice din România (fiind vizați utilizatori români, dar și din străinătate, ca Citadel, Ransomware etc.); majoritatea atacurilor informatice au fost îndreptate către sisteme învechite, depășite moral, fără posibilități native de securizare sau care nu erau actualizate cu ultimele update-uri de securitate;

- creștere frecvenței amenințărilor de tip atacuri informatice avansate (APT), respectiv atacuri cibernetice cu un grad ridicat de complexitate, lansate de către grupuri ce aveau capacitatea și motivația necesară pentru a ataca în mod persistent o țintă, în scopul obținerii anumitor beneficii (de obicei acces la informații sensibile), și au vizat entități din România.

2.2. Principalele cauze soluționate

A) Procurorii DIICOT – Serviciul Teritorial Brașov au dispus¹⁰ (dosar nr. 160/D/P/2012) trimiterea în judecată a 14 inculpați, cercetați sub aspectul comiterii infracțiunilor prevăzute de art. 367 alin. (1), art. 365 alin. (2), art. 250 alin. (3) C. pen., art. 4 din Legea nr. 143/2000.

În fapt, s-a reținut că, începând cu luna decembrie 2012 și până la sfârșitul anului 2013, inculpații au constituit un grup criminal organizat în scopul comiterii de infracțiuni prin sisteme informatice și prin utilizarea de echipamente destinate falsificării instrumentelor de plată electronică, în vederea efectuării de operațiuni frauduloase.

Inculpații au confecționat și deținut dispozitive destinate accesului la sisteme informatice, dispozitive cu care s-au deplasat în străinătate, în vederea montării lor la bancomate din Germania, Olanda, Franța, Spania, Coreea de Sud, Rusia, dar și în România.

În cauză a fost luată măsura asiguratorie a sechestrului asupra bunurilor mobile și imobile aparținând inculpaților, precum și asupra sumelor de bani identificate în conturile acestora.

Cauza a fost trimisă, spre competență soluționare, Tribunalului Brașov.

¹⁰ *Ibidem*, p. 78-79.

B) Procurorii DIICOT – Serviciul Teritorial Cluj au dispus¹¹ (dosar nr. 126/D/P/2013) trimiterea în judecată, în stare de arest preventiv, a inculpatului B.S.T., pentru săvârșirea infracțiunilor de acces ilegal la un sistem informatic și operațiuni ilegale cu dispozitive sau programe informatice, în modalitatea deținerii fără drept a unor programe informatice și a unor date informatice și parole.

S-a reținut că, în data de 21.01.2013, în intervalul orar 11:03-13:26, de la sistemul său informatic conectat prin intermediul serviciilor de internet la adresa de IP 91.223.82.179, (adresă IP atribuită sistemului informatic – server virtual privat – VPS administrat de către inculpat, acestea fiindu-i alocate spre administrare inculpatului contra cost de către societatea International Widespread Services), inculpatul a procedat la accesarea fără drept, în scopul obținerii de date informatice, a sistemului informatic care găzduiește server-ul www.presidency.ro (site-ul oficial al Președinției României), sistem informatic pentru care accesul era restricționat sau interzis pentru anumite categorii de utilizatori.

Activitatea de accesare fără drept a sistemului informatic (care găzduiește server-ul www.presidency.ro, site-ul oficial al Președinției României) a fost efectuată de către inculpat prin atacuri informatice de tip SQL Injection, prin folosirea fără drept a unor aplicații informatice cu ajutorul cărora s-a procedat la ocolirea mecanismului de autentificare necesar unei accesări autorizate.

Inculpatul deținea fără drept programe informatice, date informatice și parole cu scopul de a sustrage informații bancare, de a infesta calculatoare țință cu soft malițios, de a deteriora computerele, de a cripta viruși informatici, de a șterge fișierele importante de pe calculatorul infestat și de a permite controlul calculatorului infestat, precum și accesul la datele stocate pe calculatorul compromis (respectiv informații personale și financiare).

Din totalul datelor de card-uri bancare identificate în sistemele informatice utilizate de către inculpatul B.S.T., un număr de 368.377 card-uri era reprezentat de card-uri American Express valide, care au fost compromise prin atacuri informatice (intruziuni în sisteme informatice folosite la procesarea plăților cu card-uri bancare), după care au fost realizate în mod ilegal tranzacții cu card-uri contrafăcute, în scopul obținerii de beneficii materiale.

A rezultat o valoare totală a pagubelor cauzate utilizatorilor și instituției financiare, în cuantum de 63.616.242,67 USD, din care suma de 36.837.700 USD reprezentând contravaloarea costurilor de securizare a celor 368.377 conturi compromise.

În cauză s-a dispus instituirea măsurii asiguratorii a sechestrului asupra unor bunuri mobile și imobile, precum și asupra sumelor de bani aflate în conturile aparținând inculpatului.

Cauza a fost trimisă, spre competență soluționare, Tribunalului Cluj.

C) Procurorii DIICOT – Serviciul Teritorial Suceava au dispus¹² (dosar nr. 104/D/P/2010) trimiterea în judecată a unui număr de 7 inculpați pentru săvârșirea infracțiunilor de constituire a unui grup infracțional organizat, deținere de echipamente software și hardware în vederea falsificării de instrumente de plată electronică (cărți de credit), falsificare și punere în circulație de instrumente de plată electronică falsificate, efectuarea de operațiuni

¹¹ *Ibidem*, p. 79-81.

¹² *Ibidem*, p. 81-83.

financiare frauduloase cu instrumente de plată electronică, acces, fără drept, la un sistem informatic, (terminalul de distribuție a numerarului ATM), transmitere neautorizată de date de identificare ale unor instrumente de plată electronică, punere la dispoziție fără drept a unei parole, cod de acces sau alte asemenea date informatice, care permit accesul total sau parțial la un sistem informatic (serverele băncilor emitente) în scopul accesării fără drept a respectivului sistem informatic.

S-a reținut existența unei grupări infracționale organizate având drept scop comiterea de infracțiuni din sfera criminalității informatice, structurată pe orizontală, membrii acesteia având fiecare sarcini bine stabilite pe linia obținerii de venituri ilicite din retrageri frauduloase de numerar de la ATM-uri, ca urmare a obținerii datelor de card-uri bancare prin metoda „skimming”.

Activitatea infracțională a grupării s-a desfășurat, atât în România, prin procurarea mijloacelor de sustragere a datelor de pe card-urile bancare, cât și în străinătate (Spania și Australia).

Inculpații au procurat (contra-cost) aproximativ 360 de numere de card-uri bancare împreună cu datele personale ale titularilor, identificate în adresele de mail folosite în comun.

Aceste date (nume, prenume, nr. card-ului, data expirării, cvv, adresa) aparțineau unor cetățeni străini (cu precădere, englezi) și erau obținute prin metoda „phishing”.

Prejudiciul total creat prin săvârșirea acestor infracțiuni a fost de 165.000 USD, în cauză fiind dispuse măsuri asiguratorii până la concurența acestei sume.

Cauza a fost trimisă, spre competență soluționare, Tribunalului Suceava.

3. Aspecte specifice fenomenului criminalității informatice evidențiate în anul 2013

3.1. Analiza generală a fenomenului

În anul 2013, din analiza concretă a cauzelor soluționate, DIICOT a constatat¹³, sub aspect statistic, aceeași tendință crescătoare, atât în ce privește numărul cauzelor restante din anii anteriori, cât și în ce privește numărul dosarelor nou intrate, cauzelor soluționate, numărului de rechizitorii emise și persoanelor trimise în judecată.

S-a precizat¹⁴ că atât creșterea economică cât și recesiunea, au creat aproximativ același număr de infracțiuni cu impact economic (care a constat în pagube produse persoanelor ori beneficiu material, colateral, obținut de grupurile infracționale organizate) iar infracțiunile din sfera criminalității informatice nu au făcut excepție, întrucât acestea au un pronunțat caracter economic (determinat de beneficiile pe care sunt apte a le produce).

De asemenea, s-a constatat¹⁵ că tehnologia informației pune la dispoziția infractorilor (din orice categorie) resurse nelimitate de propagare a faptelor pe care le comit, instrumente ce se pot afla sub radarul trasabilității, precum și vaste oportunități de obținere de venituri; în acest context, s-a demonstrat, în ciuda eforturilor specialiștilor de a spori trasabilitatea unor activități, că tehnologia informației poate eluda (într-o mare măsură) posibilitatea identificării mișcărilor de capital ori identificarea persoanelor.

¹³ DIICOT, Raport de activitate 2013, disponibil on-line la http://www.diicot.ro/images/documents/rapoarte_activitate/raport_2013.pdf, p. 65-66.

¹⁴ *Ibidem*, p. 63-64.

¹⁵ *Ibidem*, p. 63.

De altfel, așa cum s-a susținut¹⁶, tocmai dependența de tehnologie a societății moderne creează breșa necesară în siguranța vieții cotidiene a cetățenilor, care este speculată (fără menajamente) în săvârșirea unor infracțiuni specifice și, astfel, impactului criminalității informatice plasează acest tip de fapte în topul celor mai profitabile sub aspectul daunelor/profitului financiar cauzat/dobândit.

Din nefericire, se subliniază¹⁷ lentoarea cu care înaintează pregătirea în domeniul combaterii proliferării infracțiunilor informatice, avându-se în vedere atât resursele umane cât și resursele materiale alocate.

Au fost evidențiate următoarele aspecte¹⁸ care au caracterizat fenomenul criminalității informatice:

- necesitatea unei abordări din ce în ce mai tehnică a probatorului, probatoriul clasic constituind (după caz) o resursă, la care s-a putut apela (cu un oarecare succes);
- existența unor situații în care imposibilitatea obținerii de probe tehnice a fost cauzată de lipsa resurselor tehnice sau cunoștințelor necesare;
- evidențierea pregnantă, a aspectului transnațional al criminalității informatice, din numărul de cauze în care a fost necesară obținerea unor date sau probe de pe teritorii alor state;
- evidențierea discrepanței dintre felul în care circulă informația cu ajutorul tehnicii de calcul și cât de încremenit (în timp și spațiu) este sistemul sub care se relevă probatoriul în sistemul legal (asistența juridică internațională);
- creșterea incidenței infracțiunilor cu un pronunțat caracter tehnic, de tipul accesului la sisteme informatice, cu depășirea măsurilor de securitate urmată sau nu de alte activități infracționale, modificarea/alterarea de date informatice, instalare de programe malițioase, perturbarea gravă a funcționării sistemelor informatice, care rămâne (în continuare) forma acută a criminalității informatice;
- creșterea incidenței faptelor săvârșite de grupurile specializate în fraude informatice (licitații frauduloase) continuă să reprezinte forma cronică a criminalității informatice.

3.2. Principalele cauze soluționate

A) Procurorii DIICOT – Biroul Teritorial Sibiu au dispus¹⁹ (dosar nr. 100/D/P/2011) trimiterea în judecată a unui număr de 54 inculpați (din care 13 în stare de arest preventiv) pentru săvârșirea infracțiunilor de constituire, aderare sau sprijinire sub orice formă a unui grup infracțional organizat, prevăzută de art. 7 din Legea nr. 39/2003, înșelăciune cu consecințe deosebit de grave în formă continuată, prevăzută de art. 215 alin. (1)-(3) și (5) C. pen. cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen., fals informatic în formă continuată, prevăzută de art. 48 din Legea nr. 161/2003.

În fapt, s-a reținut că inculpații s-au constituit într-o grupare organizată în scopul obținerii de beneficii financiare prin inducerea în eroare a mai multor părți vătămate (agenții de transfer monetar din cadrul unor unități bancare, supermarket-uri și alte companii) prin determinarea angajaților acestora să introducă date nereale în aplicațiile de transfer monetar.

¹⁶ *Ibidem*, p. 64.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 64-65.

¹⁹ *Ibidem*, p. 66-68.

Inculpații au contactat angajați ai părților vătămate, utilizând identități fictive și pretinzând că telefonează de la centrala băncii și, sub pretextul unor testări ale sistemului, le-au solicitat acestora să efectueze operațiuni de transfer monetar pe numele unor persoane racolate în acest scop.

După realizarea operațiunilor și obținerea codului unic al tranzacției, acesta era transmis prin SMS altor membrii ai grupării, care (contra unui comision) efectuau rapid retragerea sumelor de bani din conturile în care acestea erau transferate (pentru a evita riscul blocării tranzacțiilor).

Membrii grupării transmiteau (în unele cazuri) mesaje electronice pe adresele de e-mail de serviciu ale angajaților, prin care li se aducea la cunoștință că urmează să aibă loc „simulări” privind sistemul, fiind indicat și un număr telefonic fix, anterior „preluat” de inculpați prin devierea apelului către numărul de mobil folosit de aceștia în penitenciar.

Prejudiciul creat prin săvârșirea infracțiunilor a fost de 154.600 lei și 235.000 Euro
Valoarea bunurilor indisponibilizate a fost de 180.000 lei.

Dosarul a fost trimis, spre competență soluționare, Tribunalului Prahova.

B) Procurorii DIICOT – Biroul Teritorial Maramureș au dispus²⁰ (dosar nr. 89/D/P/2010) trimiterea în judecată a unui inculpat, având calitatea de funcționar bancar la Agenția B.C.R. din orașul Șomcuta Mare (jud. Maramureș) pentru săvârșirea infracțiunilor prevăzute de art. 48 și 49 din Legea nr. 161/2003, ambele cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen., art. 290 C. pen., cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen., art. 29 alin. (1) lit. a) și b) din Legea nr. 656/2002 (spălare de bani), art. 246 C. pen. raportat la art. 258 C. pen., toate cu aplicarea art. 33 lit. a) C. pen.

În fapt, s-a reținut că inculpatul a prejudiciat peste 30 de persoane fizice și juridice (clienți ai băncii respective) prin intermediul sistemului informatic deservit (prin fals și înșelăciune în sistem informatic) disimulând apoi sumele prin investirea în construcția unui imobil, pentru a nu se depista proveniența acestora.

Prejudiciul total produs prin săvârșirea infracțiunilor a fost de 1.114.492,03 lei, 55.350 EUR și 495 USD.

Au fost dispuse măsuri asiguratorii asupra bunurilor mobile și imobile ale inculpatului, până la concurența prejudiciului creat.

Dosarul a fost trimis, spre competență soluționare, Tribunalului Maramureș.

C) Procurorii DIICOT – Serviciul Teritorial Craiova au dispus²¹ (dosar nr. 64/D/P/2011) trimiterea în judecată (în stare de arest preventiv) a 23 de inculpați cercetați sub aspectul comiterii infracțiunilor prevăzute de art. 7 alin. (1), cu referire la art. 2 lit. b) pct. 14 și 18 din Legea nr. 39/2003; art. 25 C. pen. raportat la art. 42 alin. (1)-(3) din Legea nr. 161/2003 cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen.; art. 26 C. pen. raportat la art. 49 din Legea nr. 161/2003, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen.; art. 27 din Legea nr. 365/2002 cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen.; art. 26 C. pen. raportat la art. 215 alin. (1)-(3) și (5) C. pen., cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen., art. 293 alin. (1) teza a II-a și alin. (2) C. pen. și art. 29 alin. (1) lit. a) și b) din Legea nr. 656/2002.

²⁰ *Ibidem*, p. 68-69.

²¹ *Ibidem*, p. 69-70.

În fapt, s-a reținut, că în perioada anilor 2006-2011, inculpații au constituit un grup infracțional organizat care a acționat, în mod coordonat, în scopul comiterii mai multor infracțiuni grave pe teritoriul României, SUA, Angliei și Canadei, săvârșind infracțiuni de fals informatic, fraude informatice, acces neautorizat în sisteme informatice, spălare a banilor și fals privind identitatea.

În concret, a fost organizată o rețea specializată în licitații frauduloase pe Internet, care a prejudiciat, cu sume importante de bani, cetățeni în majoritate americani, englezi și canadieni.

În acest sens, membrii grupului, au procurat documente false (cărți de identitate, pașapoarte, permise de conducere) pe care le-au încredințat unor complici pentru retragerea unor sume de bani iar, cu banii astfel rezultați, au fost achiziționate bunuri mobile și imobile transferând sumele între mai multe persoane pentru disimularea provenienței acestora.

Prejudiciul produs a fost estimat la 858.088 lei.

În cursul urmăririi penale s-a dispus măsura sechestrului asigurător asupra unor bunuri mobile și imobile.

Cauza a fost trimisă, spre competență soluționare, Tribunalului Gorj.

D) Procurorii DIICOT – Serviciul Teritorial Craiova au dispus²² (dosar nr. 30/D/P/2012) trimiterea în judecată (în stare de arest preventiv) a 6 inculpați, pentru săvârșirea infracțiunilor prevăzute de art. 7 raportat la art. 2 din Legea nr. 39/2003, art. 27 alin. (3) din Legea nr. 365/2002 și art. 26 C. pen. raportat la art. 24 alin. (1) din Legea nr. 365/2002, toate cu aplicarea dispozițiilor art. 41 alin. (2) C. pen. și art. 33 lit. a) C. pen.

În fapt, s-a reținut că, începând cu anul 2009, a fost constituit un grup infracțional având ca scop falsificarea unor instrumente de plată electronică.

Astfel, membrii grupului au obținut prin intermediul internetului, date de identificare a unor cărți de credit aparținând unor persoane din Europa, America, Brazilia, Canada, ce erau inscripționate apoi cu ajutorul unor echipamente hardware și software pe card-uri „blank”, cu care membrii grupului, extrăgeau de la ATM-uri din Europa diverse sume de bani.

În cauză s-a constituit parte civilă Compania American Express, aceasta reclamând o pierdere de 228.978 USD.

În cursul urmăririi penale s-a instituit sechestrul penal asupra sumelor identificate la domiciliile inculpaților.

Dosarul a fost trimis, spre competență soluționare, Tribunalului Mehedinți.

E) Procurorii DIICOT – Serviciul Teritorial Oradea au dispus²³ (dosar nr. 41/D/P/2011) trimiterea în judecată a 19 inculpați, membrii ai unui grup infracțional organizat cu caracter transnațional, constituit în scopul săvârșirii infracțiunilor de falsificare și punere în circulație a instrumentelor de plată electronică, fapte ce constituie infracțiunile prevăzute și pedepsite de art. 7 alin. (1) din Legea nr. 39/2003 și art. 24 alin. (1) și (2) din Legea nr. 365/2002 cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen.

²² *Ibidem*, p. 70-71.

²³ *Ibidem*, p. 71-72.

În fapt s-a reținut că, în perioada 2010-2011 membrii grupării infracționale organizate (sub coordonarea liderilor acesteia) au acționat pe teritoriul României, Olandei și Germaniei, unde au falsificat mai multe instrumente de plată electronică, cu ajutorul cărora au efectuat diferite operațiuni frauduloase (achiziții de bunuri de lux, retrageri de numerar, achitarea valorii unor servicii publice)

Prejudiciul cauzat a fost estimat la aproximativ 200.000 EUR.

În cursul urmăririi penale au fost identificate și ridicate, în vederea confiscării, bunuri în valoare de aproximativ 22.500 EUR.

Cauza a fost trimisă, spre competență soluționare, Tribunalului Bihor.

F) Procurorii DIICOT – Serviciul Teritorial Oradea au dispus²⁴ (dosar nr. 53/D/P/2012) trimiterea în judecată (în stare de arest preventiv) a 3 inculpați, membrii ai unui grup infracțional organizat cu caracter transnațional, constituit în scopul săvârșirii infracțiunilor de falsificare și punere în circulație a instrumentelor de plată electronică, precum și de efectuarea de operațiuni financiare în mod fraudulos în străinătate, fapte ce constituie infracțiunile prevăzute și pedepsite de art. 7 alin. (1) din Legea nr. 39/2003, art. 42 alin. (1) și (3) din Legea nr. 161/2003 cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen. și art. 24 alin. (1) și (2), art. 25 și art. 27 alin. (1) și (3) din Legea nr. 365/2002, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen.

În fapt s-a reținut că în cursul anului 2012, inculpații au deținut aparatură de copiere a datelor de identificare a card-urilor bancare și codului PIN pe care au montat-o la un nr. de 7 ATM-uri din Cehia.

Prin operațiunea de skimming s-a reușit fraudarea unui număr de 46 card-uri aparținând clienților băncilor Volksbank Praga, GE Money Bank Praga, Raiffeisen Bank Praga și Citibank Europe din Praga, pe care, în perioada 25.06.2012-25.12.2012, le-au folosit în Bogota, Jamaica și Ecuador, pentru retragerea sumei totale de 560.942,70 coroane cehe, aproximativ 21.658 EUR (la cursul de 25,90 coroane cehe/1 euro, din 29.05.2013).

Cauza a fost trimisă, spre competență soluționare, Tribunalului Bihor.

4. Concluzii

Principalele aspecte înregistrate pe parcursul ultimilor ani (perioada 2013-2014), confirmă aceleași tendințe înregistrate și în anii anteriori, și reclamă o acțiune mai fermă din partea structurilor de aplicare a legii specializate în prevenirea și combaterea fenomenului.

Bibliografie:

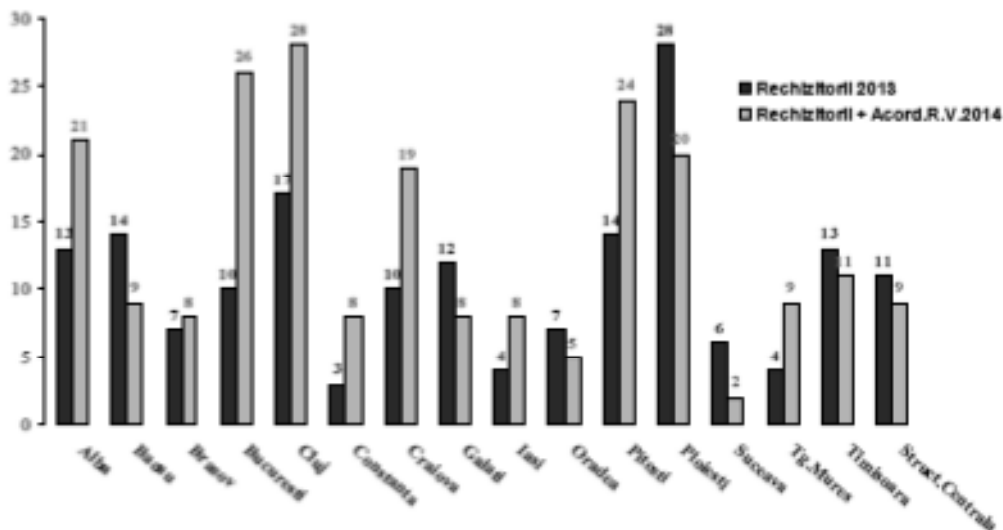
1. Curtea Constituțională a României, Decizia nr. 440/2014, disponibilă on-line la http://www.ccr.ro/files/products/Decizia_440_20141.pdf.
2. DIICOT, *Raport de activitate 2013*, disponibil on-line la http://www.diicot.ro/images/documents/rapoarte_activitate/raport_2013.pdf
3. DIICOT, *Raport de activitate 2014*, disponibil on-line la http://www.diicot.ro/images/documents/rapoarte_activitate/raport_2014.

²⁴ *Ibidem*, p. 72-73.

4. Ioniță G.-I., *Infracțiunile din sfera criminalității informatice: incriminare, investigare, prevenire și combatere*, Ed. Universul Juridic, București, 2011.
5. Ioniță G.-I., *Infracțiunile din sfera criminalității informatice: incriminare, investigare, prevenire și combatere*, ed. a II-a, rev. și adăug., Ed. Pro Universitaria, București, 2013.
6. Înalta Curte de Casație și Justiție, Decizia nr. 15/2013, disponibilă on-line la <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=86230>.
7. Sandu F., Ioniță G.-I., *Criminologie*, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010.
8. *** Legea nr. 508/2004 publicată în M. Of. nr. 1089/23.11.2004.

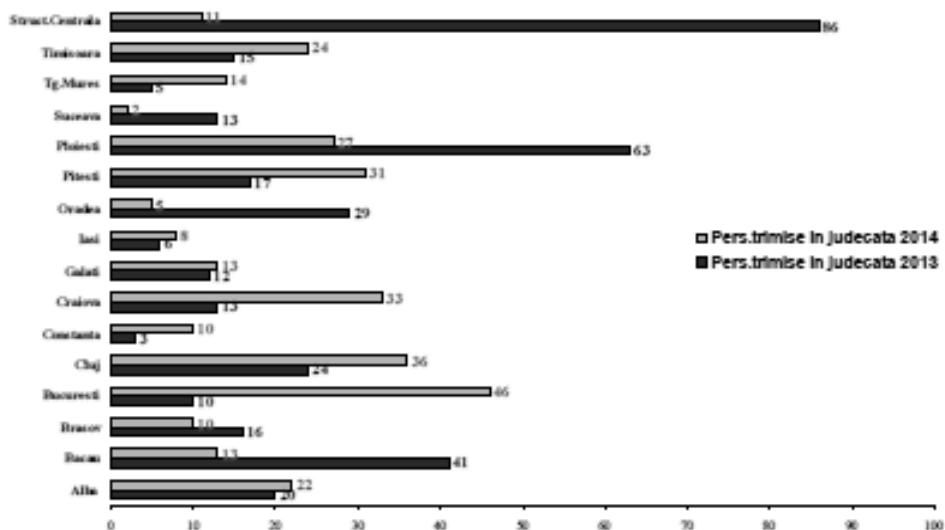
Anexă: Reprezentarea grafică a principalelor elemente

Grafic nr. 1
Rechizitorii întocmite



sursa: DIICOT, Raport de activitate 2014, op. cit., p. 156

Grafic nr. 2
Persoane trimise în judecată



sursa: DIICOT, Raport de activitate 2014, op. cit., p. 157

THE TRANSMISSION OF LEGAL RIGHTS IN THE INTELLECTUAL PROPERTY DOMAIN

Andreea-Lorena CODREANU

Abstract

Presumption of authorship is applicable until proven otherwise, on the person under whose name the work was first brought to public knowledge. As for the subject of copyright, it consists of original works of intellectual creation in the literary, artistic or scientific – whatever creative manner, mode or form of expression and regardless of their value and destination, and the derived works created based on one or more preexisting works. The author of a work has the exclusive economic right to decide how and when his work will be used, including to consent to its use by others. The right to the patent belongs to the inventor or his successor in title. If the invention has been created jointly by several inventors, each has the status of joint inventor and the rights belong to them jointly. Patent rights, the right to grant patent and the rights deriving from the patent may be transferred in whole or in part. Trademark rights can be transferred by assignment, license, by succession or foreclosure of the debtor, owner of the mark carried out under the law. The right to issue the certificate of registration of the design rights arising from the registration of the design as well as rights deriving from the registration, are transferable in whole or in part. The transfer may be made by succession, assignment or license and register at OSIM.

Keywords: copyright, patents, trademarks, protection o designs, transmission

Copyright is defined in the *Law No.8/1996 regarding copyright and related rights*, as amended by Law no.285/2004, as the right of literary, artistic or scientific work, as well as other works of intellectual creation, recognized and guaranteed by law. It may be noted that this right vests in the author and has two meanings, entailing moral and patrimonial attributes. Presumption of authorship is applicable until proven otherwise, on the person under whose name the work was first brought to public knowledge. As for the subject of copyright, it consists of original works of intellectual creation in the literary, artistic or scientific – whatever creative manner, mode or form of expression and regardless of their value and destination, and the derived works created based on one or more preexisting works. As regards the legal regime of property when the author is married, art.340 letter d) of the Civil Code falls into the category of personal property of each spouse, "economic rights to its intellectual property creations and the distinctive signs which one recorded", text that influence individual and professional heritage referred to in article 33 of the Code. According to article 92 of *the Law of copyright, related rights shall not prejudice authors' rights* and the provisions relating there to shall be construed in the sense of a copyright year. The economic rights related to neighboring rights may be assigned, in whole or in part, as provided for copyright, it applies by analogy may be subject to exclusive or non-exclusive.

The author of a work has the exclusive economic right to decide how and when his work will be used, including to consent to its use by others. The law makes a difference between common work and collective work, concluding that, in the absence of some

agreement, common co-authors may only use the work with the consent from other co-authors, and the agreement and refusal of consent from either co-authors must be fully justified. If the contribution of each coauthor is distinct, it can be used separately, provided they do not prejudice the use of joint work or the rights of others coauthors. If the contribution of each coauthor is distinct, it can be used separately, provided they do not prejudice the use of joint work or the rights of others coauthors. Collective work is the work in which the personal contributions of the co-authors form a whole, without being possible, given the nature of the work, to ascribe a distinct right combination of any of the coauthors on work created; unless agreed otherwise, the copyright collective work belong to the natural or legal initiative and responsibility and under whose name it was created, the resulting text reason that the parties may determine by agreement and a person other than the author.

Article 11 of Law No.8/1996 states, *for the moral rights*, that they may not be renounced or disposed. After the author's death, the exercise of rights provided for in art. 10 letter a), b) and d) of the Act (ie: the author of a work shall have the following moral rights: a) the right to decide if, how and when the work will be brought to public knowledge; b) the right to claim authorship of the work recognized; d) the right to demand respect for the integrity of the work and to oppose any change, and any interference with the work, if prejudicial to his honor or reputation), is transmitted through inheritance, according to civil legislation indefinitely. If there are no heirs, the exercise of these rights lie with the organization that administered the collective management rights of the author or, where appropriate, the organization with the highest number of members in the respective field of creation.

The law provides in article 25 and limited time on *transmission by inheritance*, as follows: The economic rights provided for in Articles 13 and 21 (taken below) takes the author's lifetime and after death shall be transferred by inheritance under the civil law, over a period of 70 years, whatever the date on which the work was made public legally. If there are no heirs, the exercise of these rights rests to collecting organization mandated by the author during his lifetime or, failing a mandate, to collective administration organization with the largest number of members in the respective field of creation. A person who, after leaving the protection of copyright, makes public, legally, for the first time, an unpublished work before, receives the protection equivalent to the economic rights of the author. The duration of protection of such rights shall be 25 years from the time he was brought to the attention of the public for the first time, legally. The economic rights referred to in the text of article 25 are: 13 – using a work gives rise to property rights, distinct and exclusive of the author to authorize or prohibit: a) *reproduction of the work*; b) *the distribution of work*; c) *import for domestic marketing of children made with the consent of the author, after work*; d) *hiring work*; e) *loan work*; f) *public communication, work directly or indirectly by any means, including by providing work to the public, so they can be accessed anywhere and at any time chosen, individually by the public*; g) *broadcasting the work*; h) *cable retransmission of the work*; i) *making derivative works*; art.21- (1) *the author of an original work of graphic or plastic art or of a photographic work has a right of resale, representing the right to receive a share of net sales price obtained for any resale of the work subsequent to the first transfer by the author, and the right to be informed of the location work*. (2) *The right referred to in alin. (1) shall apply*

to all acts of resale of an original work of graphic or plastic art or a photographic work involving as sellers, buyers or intermediaries, salons, art galleries, and any dealers in works of art. (3) For the purposes of this Act, copies of original works of art or photographs, which were made in very limited by their author or with its consent, are considered original artwork.

If the works are *collaborative*, during economic (patrimonial) rights is 70 years after the death of the last of the joint authors and co-authors are distinct when contributions duration of the economic rights for each of them is 70 years after the death of a person; the duration of the economic rights in collective works is 70 years from the date they are made public works. If this is not done for 70 years after the creation of works, economic rights expire during this transition period.

Regarding *the assignment of the author's rights*, the normative act on the matter, stated above, provide that the author or copyright holder may transfer by contract to other persons only his economic rights (not the moral rights). Text on the assignment is permissive in the sense that this legal way may be limited to some of them, to their territory for a certain period, there are two types: exclusive or non-exclusive. In the case of *exclusive* transfer, the rightholder himself can no longer use the work in the manner, the timing and territory agreed with the transferee, nor transfer the rights concerned to another person. The exclusive nature should be expressly provided in the contract. In *non-exclusive* transfer, the rightholder can use the work himself and transmit non-exclusive right to others.

Non-exclusive transferee may not transfer his right to another person, except with the express consent of the transferor; however, an exception is provided for the lack of necessity of consent: whether the transferee legal person is transformed by one of the means provided by law. It is also noted that the assignment of one of the economic rights of the copyright owner has no effect on his other rights, unless otherwise agreed. A ban imposed by law states the fact that the transfer of economic rights in all author's *future works*, whether designated or not, is sanctioned by *absolute nullity*.

The law requires that certain items should contain the contract of assignment of rights. Thus, the content of the act must provide rights transferred and that they mention, for each of them, use patterns, duration, scope of the assignment and the remuneration of the copyright owner. The absence of any of these provisions shall entitle the party concerned to request termination.

The material includes the issue of copyright in *works created in the performance of duties specified in the individual employment contract*, in this case, unless otherwise agreed, the economic rights are belonging to the author of the work created. However, there is a limitation of the rights, the author may authorize use of the work to third parties only with the consent of the employer and a reward for contribution to the costs of creation and use of the work by the employer, within the scope of business, do not require the authorization of the author employee. If the above mentioned clause exists, it shall specify the period for which they were assigned the economic rights. If the deadline is not set, this is three years from the delivery date. After the deadlines provided, unless provided otherwise, the employer is entitled to claim payment of a reasonable author of the proceeds from the use of his work, to offset the costs incurred by the employer for the employee to create work within the duties. At expiration, the rights revert to the author.

The author of a work created under an individual employment contract shall retain the exclusive right to use the work as part of the whole creation.

Referring to *the periodic publication*, unless otherwise agreed, the owner of the copyright in a work published retains the right to use it in any form, provided it does not prejudice the publication in which the work appeared. Acquiring ownership of material support of the work itself does not confer a right of use on it. Unless stated otherwise, the copyright owner may dispose freely of the work if it was not published within one month of the date of acceptance, in any newspaper, or within 6 months for other publications. If the transferee uses the property right or uses an insufficient extent, thereby author's legitimate interests are affected considerably, the author may request cancellation of the contract of his economic rights. However, the author can not claim that the grounds of non-abolition act or insufficient use is due to his own fault, to a third party, a fortuitous event or force majeure. Also, cancellation of the contract can not be made before the expiry of two years from the date of the economic rights in a work assignment. In the case of works assigned for daily publications, this term shall be three months and, in the case of periodicals, a year. As important, the author may not waive in advance the exercise of his right to request cancellation of the contract. Regarding the assignment, it is said that the copyright holder can give the publisher the right to authorize the translation and adaptation of the work.

Amendments to the Law No.8/1996 (in 131¹ and art.149) establish some aspects of arbitration and, respectively, the applicability of the legislation. The Romanian Copyright Office may be asked to initiate *arbitration proceedings* conducted by arbitrators in the following circumstances: if the entities that form part, that is to participate in the negotiations, could not agree on common views to be presented the other party; when the two negotiating parties could not agree on a unique methodology within the time required by law; where collecting societies could not agree conclusion of a protocol for allocating and determining the remuneration fee due to unique collector. As regards the applicability of legal documents concluded under the previous legislation produce all their effects in accordance with this, except clauses providing assignment of rights to use works that the author might create in the future. Enjoy the protection of law: works, including computer programs, performances, sound or audiovisual recordings and programming of the broadcasters made before the entry into force of the law.

Provisions concerning inventions are found in *Law No.64/1991 on patents, republished*. *The right to the patent* belongs to the inventor or his successor in title. If the invention has been created jointly by several inventors, each has the status of joint inventor and the rights belong to them jointly. If two or more persons have made the same invention independently of each other, the right to the patent belongs to the person who has filed a patent application filing date the earliest. Natural or legal persons having foreign domicile or registered outside Romania benefit from the provisions of this law, under international treaties and conventions concerning inventions to which Romania is a party.

The patent gives its owner an exclusive right to use the invention for its entire duration. Act without the consent of the proprietor to prohibit the following acts: making, using, offering for sale, selling or importing for use, offer for sale or selling, if the subject of the patent is a product; using the process, and using, offering for sale, selling or

importing for these purposes the product obtained directly by the patented process, if the subject patent is a process. The owner *may waive*, in whole or in part, to the patent on the basis of a written declaration filed with OSIM. If service inventions, the patent holder is obliged to notify *the inventor's intention* to renounce the patent; at the request of the inventor, the holder is obliged to submit the patent rights and patent related documents, provided that the employee give the employer a non-exclusive license for the patented invention. The conditions for granting non-exclusive license shall be determined by specific provisions of the internal regulation of the employer. Without these provisions, the conditions for granting are established by *agreement*.

If the patent is the subject of a *license agreement*, renunciation is possible only with the consent of the licensee. The invention or part thereof, to which protection has been renounced may be freely exploited by third parties. In a patent granted for inventions containing classified information according to the law, the holder may withdraw only after the declassification of information and the mention of the decision to grant the patent and the description, claims and drawings of the patented invention. Giving up is recorded to OSIM in the National Register of Patents and take effect with its publication in the Official Bulletin of Industrial Property.

Any person or his successor in title who has filed, in accordance with the law a patent application with OSIM, enjoy *a right of priority*, starting from the filing date to any deposit, on the same invention, having once later. If the invention relates to the use of a biological material or a biological material to which the public has no access and which can not be described in patent application in such a way as to enable a person skilled in the art to carry out the invention, legal requirements are considered fulfilled only if the applicant proves that a document prior to the filing date of the patent, the subject of biological material deposited with an international depositary authority.

Article 19 of this Act provides that any person who has submitted, in accordance with regulations in any State party to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property or the Member State to the World Trade Organization, an application for a patent, model utility or utility certificate, or his successor in title, shall enjoy, to make filing a subsequent application for patent in Romania for the same invention, a right of priority during a period of 12 months from the filing date of the prior application. A European patent application designating Romania and was granted a filing date has in Romania the value of a regular national filing, taking into account, where relevant, and the priority claimed for the European patent application.

In case of death – The applicant's physical or dissolution of a legal entity shall be suspended until the examination procedure to communicate to OSIM his successor in title, as provided by the rules on enforcement. When judicial proceedings are instituted in respect of patent rights or the right to grant, patenting procedure shall be suspended until the judgment becomes final and irrevocable (according to article 27 of the Law).

In the proceedings before OSIM, the applicant, assignor or owner or other interested person may be represented by an attorney, under a power of attorney filed with OSIM, in the terms and conditions set out in the implementing regulation of the law. For people who have no residence or registered office in Romania, represented by proxy is mandatory, except for cases where it can act in its own name: a) filing a patent application in order filing date; b) pay a fee; c) filing a copy of an earlier application; d) issue of OSIM notification of any procedure referred to under a), b) and c).

Patent rights, the right to grant patent and the rights deriving from the patent *may be transferred in whole or in part*. The transfer may be made by *assignment or license*, exclusive and nonexclusive, or by *legal or testamentary succession*. Transmission produce external effects to the third persons at the time of the publication in the Official Bulletin of Industrial Property of the mention of the transfer registered with OSIM. *Applicable procedural provisions contained in the Code of Civil Procedure in matters relating to interim measures of intellectual property rights*. The interim measures may be ordered against an intermediary whose services are used by a third party to infringe a right protected by this law.

Emergency Ordinance no.100/2005 on enforcement of industrial property rights establish the measures, procedures and remedies to ensure compliance with industrial property rights. The legal meaning of the Ordinance, *the term industrial property rights* include all rights covered by relevant national, Community and treaties and international conventions to which Romania is a party. Have the quality to ask measures, procedures and remedies following categories: a) holders of industrial property rights, in accordance with applicable law; b) any person authorized to use the industrial property rights, in particular licensees; c) persons holding an industrial property right protected by a patent granted by the Romanian state and their successors in law, held March 6, 1945 - December 22, 1989, which have been violated property rights conferred by the patent abusively exploit the invention without the owner's consent or any violations of his rights. In addition to the damages which may be obtained by the holder whose protected industrial property right has been infringed, the court can establish the applicant's request in respect of goods which are found to infringe industrial property rights protected and where appropriate, for the materials and tools that have served mainly to create or manufacture goods, namely measures, withdrawal of trade flows networks, definitive removal from the channels of commerce or destruction.

Law No.84/1998 on trademarks and geographical indications, republished apply to trade marks of products and services, individual, collective and certification, covered by a registration or an application for registration in Romania, as a result of a Community or international route and geographical indications. Individuals or foreign legal domicile or headquarters outside Romania benefits of law in international conventions on trademarks and geographical indications to which Romania is a party. Can be *trademark* any sign capable of being represented graphically, such as words, including personal names, designs, letters, numerals, figurative elements, three-dimensional shapes and, particularly, the shape of goods or of their packaging, colors, color combinations, holograms, sound signals, and any combination thereof, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.

With respect to *broadcasting*, trademark rights can be transferred by *assignment, license, by succession or foreclosure of the debtor*, owner of the mark carried out under the law. The registration of transfer of rights to the trademarks in dispute is suspended until the date of the final judgments on them. If the rights in a mark shall be transferred by it is independent of the transfer of the business is incorporated. The assignment must be in writing and signed by the parties, under penalty of *nullity*. Assignment of trademark rights can be for all goods or services for which the mark is registered, or only some of them but the assignment, even partial, can not territorially limit the use of the mark for the goods or services covered. If the proprietor heritage is transmitted in its entirety, this

has the effect of transmission and transfer of rights in the mark. Transfer of certain elements of heritage holder does not affect the status of holder of the trademark law. Identical or similar marks belonging to the same owner that are used for identical or similar goods or services can not be assigned only entirely and only by one person, under penalty of nullity of the assignment act.

Law no.129/1992 on the protection of designs, republished provide that rights acquired and designs are protected in Romania by registration with the State Office for Inventions and Trademarks (OSIM). The Act applies to the designs which are subject to a registration or an application for registration in Romania or with effects in Romania, following a Community or international protection. Foreigners with residence or registered office outside Romania benefit from the provisions of this Law under the international conventions on designs, to which Romania is a party. The right to issue the certificate of registration vests *in the design author or his successor in title* for the designs created independently. If more people have independently created a design, the right to issue the certificate of registration belongs to the person who filed the first application. If the design has been created as a result of a contract with creative mission or by employees in the duties, rights belong to the person who ordered it.

Throughout the duration of the design registration, the holder has the exclusive right to use them and to prevent their use by a third party not having his consent. The holder also has the right to prevent third parties from performing, without his consent, the following acts: reproduction, manufacture, sale or offering for sale, marketing, importing, exporting or using a product in which the design is incorporated or to it is applied, or stocking such a product for those purposes. As for *the transmission*, the right to issue the certificate of registration of the design rights arising from the registration of the design as well as rights deriving from the registration, are transferable in whole or in part. The transfer may be made by *succession, assignment or license* and register at OSIM in the register of designs, produces effects to third parties only from the date of publication in the Official Bulletin of Industrial Property of OSIM transfer mention. The registration of transfer of rights to the design in dispute is suspended until the date of the final judgments on them. The author, holder of the certificate of registration of the design, benefits of patrimonial rights established on the basis of contracts with people who exploit the design. In the event of an assignment contract, the author's economic rights are established in this contract.

References:

- Law no. 8/1996 on copyright and related rights, with subsequent amendments
- Law no. 285/2004 for the amendment of Law No.8/1996 on copyright and related rights
- Law no.64/1991 on patents, republished
- Emergency Ordinance no.100/2005 on enforcement of industrial property rights
- Law No.84/1998 on trademarks and geographical indications, republished
- Law no.129/1992 on the protection of designs, republished
- Civil Code – updated in 2015
- Code of Civil Procedure – updated in 2015

TRANSMISIUNEA DREPTURILOR ÎN DOMENIUL PROPRIETĂȚII INTELECTUALE

Andreea-Lorena CODREANU

Rezumat

Prezumția persoanei autorului este aplicabilă, până la proba contrară, referitor la persoana sub numele căreia opera a fost adusă pentru prima dată la cunoștință publică. Cât privește obiectul dreptului de autor, acesta este constituit din operele originale de creație intelectuală în domeniul literar, artistic sau științific – oricare ar fi modalitatea de creație, modul sau forma de exprimare și independent de valoarea și destinația lor, precum și operele derivate care au fost create plecând de la una sau mai multe opere preexistente. Autorul unei opere are dreptul patrimonial exclusiv de a decide modalitatea și momentul în care va fi utilizată opera sa, inclusiv de a consimți la utilizarea acesteia de către alte persoane. Dreptul la brevetul de invenție aparține inventatorului sau succesorului său în drepturi. În cazul în care invenția a fost creată împreună de mai mulți inventatori, fiecare dintre aceștia are calitatea de coautor al invenției, iar dreptul aparține în comun acestora. Dreptul la brevet, dreptul la acordarea brevetului și drepturile ce decurg din brevet pot fi transmise în tot sau în parte. Drepturile asupra mărcii se pot transmite prin cesiune, licență, pe cale succesorală sau executare silită a debitorului, titular al mărcii, efectuată în condițiile legii. Dreptul la eliberarea certificatului de înregistrare a desenului sau modelului, drepturile care decurg din cererea de înregistrare a desenului sau modelului, precum și drepturile născute din înregistrare sunt transmisibile în tot sau în parte. Transmiterea se poate face pe cale succesorală, prin cesiune sau licență și se înscrie la O.S.I.M.

Cuvinte-cheie: drept de autor, brevet de invenție, mărci, protecția desenelor, transmisiune

Dreptul de autor este definit în *Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe*, modificată prin *Legea nr. 285/2004*, ca fiind dreptul asupra unei opere literare, artistice sau științifice, precum și asupra altor opere de creație intelectuală, recunoscut și garantat în condițiile legii. Se poate observa că acest drept este legat de persoana autorului și are două valențe, comportând atribute de ordin moral și patrimonial. Presumția persoanei autorului este aplicabilă, până la proba contrară, referitor la persoana sub numele căreia opera a fost adusă pentru prima dată la cunoștință publică. Cât privește obiectul dreptului de autor, acesta este constituit din operele originale de creație intelectuală în domeniul literar, artistic sau științific – oricare ar fi modalitatea de creație, modul sau forma de exprimare și independent de valoarea și destinația lor, precum și operele derivate care au fost create plecând de la una sau mai multe opere preexistente. În ceea ce privește regimul juridic al bunurilor atunci când autorul este căsătorit, art. 340 lit. d) C. civ. încadrează în categoria bunurilor proprii ale fiecărui soț, „drepturile patrimoniale de proprietate intelectuală asupra creațiilor sale și asupra semnelor distinctive pe care le-a înregistrat”, text care influențează și patrimoniul profesional individual prevăzut la art. 33 din Cod. Potrivit art. 92 din *Lege, drepturile conexe ale dreptului de autor* nu aduc atingere drepturilor autorilor iar dispozițiile referitoare la acestea nu se interpretează în sensul unei limitări a exercițiului dreptului de autor. Drepturile patrimoniale referitoare la drepturile conexe pot fi *cesionate*, în tot sau în parte, în condițiile prevăzute pentru drepturile de autor, se aplică prin analogie și pot face obiectul unei cesiuni exclusive sau neexclusive.

Autorul unei opere are dreptul patrimonial exclusiv de a decide modalitatea și momentul în care va fi utilizată opera sa, inclusiv de a consimți la utilizarea acesteia de către alte persoane. Legea face diferență între opera comună și opera colectivă, stabilind că, în lipsa unei convenții contrare, coautorii nu pot utiliza opera comună decât de comun acord iar refuzul consimțământului din partea oricăruia dintre coautori trebuie să fie temeinic justificat. În cazul în care contribuția fiecărui coautor este distinctă, aceasta poate fi utilizată separat, cu condiția să nu se prejudicieze utilizarea operei comune sau drepturile celorlalți coautori. Opera colectivă este opera în care contribuțiile personale ale coautorilor formează un tot, fără a fi posibil, dată fiind natura operei, să se atribuie un drept distinct vreunuia dintre coautori asupra ansamblului operei create; în lipsa unei convenții contrare, dreptul de autor asupra operei colective aparține persoanei fizice sau juridice din inițiativa, sub responsabilitatea și sub numele căreia a fost creată, din rațiunea textului rezultând că părțile pot stabili prin convenție și o altă persoană decât autorul.

Art. 11 din Legea nr. 8/1996 dispune, în privința *drepturilor morale*, că acestea nu pot face obiectul vreunei renunțări sau înstrăinări. După decesul autorului, exercițiul drepturilor prevăzute la art. 10 lit. a), b) și d) din Lege [și anume: autorul unei opere are următoarele drepturi morale: a) dreptul de a decide dacă, în ce mod și când va fi adusă opera la cunoștință publică; b) dreptul de a pretinde recunoașterea calității de autor al operei; d) dreptul de a pretinde respectarea integrității operei și de a se opune oricărei modificări, precum și oricărei atingeri aduse operei, dacă prejudiciază onoarea sau reputația sa], se transmite prin *moștenire*, potrivit legislației civile, pe durată nelimitată. Dacă nu există moștenitori, exercițiul acestor drepturi revine organismului de gestiune colectivă care a administrat drepturile autorului sau, după caz, organismului cu cel mai mare număr de membri, din domeniul respectiv de creație.

Legea prevede în art. 25 și perioade limitate de timp referitoare la *transmisiunea* prin moștenire, astfel: Drepturile patrimoniale prevăzute la art. 13 și 21 (preluate mai jos) durează tot timpul vieții autorului, iar după moartea acestuia se transmit prin moștenire, potrivit legislației civile, pe o perioadă de 70 de ani, oricare ar fi data la care opera a fost adusă la cunoștință publică în mod legal. Dacă nu există moștenitori, exercițiul acestor drepturi revine organismului de gestiune colectivă mandatat în timpul vieții de către autor sau, în lipsa unui mandat, organismului de gestiune colectivă cu cel mai mare număr de membri, din domeniul respectiv de creație. Persoana care, după încetarea protecției dreptului de autor, aduce la cunoștință publică, în mod legal, pentru prima oară, o operă nepublicată înainte beneficiază de protecția echivalentă cu cea a drepturilor patrimoniale ale autorului. Durata protecției acestor drepturi este de 25 ani, începând din momentul în care a fost adusă pentru prima oară la cunoștință publică în mod legal. Drepturile patrimoniale la care face referire textul art. 25 sunt următoarele: art. 13 – utilizarea unei opere dă naștere la drepturi patrimoniale, distincte și exclusive, ale autorului de a autoriza sau de a interzice: a) *reproducerea operei*; b) *distribuirea operei*; c) *importul în vederea comercializării pe piața internă a copiilor realizate, cu consimțământul autorului, după operă*; d) *închirierea operei*; e) *împrumutul operei*; f) *comunicarea publică, direct sau indirect a operei, prin orice mijloace, inclusiv prin punerea operei la dispoziția publicului, astfel încât să poată fi accesată în orice loc și în orice moment ales, în mod individual, de către public*; g) *radiodifuzarea operei*; h) *retransmiterea prin cablu a operei*; i) *realizarea de opere derivate*; art. 21 – (1) *autorul unei opere originale de artă*

grafică sau plastică ori al unei opere fotografice beneficiază de un drept de suită, reprezentând dreptul de a încasa o cotă din prețul net de vânzare obținut la orice revânzare a operei, ulterioară primei înstrăinări de către autor, precum și dreptul de a fi informat cu privire la locul unde se află opera sa. (2) Dreptul menționat la alin. (1) se aplică tuturor actelor de revânzare a unei opere originale de artă grafică sau plastică ori a unei opere fotografice care implică, în calitate de vânzători, cumpărători sau intermediari, saloane, galerii de artă, precum și orice comerciant de opere de artă. (3) În sensul prezentei legi, copiile operelor originale de artă sau fotografice, care au fost făcute într-un număr limitat de către însuși autorul lor sau cu aprobarea acestuia, sunt considerate opere de artă originale.

În cazul operelor realizate în colaborare, durata drepturilor patrimoniale este de 70 de ani de la decesul celui din urmă dintre coautori iar atunci când contribuțiile coautorilor sunt distincte, durata drepturilor patrimoniale pentru fiecare dintre acestea este de 70 de ani de la decesul fiecăruia; durata drepturilor patrimoniale asupra operelor colective este de 70 de ani de la data aducerii operelor la cunoștință publică. Dacă aceasta nu se realizează timp de 70 de ani de la crearea operelor, durata drepturilor patrimoniale expiră după trecerea acestui termen.

În ceea ce privește *cesiunea drepturilor patrimoniale de autor*, actul normativ în materie, mai sus precizat, dispune că autorul sau titularul dreptului de autor poate ceda prin contract altor persoane numai drepturile sale patrimoniale (rezultă că nu și drepturile morale). Textul referitor la cesiune este permisiv în sensul că această modalitate juridică poate fi limitată la o parte dintre ele, pentru un anumit teritoriu și pentru o anumită durată, existând două feluri: exclusivă ori neexclusivă. În cazul cesiunii *exclusive*, însuși titularul dreptului de autor nu mai poate utiliza opera în modalitățile, pe termenul și pentru teritoriul convenite cu cesionarul și nici nu mai poate transmite dreptul respectiv unei alte persoane. Caracterul exclusiv trebuie să fie expres prevăzut în contract. În cazul cesiunii *neexclusive*, titularul dreptului de autor poate utiliza el însuși opera și poate transmite dreptul neexclusiv și altor persoane.

Cesonarul neexclusiv nu poate ceda dreptul său unei alte persoane, decât cu consimțământul expres al cedentului; o excepție este totuși prevăzută pentru lipsa de necesitate a consimțământului și anume, dacă cesionarul, persoană juridică, se transformă prin una dintre modalitățile prevăzute de lege. Este de menționat, de asemenea, că cesiunea unuia dintre drepturile patrimoniale ale titularului dreptului de autor nu are niciun efect asupra celorlalte drepturi ale sale, dacă nu s-a convenit altfel. O interdicție importantă impusă se lege se referă la faptul că cesiunea drepturilor patrimoniale privind totalitatea operelor *viitoare* ale autorului, nominalizate sau nenominalizate, este sancționată cu *nulitatea absolută*.

Legea impune anumite elemente pe care trebuie să le conțină contractul de cesiune a drepturilor patrimoniale. Astfel, în conținutul actului trebuie să se prevadă drepturile patrimoniale transmise și să se menționeze, pentru fiecare dintre acestea, modalitățile de utilizare, durata, întinderea cesiunii, precum și remunerația titularului dreptului de autor. Absența oricăreia dintre aceste prevederi dă dreptul părții interesate de a cere rezilierea contractului.

Material drepturilor de autor cuprinde și problema *operelor create în îndeplinirea atribuțiilor de serviciu* precizate în contractul individual de muncă, în acest caz, în lipsa

unei clauze contractuale contrare, drepturile patrimoniale aparținând autorului operei create. Însă, ca o limitare a dreptului, autorul poate autoriza utilizarea operei de către terți numai cu consimțământul angajatorului și cu recompensarea acestuia pentru contribuția la costurile creației iar utilizarea operei de către angajator, în cadrul obiectului de activitate, nu necesită autorizarea angajatului autor. În cazul în care clauza mai sus menționată există, aceasta urmează să cuprindă termenul pentru care au fost cesionate drepturile patrimoniale de autor. Dacă termenul nu este stabilit, acesta este de trei ani de la data predării operei. După expirarea termenelor prevăzute, în lipsa unei clauze contrare, angajatorul este îndreptățit să îi pretindă autorului plata unei cote rezonabile din veniturile obținute din utilizarea operei sale, pentru a compensa costurile suportate de angajator pentru crearea operei de către angajat, în cadrul atribuțiilor de serviciu. La expirarea termenului, drepturile patrimoniale revin autorului. Autorul unei opere create în cadrul unui contract individual de muncă își păstrează dreptul exclusiv de utilizare a operei, ca parte din ansamblul creației sale.

Referitor la *publicația periodică*, în lipsa unei convenții contrare, titularul dreptului de autor asupra unei opere apărute păstrează dreptul de a o utiliza sub orice formă, cu condiția să nu prejudicieze publicația în care a apărut opera. Dobândirea proprietății asupra suportului material al operei nu conferă prin ea însăși un drept de utilizare asupra acesteia. Dacă nu s-a dispus altfel, titularul dreptului de autor poate dispune liber de operă, dacă aceasta nu a fost publicată în termen de o lună de la data acceptării, în cazul unui cotidian, sau în termen de 6 luni, în cazul altor publicații. Dacă cesionarul nu utilizează dreptul patrimonial sau îl utilizează într-o măsură insuficientă și dacă, prin aceasta, interesele justificate ale autorului sunt afectate considerabil, autorul poate solicita desființarea contractului de cesiune a dreptului patrimonial. Însă, autorul nu poate solicita desființarea actului dacă motivele de neutilizare sau de utilizare insuficientă se datorează propriei culpe, faptei unui terț, unui caz fortuit sau de forță majoră. De asemenea, desființarea contractului de cesiune nu poate fi solicitată înainte de expirarea a doi ani de la data cesionării dreptului patrimonial asupra unei opere. În cazul operelor cedate pentru publicațiile cotidiene, acest termen va fi de trei luni, iar în cazul publicațiilor periodice, de un an. Ca aspect important, autorul nu poate renunța anticipat la exercitarea dreptului său de a solicita desființarea contractului de cesiune. În ceea ce privește cesiunea, mai trebuie menționat că titularul dreptului de autor poate ceda editorului și dreptul de a autoriza traducerea și adaptarea operei.

Modificările aduse Legii nr. 8/1996 (în art. 131¹ și 149) stabilesc și unele aspecte de arbitraj și, respectiv, de aplicabilitate a legislației în domeniu. Astfel, Oficiul Român pentru Drepturile de Autor poate fi solicitat, pentru inițierea procedurii de *arbitraj* efectuate de către arbitri, în următoarele situații: dacă entitățile care alcătuiesc o parte ce urmează să participe la negociere nu au putut conveni asupra punctului de vedere comun ce trebuie prezentat celeilalte părți; atunci când cele două părți aflate în negociere nu au putut conveni o formă unică a metodologiei în termenul impus de lege; în cazul în care organismele de gestiune colectivă nu au putut conveni încheierea unui protocol de repartizare a remunerațiilor și de stabilire a comisionului datorat collectorului unic. Când privește *aplicabilitatea*, actele juridice încheiate sub regimul legislației anterioare își produc toate efectele în conformitate cu aceasta, cu excepția clauzelor care prevăd cesiunea drepturilor de utilizare a totalității operelor pe care autorul le poate crea în viitor.

Beneficiază de protecția legii și operele, inclusiv programele pentru calculator, interpretările sau execuțiile, înregistrările sonore sau audiovizuale, precum și programele organismelor de radiodifuziune și de televiziune realizate anterior intrării în vigoare a legii.

Dispoziții privind invențiile se regăsesc în **Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție, republicată**. Astfel, *dreptul la brevetul de invenție* aparține inventatorului sau succesorului său în drepturi. În cazul în care invenția a fost creată împreună de mai mulți inventatori, fiecare dintre aceștia are calitatea de coautor al invenției, iar dreptul aparține în comun acestora. Dacă două sau mai multe persoane au creat aceeași invenție, independent una de alta, dreptul la brevet aparține aceleia care a depus o cerere de brevet a cărei dată de depozit este cea mai veche. Persoanele fizice sau juridice străine având domiciliul sau sediul în afara teritoriului României beneficiază de dispozițiile prezentei legi, în condițiile tratatelor și convențiilor internaționale privind invențiile, la care România este parte.

Brevetul de invenție conferă titularului său un drept exclusiv de exploatare a invenției pe întreaga sa durată. Legea interzice efectuarea fără consimțământul titularului a următoarelor acte: fabricarea, folosirea, oferirea spre vânzare, vânzarea sau importul în vederea folosirii, oferirii spre vânzare ori vânzării, în cazul în care obiectul brevetului este un produs; utilizarea procedeului, precum și folosirea, oferirea spre vânzare, vânzarea sau importul în aceste scopuri al produsului obținut direct prin procedeul brevetat, în cazul în care obiectul brevetului este un procedeu. Titularul *poate renunța*, în tot sau în parte, la brevet, pe baza unei declarații scrise înregistrate la OSIM. În cazul invențiilor de serviciu, titularul brevetului este obligat să comunice inventatorului *intenția de renunțare* la brevet; la cererea inventatorului, titularul este obligat să îi transmită acestuia dreptul asupra brevetului, precum și înscrisurile în legătură cu brevetul, sub condiția ca angajatul să acorde angajatorului o licență neexclusivă pentru invenția brevetată. Condițiile de acordare a licenței neexclusive se stabilesc prin prevederi specifice ale regulamentului intern al angajatorului. În lipsa acestor prevederi, condițiile de acordare se stabilesc *prin acordul părților*.

Dacă brevetul a făcut obiectul unui *contract de licență*, renunțarea este posibilă numai cu acordul beneficiarului licenței. Invenția sau partea din aceasta, la a cărei protecție s-a renunțat, poate fi liber exploatată de către terți. La un brevet acordat pentru invențiile care conțin informații clasificate potrivit prevederilor legii, titularul poate renunța numai după declasificarea informațiilor și publicarea mențiunii hotărârii de acordare a brevetului de invenție și a descrierii, revendicărilor și desenelor invenției brevetate. Renunțarea se înregistrează la OSIM în Registrul național al brevetelor de invenție și produce efecte începând cu data publicării acesteia în Buletinul Oficial de Proprietate Industrială.

Orice persoană sau succesorul său în drepturi care a depus, în conformitate cu prevederile legii o cerere de brevet la OSIM, beneficiază de un *drept de prioritate*, cu începere de la data depozitului cererii față de orice alt depozit, privind aceeași invenție, având o dată ulterioară. Dacă invenția se referă la un material biologic sau la utilizarea unui material biologic la care publicul nu a avut acces și care nu poate fi descris în cererea de brevet de invenție într-un mod care să permită unei persoane de specialitate în

domeniu să realizeze invenția, condițiile impuse de lege sunt considerate îndeplinite numai dacă solicitantul dovedește printr-un document că, anterior datei de depozit a cererii de brevet de invenție, materialul biologic a făcut obiectul unui depozit la o autoritate de depozit internațională.

Art. 19 din această Lege dispune că orice persoană care a depus, în mod regulamentar, în orice stat parte la Convenția de la Paris pentru protecția proprietății industriale sau stat membru la Organizația Mondială a Comerțului, o cerere de brevet de invenție, de model de utilitate sau de certificat de utilitate ori succesorul său în drepturi beneficiază, pentru a efectua depunerea unei cereri ulterioare de brevet de invenție în România pentru aceeași invenție, de un drept de prioritate pe o perioadă de 12 luni calculată de la data de depozit a cererii anterioare. O cerere de brevet european desemnând România și pentru care a fost acordată o dată de depozit are în România valoarea unui depozit național regulamentar, luându-se în considerare, atunci când este cazul, și prioritatea revendicată pentru cererea de brevet european.

În caz de deces al solicitantului – persoană fizică ori de dizolvare a persoanei juridice, procedura de examinare se suspendă până la comunicarea la OSIM a succesorului în drepturi, în condițiile prevăzute de regulamentul de aplicare a legii în materie. Când se instituie proceduri judiciare în privința dreptului la brevet sau a dreptului la acordarea brevetului, procedura de brevetare se suspendă până când hotărârea judecătorească rămâne definitivă și irevocabilă (conform art. 27 din Lege).

În procedurile în fața OSIM, solicitantul cererii, cesionarul sau titularul ori o altă persoană interesată poate fi reprezentată printr-un mandatar, în baza unei procuri înregistrate la OSIM, în condițiile și la termenele prevăzute de regulamentul de aplicare a legii. Pentru persoanele care nu au domiciliul sau sediul pe teritoriul României, reprezentarea prin mandatar este obligatorie, cu următoarele *excepții*, cazuri în care se poate acționa în nume propriu: a) înregistrarea unei cereri de brevet de invenție, în scopul atribuirii datei de depozit; b) plata unei taxe; c) depunerea unei copii de pe o cerere anterioară; d) eliberarea unei notificări a OSIM privind orice procedură prevăzută la lit. a), b) și c).

Dreptul la brevet, dreptul la acordarea brevetului și drepturile ce decurg din brevet *pot fi transmise în tot sau în parte*. Transmiterea se poate face prin *cesiune sau prin licență* – exclusivă ori neexclusivă, sau prin *succesiune legală ori testamentară*. Transmiterea produce efecte față de terți de la data publicării în Buletinul Oficial de Proprietate Industrială a mențiunii transmiterii înregistrate la OSIM. *Dispozițiile procedurale aplicabile sunt cuprinse în dispozițiile Codului de procedură civilă privitoare la măsurile provizorii în materia drepturilor de proprietate intelectuală*. Măsurile provizorii pot fi dispuse și împotriva unui intermediar ale cărui servicii sunt utilizate de către un terț pentru a încălca un drept protejat prin prezenta lege.

Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 100/2005 privind asigurarea respectării drepturilor de proprietate industrială reglementează măsurile, procedurile și repararea daunelor în scopul asigurării respectării drepturilor de proprietate industrială. În înțelesul juridic al Ordonanței, sintagma *drepturi de proprietate industrială* include toate drepturile reglementate de legislația națională, comunitară, precum și de tratatele și de convențiile internaționale în domeniu la care România este parte. Au calitatea de a cere aplicarea

măsurilor, procedurilor și repararea daunelor următoarele categorii de persoane: a) titularii drepturilor de proprietate industrială, potrivit dispozițiilor legislației aplicabile; b) orice persoană autorizată să utilizeze drepturile de proprietate industrială, în special beneficiarii de licențe; c) persoanele titulare ale unui drept de proprietate industrială protejat printr-un brevet de invenție acordat de statul român și succesorii lor în drept, deținut în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989, cărora le-au fost încălcate drepturile patrimoniale conferite de brevet prin exploatarea invenției în mod abuziv, fără consimțământul titularului sau prin orice fapte de încălcare a drepturilor acestuia. Pe lângă daunele-interese ce pot fi obținute de către titularul al cărui drept de proprietate industrială protejat i-a fost încălcat, instanța judecătorească competentă poate să stabilească, la cererea reclamantului, în privința mărfurilor despre care se constată că aduc atingere dreptului de proprietate industrială protejat și, după caz, în privința materialelor și instrumentelor care au servit, în principal, la crearea sau fabricarea mărfurilor, unele măsuri și anume, retragerea din rețelele circuitelor comerciale, scoaterea definitivă din circuitele comerciale sau distrugerea.

Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice, republicată se aplică mărcilor de produse și servicii, individuale, colective și de certificare, ce fac obiectul unei înregistrări sau solicitări de înregistrare în România, ca urmare a unei protecții comunitare ori pe cale internațională, precum și indicațiilor geografice. Persoanele fizice sau juridice străine cu domiciliul, respectiv sediul în afara teritoriului României beneficiază de dispozițiile legii în condițiile convențiilor internaționale privind mărcile și indicațiile geografice la care România este parte. Poate constitui *marcă* orice semn susceptibil de reprezentare grafică, cum ar fi: cuvinte, inclusiv nume de persoane, desene, litere, cifre, elemente figurative, forme tridimensionale și, în special, forma produsului sau a ambalajului său, culori, combinații de culori, holograme, semnale sonore, precum și orice combinație a acestora, cu condiția ca aceste semne să permită distingerea produselor sau serviciilor unei întreprinderi de cele ale altor întreprinderi.

Cu privire la *transmisiune*, drepturile asupra mărcii se pot transmite prin *cesiune*, *licență*, *pe cale succesorală sau executare silită* a debitorului, titular al mărcii, efectuată în condițiile legii. Înscrierea transmiterii de drepturi asupra mărcilor aflate în litigiu se suspendă până la data rămânerii definitive a hotărârilor judecătorești cu privire la acestea. Dacă drepturile cu privire la marcă se transmit prin cesiune, aceasta are loc independent de transmiterea fondului de comerț în care este încorporată. Cesiunea trebuie făcută în scris și semnată de părțile contractante, sub sancțiunea *nulității*. Transmiterea prin cesiune a drepturilor asupra mărcii se poate face pentru toate produsele sau serviciile pentru care marca este înregistrată sau numai pentru o parte dintre acestea însă cesiunea, chiar parțială, nu poate limita teritorial folosirea mărcii pentru produsele sau serviciile la care se referă. În cazul în care patrimoniul titularului mărcii este transmis în totalitatea sa, această transmitere are ca efect și transferul drepturilor cu privire la marcă. Transmiterea unor elemente din patrimoniul titularului nu afectează calitatea de titular al dreptului la marcă. Mărcile identice sau similare, aparținând aceluiași titular și care sunt folosite pentru produse sau servicii identice sau similare, nu pot fi transmise prin cesiune decât în totalitate și numai către o singură persoană, sub sancțiunea nulității actului de transmitere.

Legea nr. 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor, republicată dispune că drepturile asupra desenelor și modelelor sunt dobândite și protejate în România prin înregistrare la Oficiul de Stat pentru Invenții și Mărci (OSIM). Legea se aplică desenelor și modelelor ce fac obiectul unei înregistrări sau solicitări de înregistrare în România ori care își produc efectele în România, ca urmare a unei protecții comunitare sau internaționale. Străinii cu domiciliul sau sediul în afara teritoriului României beneficiază de prevederile prezentei legi în condițiile convențiilor internaționale privind desenele și modelele, la care România este parte. Dreptul la eliberarea certificatului de înregistrare aparține *autorului desenului sau modelului ori succesorului său în drepturi*, pentru desenele și modelele create în mod independent. În cazul în care mai multe persoane au creat în mod independent un desen sau model, dreptul la eliberarea certificatului de înregistrare aparține persoanei care a depus prima cererea de înregistrare. În cazul în care desenul sau modelul a fost creat ca urmare a unor contracte cu misiune creativă sau de către salariați, în cadrul atribuțiilor de serviciu, dreptul aparține persoanei care l-a comandat.

Pe întreaga durată de valabilitate a înregistrării desenelor sau modelelor, titularul are un drept exclusiv de a le utiliza și de a împiedica utilizarea lor de o terță parte care nu dispune de consimțământul său. Titularul are de asemenea, dreptul de a interzice terților să efectueze, fără consimțământul său, următoarele acte: reproducerea, fabricarea, comercializarea ori oferirea spre vânzare, punerea pe piață, importul, exportul sau folosirea unui produs în care desenul sau modelul este încorporat ori la care acesta se aplică sau stocarea unui astfel de produs în aceste scopuri. Cât privește *transmiterea*, dreptul la eliberarea certificatului de înregistrare a desenului sau modelului, drepturile care decurg din cererea de înregistrare a desenului sau modelului, precum și drepturile născute din înregistrare sunt transmisibile în tot sau în parte. Transmiterea se poate face pe cale *succesorală, prin cesiune sau licență* și se înscrie la O.S.I.M. în Registrul desenelor și modelelor, producând efecte față de terți numai de la data publicării în Buletinul oficial de proprietate industrială al O.S.I.M. a mențiunii de transmitere. Înscrierea transmiterii de drepturi asupra desenelor sau modelelor aflate în litigiu se suspendă până la data rămânerii definitive a hotărârilor judecătorești cu privire la acestea. Autorul, titular al certificatului de înregistrare a desenului sau modelului, beneficiază de drepturi patrimoniale stabilite pe bază de contract cu persoanele care exploatează desenul sau modelul. În cazul încheierii unui *contract de cesiune*, drepturile patrimoniale ale autorului se stabilesc în acest contract.

Bibliografie:

- Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, cu modificările și completările ulterioare
- Legea nr. 285/2004 pentru modificarea și completarea Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe
- Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție, republicată
- Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 100/2005 privind asigurarea respectării drepturilor de proprietate industrială
- Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice, republicată
- Legea nr. 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor, republicată
- Codul Civil – actualizat 2015
- Codul de Procedură Civilă – actualizat 2015

LEGAL ASPECTS REGARDING THE PROTECTION ORDER ISSUED AGAINST THE AGGRESSOR OR AGGRESSORS WITHIN A FAMILY. DISCRIMINATION OF THE VICTIM*

*Asist. dr. Anca-Elena BĂLĂȘOIU***

Abstract

The issue of the necessity of a protection order rises from the multitude of domestic violence cases happening in our society even at the beginning of the 21st Century. The present article represents an analysis of the internal legislation in force today and ways of improving the relevant norms.

Keywords: domestic violence, protection order, discrimination, victim, aggressor, family member, legislation, access to justice

We can talk about domestic violence when a person is trying to control and to impose power against his or her partner or against other member of his or her family. The abusive conduct may include physical, emotional or financial control. In most of the cases, men are the authors of domestic violence act, while women and children become victims.

Through Law nr. 217/2003, the Romanian lawgiver intended to align internal legislation to the one existing at European level, also following other states tendency in giving a special attention to this phenomenon, by creating a body of law dedicated to domestic violence.

1. A short analysis of Law nr. 217/2003 regarding the prevention and limitation of domestic violence.

Initially seen as a long waited and useful law, in its first variations, Law nr. 217/2003 created a lot of problems regarding its practical application.

According to „Domestic Violence in Romania: legislation and juridical system” Report made in 2007 by American Bar Association – Juridical Initiative for Central Europe and Asia, regarding the up-mentioned law, it was stated that the legislation has the tendency to put the reunion of the family first, before the victims' interests. This resulted, according to the Report, in an insufficient protection for the victims.

At that moment, the Report also stated that there wasn't an efficient legal instrument to secure the safety of the victim, such as a restriction order. The safety measurements stated in the Criminal Code could not be used against the aggressor (not to return to the family home or to harass the victim) and Law nr. 217/2003 created confusion between the safety and the prevention measurements.

* The article has been supported by scientific research within the project entitled **”PRACTICAL SCHOOL: Innovation in Higher Education and Success on the Labour Market”**, project identified as POSDRU/156/1.2/G/132920. The project is co-financed by the European Social Fund through the Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. Investing in people!”

** Romanian-American University; e-mail: balasoIU.anca@profesor.rau.ro.

Despite the fact that some proposals regarding such an order were made by The National Coalition against Domestic Victims (CNVF), during 2004 – 2005, judges and prosecutors involved in elaborating the report mentioned that these proposals were unclear and almost impossible to apply, therefore asking for clear, specific legal provisions regarding restriction orders, both in civil and criminal cases. Still, they drew attention regarding the necessity that these new provisions to be correlated with general norms contained by the Criminal Code.

Also, provisions regarding mediation between the victim and the aggressor, both members of the same family were not correlated with the special legislation regarding mediation, neither were the safety measurements regarding the victim, as the previous legislation encouraged a peaceful solution given to the case by the „Family Council” – an entity rarely practical and due to often create an disadvantageous situation for the victims, especially in situations of repeated aggression.

One of the Report's conclusions was that the internal provisions regarding domestic violence needed to be revised in a significantly way¹.

In present days, Law nr. 217/2003 has been modified and republished, most recently on 24th of March 2014.

The law now contains 41 articles in which certain concepts are being clarified, such as „domestic violence”, „family member” or „protection order” and also establishes the authorities empowered to solve the cases regarding domestic violence.

We consider that regarding the definition of the main concepts, the law fulfills all the aspects regarding domestic violence, as it defines the concept in article 4, stating that „Domestic violence can consist in: a) verbal violence – addressing in an offensive, brutal language, using insults, threatenings, degrading verbal expressions; b) psychological violence – imposing its own will or control, creating conflicts and tensions or psychal pain in any way or means, demonstrative violence over objects or animals, verbal threatenings, show of weapons, neglect, control over other's personal life, acts of jealousy, restrictions of any kind, as well as other actions with similar effect; c) physical violence – injury through hitting, pushing, hail pulling, puncturing, cutting, burning, strangulation, biting in any form and intensity, including framing them as accidents, through poisoning, intoxication and other actions with similar effect; d) sexual violence – sexual assault, imposing degrading acts, harassment, intimidation, manipulation, brutality in forcing sexual acts, conjugal rape; e) economical violence/prohibiting professional activities, depriving of financial means, including primary means of existence, such as food, medicine, first necessity means, stealing others' assets, prohibiting the right to possession, usage and disposal of the common assets, non equitable control of the common assets and resources, refusing of financial support for the family, imposing hard work and damaging for one's health, including to a minor who is a family member, as well as other actions with similar effect; f) social violence – imposing isolation of a person from his or her family, community of friends, prohibiting schooling, isolation through detention, including detention in the family domicile, intentional privation of access to information, as well as other actions with similar effect; g) spiritual violence – understimating or diminishing the importance of satisfying moral – spiritual needs through

¹ pdf&ei=akJbVKOgM429aYq2gPAC&usg=AFQjCNH2xHo8GUS9lk0T6q5wEHwuzrEamg&bvm=bv.78677474,d.d2s

prohibiting, limitation, banning the aspirations of family members, acces to cultural, ethnical, ligvistic or religious values, imposing a certain religion and spiritual practices that are unacceptable, as well as other actions with similar effect”.

Through article 5 limits for the concept of „family member” are being established, stating that „trough family members it will be understood: a) ascendants and descendants, brothers and sisters, their children as well as adopted persons that became relatives; b) husband/wife and/or ex-husband and ex-wife; c) persons that established relations similar to those betwween husband and wife or parents and children, if they live together; c) the legal guardian or other person that has these atributes towards a child; d) the legal representative or other person that looks after a person suffering of mental illness, intelectual disability of phisical handicap, exept those who exercise these rights as part of their professional tasks”.

Regarding to article 5 letter c, we find this provision to be very useful, since it states that even couples who are not legally married, as well as parents and children having theirown family, but living together can benefit from the provisions of the above – mentioned law.

The legal instrument contained by the Law nr. 217/2003 is the Protection Order (the Order). The provisions regarding the Order are mentioned in Chapter IV of the legal text, in which, in article 23 it is stated that the person whose life, phisical integrity or freedom is indagered by an act of violence committed by a family member may ask in court that, for the state of danger to be removed, to issue a Protection Order trough which a set of temporary remedies. Amongst these, most frequently requested remedies are temporary evacuation of the aggressor from the family home, even when he is the rightful owner of the domicile, obligation for the aggressor to keep a minimal distance from the victim, from her children or from other relatives or even a certain distance from the domicile, place of work or school frequented by the victim.

Other temporary remedies are reinstatement of the victim and/or children in the family home, limitating the righ of usage to only a part of the family home for the aggressor, when possible, without any contact between the victim and the aggressor, prohibiting for the aggressor to be in certain cities or regions frequented by the victim, prohibiting any contact between the aggressor and the victim, obligation for the aggressor to hand over his weapons to the authorities and establishing child custody or residence for minors.

Also, as suplimentary measurements, law allows for the court to oblige the aggressor to pay for the rent and/or the sustaining the temporary residence for the victim, children or other family members, when the living conditions with the aggressor is impossible, as well as the obligation for the aggressor to take psychological counseling.

On the subject of the procedure by which the victim's request is being judged, we notice similarities of the Law nr. 217/2003 provisions to the Civil procedural code, regarding presidential order.

None the less, the law contains aspects regarding financing of prevention and fight against domestic violence, as well as contraventions. In it's appendix, the law contains a form that needs to be filled in by the victim of domestic violence, when he/she filles the request for a Protection Order in court.

2. Aspects regarding jurisprudence

In matter of jurisprudence, we notice more and more cases being solved by the national courts (even though some of the courts rulings created controversies when rejected or treated with reticence), in situations of different types of violence coming from the spouse or partner. As an example, we state a Decision of the Dolj Tribunal, through which the court understood that the accused aggressed the plaintiff both physically and verbally, as these notions are mentioned in art. 4 letter a and c of Law nr. 217/2003 and also the accused manifested verbal violence towards his children. These were the reasons for which the court issued a protection order for 3 months, with the remedies contained by art. 23 lit. d) Law nr. 217/2003.

Therefore, the accused will receive the prohibition of having any contact, including by phone, correspondence or in any other way with the plaintiff for a 3 months period starting from the moment in which the protection order is pronounced and also the prohibition of getting closer than 50 meters to the victim, for the same period. Also, in addition to these remedies, the Tribunal established for the accused the obligation of counseling, as stated in art. 23 par. 3 in Law nr. 218/2003. We appreciate this remedy as a one that does not affect the dignity of the accused, as it may help solving the problems between the spouses.

Also, we mention the Decision of Craiova Court of Justice, through which the court issued a Protection Order in which the accused has to maintain a distance of at least 50 meters from the victim for a period of 6 months. Also, he must maintain the same distance from the victim's work place – the County general clinic laboratory nr. 1 Craiova, from the University of Medicine and Pharmacy Craiova, (where the victim studies), not to take contact with the victim in any way: by, phone, correspondence or other methods; to present himself to counseling and to follow a treatment against his aggressive behaviour and for preventing any other types of violence against the victim².

3. Observations and proposals regarding Law nr. 217/2003 regarding the prevention and limitation of domestic violence

In article 23 of the above – mentioned legal text, it is stated that the procedure for obtaining a protection order against the aggressor or aggressors in a family is initiated by the victim, through a request filled in court.

What it is important to mention is that the victims of domestic violence come from different social categories and sometimes, they don't have the knowledge to correctly call for the court's help or do not have the pecuniary means to obtain legal assistance.

Even if on every Bar in Romania, there is a Service that provides free legal assistance for persons that cannot afford to pay a lawyer, only a few victims are aware of this possibility.

For many victims, especially for those living in rural areas, the representatives of the authorities that must enforce the law are the public servants and Police workers.

For these reasons, we consider that a modification of the law should be done, in the sense that the victim should be able to alert the local authorities about her situation and should be able to initiate the legal procedures by a complaint filled at the Police

² O. Ghita, *Protection Order. A variety of the presidential order* – <http://unbr.ro/ro/ordinul-de-protectie-varietate-a-ordonantei-presedintiale>.

department, Prosecutor's office or court and not just through a complaint in front of a court of law.

Also, we consider that the representative of the authority with whom the victim comes into contact, must be commissioned to assist the victim while she completes the form, here referring to the appendix of Law nr. 217/2003 because, in practice, we noticed the difficulties that the victim must face regarding the form and also regarding the pleading in front of a judge.

And this is happening while for the accused, the same law states the possibility of obtaining free legal assistance. Without any doubt, there is a situation of discrimination for the victim in comparison with the aggressor, since the last one receives free legal assistance and the victim doesn't.

Furthermore, even though the law states this obligation, similar to a free, mandatory legal assistance for a defendant in a criminal case, the procedure followed by the court is the civil one, in which, as a fundamental principle *Actor incumbit onus probatio*. In other words, the victim is the one who must prove the danger that the aggressor presents and the reason for which she requests for the court to issue a Protection Order, while the accused only has to defend himself and not necessary to produce evidence and he is defended by a lawyer.

We notice here an infringement of the Principle of Equality in front of the law, as stated by article 6 of the European Convention on Human Rights, since for the victim free legal assistance is not provided.

In this matter, we believe that a legal modification must be made regarding free legal assistance that should be provided for the victim in court and also regarding the victim's possibility to file a complaint in front of the local authorities and not only in front of the court.

Also, we need to take into consideration the lawgiver's purpose when creating the law itself, that is preventing and fighting against domestic violence. This phenomenon represents a constant problem for our society, which makes finding a solution a necessary aspect, as the solution must be in accordance with the spirit and the letter of the law.

In this context, creating a discriminatory situation for the victim precisely in such a norm is a reprehensible thing that needs to be avoided or, at least, to be reviewed by the lawgiver.

4. Conclusions

Victims of domestic violence usually consists in women and children. This aspect is statuated in the preamble of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence: „Recognising that violence against women is a manifestation of historically unequal power relations between women and men, which have led to domination over, and discrimination against, women by men and to the prevention of the full advancement of women”³.

Diminishing the domestic violence phenomenon proved to be, as time went by, a hard battle to give, considering family and couple life particularities, that contributes to

³ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 2011.

the situations: the intimacy surrounding and protecting these relations and the traditional acceptance that roles are nonequal in a family and authority in a family may be imposed by any means, including violence on any kind. Through the provisions of Law nr. 217/2003 republished, the lawgiver is trying to create the necessary legal means for the persons considering themselves to be victims of domestic violence and also to create procedures that can at least temporary ensure the protection of their physical or psihical integrity or personal freedom towards the aggressor.

Still, these legal instuments prove themselves to be insufficient in some situations, causing disequilibrium in the internal legal system.

Bibliography:

- Law nr. 217/2003 regarding the prevention and limitation of domestic violence.
- O. Ghita – Protection Order. A variety of the presidential order. <http://unbr.ro/ro/ordinul-de-protectie-varietate-a-ordonantei-presedintiale/>
- Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 2011
- m.pdf&ei=akJbVKOgM429aYq2gPAC&usg=AFQjCNH2xHo8GUS9lk0T 6q5wE HwuzrEamg&bvm=bv.78677474,d.d2s

CONSIDERAȚII LEGALE PRIVIND INSTITUȚIA ORDINULUI DE PROTECȚIE ÎMPOTRIVA AGRESORULUI SAU AGRESORILOR DINTR-O FAMILIE. DISCRIMINAREA VICTIMEI*

*Asist. dr. Anca-Elena BĂLĂȘOIU***

Abstract

The issue of the necessity of a protection order rises from the multitude of domestic violence cases happening in our society even at the beginning of the 21st Century. The present article represents an analysis of the internal legislation in force today and ways of improving the relevant norms.

Keywords: domestic violence, protection order, discrimination, victim, aggressor, family member, legislation, acces to justice

Violența domestică este fenomenul ce are loc atunci când o persoană încearcă să controleze și să-și impună puterea asupra partenerului său într-o relație sau asupra altor membrii ai familiei. Poate fi vorba de abuz fizic, abuz emoțional sau abuz financiar. În majoritatea cazurilor este săvârșită de bărbați și experimentată de femei și copii.

Prin Legea nr. 217/2003, legiuitorul român a avut în vedere ralierea legislației interne la cea de la nivel european, totodată urmărind și tendința altor state de a acorda o atenție specială fenomenului violenței în familie, prin dedicarea unui act normativ soluționării unor aspecte din această sferă.

1. Scurtă analiză a Legii nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie

Deși intenția legiuitorului prin instituirea acestui act normativ a fost privită *ab initio* ca fiind un fapt așteptat și util, în primele sale variante, Legea nr. 217/2003 a pus mai multe probleme în ceea ce privește aplicarea acesteia.

Astfel, conform Raportului „Violența în familie în România: legislația și sistemul judiciar”, realizat în anul 2007 de către Asociația Baroului American – Inițiativa Juridică pentru Europa Centrală și Asia, cu privire la actul normativ în discuție, s-a reținut tendința legiuitorului de a plasa reunirea Universitatea Româno – Americană familiei mai presus de drepturile victimelor, aceasta având drept consecință o protecție insuficientă a victimelor abuzurilor familiale.

La acel moment, se reținea de asemenea, că nu există un instrument eficient care să asigure securitatea victimei, cum ar fi ordinul de restricție. Măsurile de siguranță

* „Articolul a beneficiat de suport științific de cercetare prin intermediul proiectului „**ȘCOALA PRACTICĂ: Inovare în învățământul superior și succes pe piața muncii**”, proiect cu număr de identificare POSDRU/156/1.2/G/132920. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!”

** Universitatea Româno-Americană; e-mail: balasoiu.anca@profesor.rau.ro.

prevăzute de Codul penal nu pot fi invocate pentru a-i impune restricții agresorului (de a reveni la domiciliul familial sau de a hărțui victima) iar Legea nr. 217/2003 face confuzie între măsurile de siguranță și cele preventive.

În ciuda faptului că au fost elaborate prevederi privind ordinul de restricție de către Coaliția Națională împotriva Violenței în Familie (CNVF), în perioada 2004-2005, judecătorii și procurorii implicați în realizarea raportului au fost de părere că formularea acestora este neclară și aproape imposibil de aplicat și au solicitat prevederi legale clare, care să reglementeze ordinele de restricție atât în materie civilă cât și penală. Cu toate acestea, ei au atras atenția asupra necesității ca aceste noi prevederi să fie atent corelate cu normele generale cuprinse în Codul penal.

Dispozițiile Legii nr. 217/2003 prevăd medierea conflictelor ce implică violența în familie însă acestea nu sunt în concordanță cu noua Lege privind medierea, nu dezvoltă măsurile de siguranță necesare pentru părțile vulnerabile și încurajează soluționarea unor astfel de conflicte de către „consiliul de familie” – un mecanism la care se recurge foarte rar sau chiar deloc, dar care, potențial, poate fi în detrimentul victimelor în cazurile de agresiune gravă și repetată.

Una dintre concluziile raportului mai sus menționat a fost aceea că prevederile legilor române în vigoare necesită o revizuire serioasă¹.

În prezent, Legea nr. 217/2003 a fost modificată și republicată, cel mai recent la data de 24.03.2014.

Legea cuprinde un număr de 41 de articole în cuprinsul cărora se reglementează conceptele de „violență în familie”, „membru de familie”, „ordin de protecție”, stabilindu-se totodată și autoritățile publice competente în ceea ce privește soluționarea cazurilor de violență în familie.

Astfel, opinăm că în mod complet legiuitorul definește noțiunea de „violență domestică”, în cuprinsul art. 4, prin care se statuează că „Violența în familie se manifestă sub următoarele forme: a) violența verbală – adresarea printr-un limbaj jignitor, brutal, precum utilizarea de insulte, amenințări, cuvinte și expresii degradante sau umilitoare; b) violența psihologică – impunerea voinței sau a controlului personal, provocarea de stări de tensiune și de suferință psihică în orice mod și prin orice mijloace, violența demonstrativă asupra obiectelor și animalelor, prin amenințări verbale, afișare ostentativă a armelor, neglijare, controlul vieții personale, acte de gelozie, constrângerile de orice fel, precum și alte acțiuni cu efect similar; c) violența fizică – vătămarea corporală ori a sănătății prin lovire, îmbrâncire, trântire, tragere de păr, înțepare, tăiere, ardere, strangulare, mușcare, în orice formă și de orice intensitate, inclusiv mascate ca fiind rezultatul unor accidente, prin otrăvire, intoxicare, precum și alte acțiuni cu efect similar; d) violența sexuală – agresiune sexuală, impunere de acte degradante, hărțuire, intimidare, manipulare, brutalitate în vederea întreținerii unor relații sexuale forțate, viol conjugal; e) violența economică – interzicerea activității profesionale, privare de mijloace economice, inclusiv lipsire de mijloace de existență primară, cum ar fi hrană, medicamente, obiecte de primă necesitate, acțiunea de sustragere intenționată a bunurilor persoanei, interzicerea dreptului de a poseda, folosi și dispune de bunurile comune, control inechitabil asupra bunurilor și resurselor comune, refuzul de a susține familia,

¹ A se vedea m.pdf&ei=akJbVKOgM429aYq2gPAC&usg=AFQjCNH2xHo8GUS9lk0T6q5wEHwuzrEamg&bvm=bv.78677474,d.d2s

impunerea de munci grele și nocive în detrimentul sănătății, inclusiv unui membru de familie minor, precum și alte acțiuni cu efect similar; f) violența socială – impunerea izolării persoanei de familie, de comunitate și de prieteni, interzicerea frecventării instituției de învățământ, impunerea izolării prin detenție, inclusiv în locuința familială, privare intenționată de acces la informație, precum și alte acțiuni cu efect similar; g) violența spirituală – subestimarea sau diminuarea importanței satisfacerii necesităților moral-spirituale prin interzicere, limitare, ridiculizare, penalizare a aspirațiilor membrilor de familie, a accesului la valorile culturale, etnice, lingvistice ori religioase, impunerea aderării la credințe și practici spirituale și religioase inacceptabile, precum și alte acțiuni cu efect similar sau cu repercusiuni similare”.

Prin art. 5 se stabilesc și limitele noțiunii de „membru de familie” prin aceea că „prin membru de familie se înțelege: a) ascendenții și descendenții, frații și surorile, copiii acestora, precum și persoanele devenite prin adopție, potrivit legii, astfel de rude; b) soțul/soția și/sau fostul soț/fosta soție; c) persoanele care au stabilit relații asemănătoare aceloră dintre soți sau dintre părinți și copii, în cazul în care conviețuiesc; d) tutorele sau altă persoană care exercită în fapt ori în drept drepturile față de persoana copilului; e) reprezentantul legal sau altă persoană care îngrijește persoana cu boală psihică, dizabilitate intelectuală ori handicap fizic, cu excepția celor care îndeplinesc aceste atribuții în exercitarea sarcinilor profesionale”.

Foarte utilă ni se pare prevederea normativă de la art. 5 lit. c), prin care se reține că și persoanele care nu sunt soți din punct de vedere civil, ori părinți, respectiv copii, dar conviețuiesc împreună, asemănător unei familii, pot beneficia de prevederile Legii menționate.

Instrumentul legislativ pe care Legea nr. 217/2003 îl cuprinde este Ordinul de protecție. Prevederile cu privire la acesta se regăsesc în capitolul IV al actului normativ, prin care, la art. 23 se arată că persoana a cărei viață, integritate fizică sau psihică ori libertate este pusă în pericol printr-un act de violență din partea unui membru al familiei poate solicita instanței că, în scopul înlăturării stării de pericol, să emită un ordin de protecție, prin care să se dispună, cu caracter provizoriu o serie de măsuri. Printre acestea, cel mai des solicitate măsuri sunt evacuarea temporară a agresorului din locuința familiei, indiferent dacă acesta este titularul dreptului de proprietate și obligarea agresorului la păstrarea unei distanțe minime determinate față de victimă, față de copiii acesteia sau față de alte rude ale acesteia ori față de reședința, locul de muncă sau unitatea de învățământ a persoanei protejate.

Alte măsuri ce pot fi luate cu caracter provizoriu sunt reintegrarea victimei și, după caz, a copiilor, în locuința familiei, limitarea dreptului de folosință al agresorului numai asupra unei părți a locuinței comune atunci când aceasta poate fi astfel partajată încât agresorul să nu vină în contact cu victima, interdicția pentru agresor de a se deplasa în anumite localități sau zone determinate pe care persoana protejată le frecventează ori le vizitează periodic, interzicerea oricărui contact, inclusiv telefonic, prin corespondență sau în orice alt mod, cu victima, obligarea agresorului de a preda poliției armele deținute și încredințarea copiilor minori sau stabilirea reședinței acestora.

De asemenea, cu titlu de măsuri suplimentare, legea permite instanței aplicarea și a măsurii de suportare de către agresor a chiriei și/sau a întreținerii pentru locuința temporară unde victima, copiii minori sau alți membri de familie locuiesc ori urmează să

locuiască din cauza imposibilității de a rămâne în locuința familială, precum și obligarea agresorului la consiliere psihologică.

Cu referire la procedura de judecare a cererii de emitere a ordinului de protecție, observăm că prevederile din Legea nr. 217/2003 se aseamănă în mare măsură cu cele prevăzute de Codul de procedură civilă pentru judecarea ordonanței președințiale.

Nu în ultimul rând, legea cuprinde și aspecte privind finanțarea în domeniul prevenirii și combaterii violenței în familie, precum și contravenții. Ca anexă, legea prevede formularul pe care victima violenței în familie trebuie să îl completeze la introducerea cererii privind emiterea unui ordin de protecție la instanța de judecată.

2. Aspecte de practică judiciară

În acest sens constatăm și existența unei jurisprudențe din ce în ce mai bogate (chiar dacă au existat și hotărâri ale instanțelor ce au creat anumite controverse prin reticența de a acorda ordinul de protecție), fiind soluționate în temeiul acestei legi o serie de solicitări venite de la persoane ce se confruntă cu violență manifestată în diverse moduri din partea celui cu care au conviețuit sau conviețuiesc. Astfel, cu titlu de exemplu putem da Hotărârea Tribunalului Dolj, potrivit căreia, se reține că pârâtul a manifestat față de reclamantă violență verbală și fizică, astfel cum sunt aceste noțiuni definite de art. 4 lit. a) și c) din Legea nr. 217/2013, iar față de copiii minori violență verbală, motiv pentru care va admite cererea și va emite un ordin de protecție prin care va dispune, pe o durată de trei luni, măsurile prevăzute de art. 23 lit. d) din Legea nr. 217/2003.

Așadar, i se va interzice pârâtului orice contact, inclusiv telefonic, prin corespondență sau în orice alt mod, cu reclamanta, pentru o perioadă de 3 luni de la pronunțarea hotărârii și va fi obligat să păstreze față de aceasta o distanță minimă de 50 m, pentru aceeași perioadă. De asemenea, (în acest recurs prin care se modifică sentința dată de Judecătoria) pe fondul relațiilor conflictuale dintre foștii soți concretizate în comportarea violentă a recurentului față de intimată, tribunalul apreciază că obligarea acestuia de a urma consilierea psihologică, prevăzută în art. 23 alin. (3) din Legea nr. 218/2003 este justă și nu afectează cu nimic demnitatea, deoarece această măsură poate ajuta la normalizarea relațiilor dintre soți.

În același sens este și Hotărârea pronunțată de Judecătoria Craiova prin care instanța dispune emiterea unui ordin de protecție a reclamantei față de pârât pe o perioadă de 6 luni, în sensul obligării pârâtului să păstreze o distanță minimă de 50 metri de reclamantă, de 50 metri față de locul de muncă al reclamantei – Laboratorul Spitalului Clinic Județean de Urgență nr. 1 Craiova, de 50 metri de Universitatea de Medicină și Farmacie din Craiova (unde victima este studentă), să nu mai ia contact cu victima în niciun fel: telefonic, corespondență sau în orice alt mod; să se prezinte la consiliere psihologică și tratament psihoterapeutic pentru ameliorarea comportamentului său agresiv și în vederea prevenirii și combaterii oricăror alte forme de violență din partea acestuia, asupra reclamantei².

3. Observații și propuneri referitoare la Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și

² O. Ghita, *Ordinul de protecție. Varietate a ordonanței președințiale* – <http://unbr.ro/ro/ordinul-de-protectie-varietate-a-ordonantei-presedintiale/>

combaterea violenței în familie

Astfel, la art. 23 din textul legal invocat, se prevede că procedura obținerii unui ordin de protecție împotriva agresorului sau agresorilor dintr-o familie, este inițiată de victimă, prin sesizarea instanței de judecată.

Ceea ce trebuie a se avea în vedere este faptul că victimele unei agresiuni în familie provin din toate mediile sociale și nu de fiecare dată acestea au cunoștințele necesare pentru a sesiza instanța de judecată, ori nu posedă mijloacele materiale pentru a apela la o formă de asistență juridică.

Chiar dacă la nivelul fiecărui Barou din România funcționează un Serviciu de asistență juridică prin intermediul căruia persoanele care nu își pot permite să angajeze un avocat, pot apela la serviciile unui avocat din oficiu, puțini justițiabili cunosc aceste aspecte.

Pentru foarte multe dintre victime, mai ales pentru cele din mediul rural, reprezentanții autorităților de aplicare a legii sunt funcționarii publici și reprezentanții Poliției.

De aceea, considerăm că ar fi utilă modificarea procedurii de obținere a ordinului de protecție, în sensul ca victima să poată semnală situația de fapt și să poată iniția această procedură prin sesizare adresată Poliției, Parchetului sau Instanțelor de judecată, nu doar prin sesizare adresată instanței de judecată.

De asemenea, considerăm că reprezentantul autorității publice competente, căruia victima i se adresează, trebuie însărcinat cu asistarea victimei la completarea sesizării, mai precis a formularului anexă la Legea nr. 217/2003 republicată, deoarece, în practică, s-au observat dificultățile pe care victimele, justițiabili în fața instanței, le întâmpină la completarea acestuia, precum și la susținerea propriei cauze în fața instanței.

Aceasta, în timp ce, pentru cel reclamat, procedura prevede asistență juridică din oficiu. Se creează, în mod indubitabil, o discriminare a victimei față de agresor, prin furnizarea în toate situațiile, a unei asistențe juridice de specialitate pentru acesta din urmă, victima rămânând a se baza doar pe forțele proprii, financiare sau cognitive.

Deși legiuitorul introduce obligativitatea asigurării de asistență ori reprezentare juridică pentru agresor, prevede ca judecata să se realizeze conform procedurii civile, în care *Actor incumbit onus probatio*. Altfel spus, victima este cea care trebuie să demonstreze pericolozitatea agresorului și, deci, necesitatea ordinului de protecție, iar agresorul trebuie să se apere, dar nu în mod necesar să producă probe, fiind totodată asistat de avocat.

Putem observa că apare aici o încălcare a Principiului egalității armelor, desprins din dispozițiile art. 6 din CEDO, dată fiind împrejurarea că pentru victimă nu se prevede asistența juridică din oficiu. În acest sens, considerăm că este necesară o modificare legislativă și cu privire la asistarea juridică a victimelor în fața instanței de judecată, cu posibilitatea acestora de a introduce cererea de emitere a ordinului de protecție și la alte autorități decât instanțele de judecată.

De asemenea, este necesar să avem în vedere scopul legiuitorului, manifestat prin actul normativ în discuție, respectiv prevenirea și combaterea violenței în familie. Acest fenomen reprezintă o problemă pregnantă a societății noastre, ceea ce face necesară soluționarea sa într-o modalitate cât mai riguroasă, în spiritul și litera legii.

Ori, crearea unor situații discriminatorii pentru victimă tocmai într-un asemenea act

normativ este un fapt cu atât mai reprobabil, ce trebuie, dacă nu evitat, cel puțin revizuit de către legiuitor.

4. Concluzii

Victimele violenței domestice sunt, de cele mai multe ori, femeile și copiii. Acest lucru este recunoscut chiar în Preambulul Convenției Consiliului Europei privind prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor și a violenței domestice în care se spune:

„Recunoscând faptul că femeile și fetele sunt expuse unui risc mai mare de violență de gen decât bărbații; Recunoscând faptul că violența domestică afectează femeile în mod disproporționat și faptul că și bărbații pot fi victime ale violenței domestice; Recunoscând faptul că copiii sunt victime ale violenței domestice, inclusiv în calitate de martori ai violenței în familie”³.

Diminuarea fenomenului violenței în familie s-a dovedit a fi, de-a lungul timpului anevoioasă, având în vedere și caracteristicile vieții de familie, care contribuie la această situație: intimitatea care înconjoară și protejează viața privată de familie și de cuplu și acceptarea tradițională pe de-o parte a rolurilor inegale ale membrilor familiei, iar pe de altă parte a exercitării autorității în familie prin violență de orice fel. În acest sens, legiuitorul încearcă prin reglementarea ordinului de protecție în cadrul Legii nr. 217/2003 republicată, să creeze instrumente necesare pentru punerea la dispoziția persoanelor ce se constituie victime ale violenței în familie, a unor mecanisme, caracterizate prin celeritatea pe care numai o procedură de urgență o presupune, prin care să poată cel puțin temporar să își garanteze protejarea integrității lor fizice sau psihice ori a libertății personale față de agresor.

Însă aceste instrumente se dovedesc a fi uneori incomplete, ori cauzând stări de dezechilibru în sistemul juridic intern.

Bibliografie:

- Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie.
- O. Ghita, *Ordinul de protecție. Varietate a ordonanței președințiale* – <http://unbr.ro/ro/ordinul-de-protectie-varietate-a-ordonantei-presedintiale/>
- Convenția Consiliului Europei privind prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor și a violenței domestice, Istanbul, 2011.
- [m.pdf&ei=akJbVKOGM429aYq2gPAC&usg=AFQjCNH2xHo8GUS9lk0T6q5wEHwuzrEamg&bvm=bv.78677474,d.d2s](http://www.unbr.ro/ro/ordinul-de-protectie-varietate-a-ordonantei-presedintiale/)

³ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 2011.

LAWYERING – PRACTICAL AND ETHICAL ASPECTS*

*Asist. univ. dr. Anca Elena BĂLĂȘOIU***

Abstract

The legal profession of being a lawyer is based on solid knowledge, on the idea of „knowing the law”, but also on a set of ethical aspects that a person working in this area needs to have in mind., in order to practice the profession in an efficient way. These ethical and practical ideas come from fundamental principles that were established for this profession.

Keywords: lawyer, client, ethics, legal profession, interest, legislation

The first people who could be called "lawyers" were most likely orators of ancient Athens. Moreover, the first Athenian orators faced serious structural obstacles. First, there is a rule that parties to a dispute must plead their own cause, rule that began to be circumvented due to the tendency of increase in cases in which people seek assistance from a friend. Similarly with their Greek contemporaries, the first Roman lawyers had training in rhetoric, not in law, as judges before whom pleaded. However, unlike the Athenians, the Romans developed a class of legal professionals, known as jurisconsults (juris consult). Jurists who were wealthy people to be involved in as an intellectual hobby, not a core activity on which one can earn a living¹.

In other words, the Romans were the first to have a class to think about legal issues, real progress in what we call evolution law practice as profession².

The perception that society has of those contemporaries who practice the profession is one characterized by diversity. Overall, it is estimated that the law is a profession of prestige, of some importance in terms of social and practical, the process of making justice more difficult, and sometimes impossible to accomplish without the involvement of a lawyer.

Regarding professional ethics, the notion of „ethics” comes from the Greek term *ethos*, signifying character or knowledge. This term has been modified, up until the form in which it is used today, better illustrated in English as *moral vision*, including practical ethics, that is studying specific moral problems and moral theory, including a general method to respond to all moral issues that come from practical ethics³.

We observe that the notions of „ethics” and „moral” are different but regard the same practical matter. Of course, professional ethics has particularities, as we refer to a certain profession and its moral and ethical limits.

* The article has been supported by scientific research within the project entitled **"PRACTICAL SCHOOL: Innovation in Higher Education and Success on the Labour Market"**, project identified as POSDRU/156/1.2/G/132920. The project is co-financed by the European Social Fund through the Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. Investing in people!

** Universitatea Româno-Americană; e-mail: balasoiu.anca@profesor.rau.ro.

¹ <https://avocatizoita.wordpress.com/2009/07/27/avocat/>

² S. Cocoș, *Drept roman, Izvoare, Procedura, Persoane, Drepturi reale, Succesiuni, Obligatii*, Ed. Pro Universitaria, București, 2006, p. 46.

³ V. Morar, *Etica în afaceri și politică*, Editura Universității din București, 2006, p. 11-12.

The legal framework. Principles regarding the lawyer profession

The profession of being a lawyer is legally protected at a domestic level, mainly by two laws, Law no. 51/1995 on the organization and practice of the lawyer profession and status of the legal profession.

According to this latter regulation, the fundamental principles of the legal profession are the principle of legality; the principle of freedom; principle of independence; autonomy and decentralization principle and the principle of professional secrecy.

Also, the special law regards as main principles of the legal profession – freedom, independence and autonomous functioning.

In light of the rules established by acts forming the legal profession, we can say that in a society based on respect for justice, the lawyer fulfills a special role.

Lawyer duties are not limited to the faithful execution of a warrant under the law. The lawyer must ensure the rule of law and the interests of those whose rights and freedoms it protects.

Given its many lawyer duties assigned is required its absolute independence, free from any pressure, especially the pressure derived from its own interests or influences of any kind.

The legal profession is and must remain free and independent, carried out in order to promote and defend the rights, freedoms and legitimate interests of individuals and legal entities of public law and private law.

The lawyer is indispensable to justice and individuals and has the task of defending their rights and interests. He is both advisor and counsel his client.

Free exercise of the profession, dignity, conscience, independence, probity, humanism, honor, loyalty, gentleness, moderation, tact and sense of fraternities are key principles in the legal profession and constitutes its duties.

Note regarding the legal framework of the legal profession must be made to the Lawyers Code of Ethics of the European Union. This act was adopted on 28 October 1998 and subsequently amended plenary sessions of the Council of Bars and Law Societies of the European Union (CCBE) on 28 November 1998, 6 December 2002 and 19 May 2006 applying in Romania as the Code of Ethics Romanian starting on 1 January 2007⁴.

Although we note that this act was adopted in the late 90s in Europe, only in 2007 it was enforced internally and its provisions are not very well known among the persons practicing the profession.

However, we believe that the provisions of this act should be considered by those who practice this profession in Romania.

Also in this Code are set out general principles for the exercise of the legal profession, and be independent, trust, and integrity, professional secrecy, ethics Respect other bars, incompatibility personal advertising, customer interest and limitation of liability to the customer.

⁴ http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unbr.ro%2Ffisiere%2Ffile%2Fmateriale%2Flegislatie%2FDECIZIA%2520CP%25201486%2520DIN%252027%2520OCT%25202007%2520APROBARE%2520COD%2520DEONTOLOGIC-PFG-AG-301007.doc&ei=iZs_VamYJYm4UaGtgNAI&usg=AFQjCNGnqIHv3_yOAb27CLgc8oBMYqnkVw&bvm=bv.91665533,d.d24

If some of these principles are similar and cover the same aspects of the profession, such as independence and professional confidentiality, like the character of novelty in terms of this type of regulation. We are talking about personal publicity, client's interest and limitation of liability to the client. Therefore, we considered useful to develop them in this article.

The Personal Publicity Principle

According to the Code of Ethics Romanian lawyer is authorized to inform the public about the services they offer, provided that the information is accurate, truthful and professional secrecy and other essential principles of the profession.

However, a lawyer's personal publicity, regardless of media used, as appropriate, in the press, radio, television, by electronic commercial communication or by other means, is certified as conforming to the Code, meaning that information should be a general one, with professional secrecy.

In accordance with art. 48 of Law no. 51/1995 on the organization and the profession of lawyer, remember that it is forbidden lawyer that, directly or through intermediaries, to use methods incompatible with the dignity of the profession in order to acquire customers.

It is also forbidden to use lawyer advertising or advertising means to the same end.

This principle enjoys a more detailed regulation, subject to many changes, including the latest in the year 2014.

The legislature finds that advertising forms to practice is distinct from professional advertising, aimed at promoting the legal profession. Advertising forms of exercise consists of any form of public communication, regardless of the means used, which aims to inform the public with information on the nature or quality of professional practice.

Professional advertising aims to promote the legal profession and is done exclusively by professional bodies or at the request and under their supervision.

Advertising means to practice forms cannot be used as advertising in order to acquire clients.

Given the technological advances that have been made in terms of Internet use, laws have regulated this issue.

More specifically, it states that the forms of exercising the profession may have its own website address, which may include claims related to work, the lawyers operating within them and how to make the correspondence of. Content and presentation of the internet address is endorsed in advance by the Bar Council and must respect the dignity and honor of the profession and professional secrecy.

Internet address can not contain any advertising or interleaving nature mention advertising for a product or service other than activities related to the profession of lawyer.

Moreover, the Internet address may contain links to other Internet addresses (links) whose content would be contrary to the essential principles of the legal profession. It is permissible to include links allowing access to websites of entities that are professional collaboration agreements are approved by the Bar Council, conferences and other professional events organized in the form of professional practice or participation in, the articles published in journals legal specialist.

In this respect, as to practice holding internet address must provide regular visiting and evaluating their own pages and pages to which it is allowed on the basis of contacts made through its own address at the request of the profession. The Bar Council may order the removal of entries immediately and links whose content and form are contrary to the essential principles of the legal profession.

As limitations ways of advertising, the legislature has provided advertising use whatever means are prohibited: auto laudative or comparative claims; nomination or indication customer portfolio disputes the form to practice was or is involved; information on the achievement of financial, turnover or professional success; providing information for inclusion in the rankings compiled by financial criteria; entries for the value of services provided by the lawyer, the gratuity or payment method that constitutes dumping policies, any statements contrary to the dignity of persons, profession or justice; any forms of advertising carried out by third parties.

Whatever the advertising form chosen by lawyer, it prohibits the lawyer to reach the main goal of achieving publicity or increase the number of customers, through activities such as recruiting clients, consisting in providing services through its presentation or through an intermediary, at home or residence of a person or in a public place or in the proposed personalized services carried out by a form of exercise of the profession without that were previously required for this purpose. Consider recruiting and personal visit or by third parties to accident victims or their heirs, who are unable to choose a lawyer.

It is also prohibited, among other things, providing advice and/or drafting legal acts performed on any material support and by any means of mass communication, including radio and television broadcasts, except for publications that contain a heading for legal advice and obtain promising results depend not only professional activity to practice form. With regard to this latter prohibition opinion on its importance, while the present case the obligation on the lawyer or court cases entrusted to his client is one of diligence and not the result.

Regarding another prohibition in public communication status is previously held positions within the authorities by lawyers included in shape to practice, it has wide practical applicability, the more common situation where some of lawyers chose this profession after the occupation previously a function of magistrate – a judge or prosecutor or public positions – parliamentary or government member.

The principle of client's interest

According to the Code of Ethics Romanian lawyer, subject to strict legal and ethical rules, the lawyer has a duty to always defend the best interests of his client, even in relation to his own interests or the interests of his fellow⁵.

Statute provides for the legal profession, in this respect, that in the exercise of his profession is independent lawyer and attorney work cannot be motivated than the interest of the client, considered within the law of this State and the code of conduct.

We observe that beyond these provisions, resulting legislature intended to regulate the principle of customer interests closely related to the lawyer's independence.

Although this principle is not explicitly listed in the Law Statute, Law no. 51/1995, its regulation resulting from these legal provisions, according to art. 109 of the Statute of profession of lawyer.

⁵ <http://arnufis-notiuni-juridice.blogspot.ro/2013/06/principiile-si-regulile-fundamentale.html>

Also infringement upon the independence of lawyers and, as such, should be avoided and removed by the lawyer, by any legal means the existence of a personal interest or the people close to the case which was entrusted.

Appears here governed notion of conflict of interest, while giving opinion legislature in order to ensure legal assistance or representation in any case in which the lawyer has an interest, without differentiating between the self-interest situation would be similar to the client that you assist or represent or similar to the other party, although in the latter case we deduce that there indeed a conflict of interest.

A regulation is salutary that the lawyer is obliged to inform the customer information we hold relating to his case, even if the disclosure would be contrary to his personal interest, observing again, domestic legislature's intention to put the client's interest above that of the lawyer.

Lawyer with his client relationship is complex, you can start with a contract with a legal or verbal agreement and ends with the completion status of efforts to litigation or lawyer was hired.

During this, however, there are several steps that must be led by lawyer skillfully so that the information necessary for a lawyer to be sent by its client and client at the same time receive all the information about the work of the lawyer in respect of, about its legal remedy for problems. On legal issues that each client, its level of education, social and relational experience can all be barriers to advocate, in the exercise of his profession.

In this regard, we believe that the lawyer must consider the principles of exercising the profession properly considered and customer interest, higher principle.

The principle of limitation of liability lawyer to the client

According to the Code of Ethics of the European Union as its provisions have been adopted internally, to the extent that the law of the Member State of origin and the host Member State's legislation so permits, the lawyer may limit his liability to the customer, in accordance professional rules to which it is subjected.

In accordance with relevant national legislation, limits of liability lawyer to the client are those given by the legal assistance. Thus, according to art. 119 para. 4 of the Statute, by contract, the parties may establish limits liability lawyer. Total exemption clauses are considered unwritten professional liability.

In addition, the lawyer is obliged to provide professional liability⁶. Conditions of liability insurance required by this statute and can be set if the associative forms to practice under the rules established between lawyers. The obligation of liability insurance is permanent and cannot be insured amount less than that stipulated in the profession.

It is noted that this principle does not enjoy yet a very broad regulatory or European or domestic. In practice, the number of customers who have the perception that the lawyer is insured professional liability is reduced as judicial practice on cases of accountability.

Conclusions

The legal profession must be judged in terms of its performance in relation to the customer that a representative of the profession has, and in terms of communication and

⁶ http://www.ghid-asigurari.ro/raspundere_civila_legala.html

collaboration with colleagues or representatives of other legal professions in connection with law.

This is because in practice, not infrequently, attorneys manifested inappropriate attitudes or otherwise legal provisions. We believe that these attitudes occur as a result of shortcomings on the study of ethics.

Legislation regarding this legal profession suffered lately a lot of changes that lead to the need not only a better understanding of them, but a reinterpretation of some important concepts for the legal profession and the interests of consumers or independent advertising.

References:

- Law no. 51/1995 on the organization and the profession of lawyer, republished in the Official Gazette no. 98 of 7 February 2011.
- The status of the legal profession.
- S. Cocoș – Roman Law. Sources, Procedure, Persons, Rights, Successions, Obligations (Drept roman, Izvoare, Procedura, Persoane, Drepturi reale, Succesiuni), Obligatii, ed. Pro Universitaria, Bucharest.
- V. Morar – Ethics in business and politics (Etica în afaceri și politică), Editura Universității din București, Bucharest;
- <https://avocatizoita.wordpress.com/2009/07/27/avocat/>
- http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unbr.ro%2Ffisiere%2Ffile%2Fmateriale%2Flegislatie%2FDECIZIA%2520CP%25201486%2520DIN%252027%2520OCT%25202007%2520APROBARE%2520COD%2520DEONTOLOGIC-PFGAG-301007.doc&ei=iZs_VamYJYm4UaGtgNAI&usg=AFQjCNGnqIHv3_yOAb27CLgc8oBMYqnkVw&bvm=bv.91665533,d.d24;
- http://www.ghid-asigurari.ro/raspundere_civila_legala.html
- <http://arnufis-notiuni-juridice.blogspot.ro/2013/06/principiile-si-regulile-fundamentale.html>

PROFESIA DE AVOCAT – ASPECTE PRACTICE ȘI DE ETICĂ PROFESIONALĂ*

Asist. univ. dr. Anca Elena BĂLĂȘOIU**

Abstract

The legal profession of being a lawyer is based on solid knowledge, on the idea of „knowing the law”, but also on a set of ethical aspects that a person working in this area needs to have in mind., in order to practice the profession in an efficient way. These ethical and practical ideas come from fundamental principles that were established for this profession.

Keywords: lawyer, client, ethics, legal profession, interest, legislation

Introducere

Primii oameni care ar putea fi numiți "avocați" au fost, cel mai probabil, oratorii din Atena antică. De altfel, primii oratorii atenieni s-au confruntat cu serioase obstacole structurale. În primul rând, exista o regulă că părțile dintr-un litigiu trebuiau să-și pledeze singure cauza, regulă care a început să fie eludată datorită tendinței de creștere a cazurilor în care oamenii cereau asistența unui prieten. În mod similar cu contemporanii lor greci, primii avocați romani aveau pregătire în retorică, nu în științe juridice, la fel ca și judecătorii în fața cărora pledau. Cu toate acestea, spre deosebire de atenieni, romanii au dezvoltat o clasă de specialiști în drept, cunoscuți sub denumirea de jurisconsulți (*juris consulti*). Jurisconsulții erau oameni bogați pentru care implicarea în drept reprezenta un hobby intelectual, nu o activitate de bază din care să trăiască¹.

Altfel spus, romanii au fost primii care au avut o clasă socială care să se gândească la probleme juridice, un progres real în ceea ce numim evoluția avocaturii, ca profesie².

Percepția pe care societatea contemporană nouă o are despre persoanele care practică profesia de avocat este una caracterizată de diversitate. În linii mari, se apreciază că avocatura este o profesie de prestigiu, de o anumită importanță din punct de vedere social, dar și practic, procesul de înfăptuire al justiției fiind mai dificil, iar uneori imposibil, de înfăptuit fără implicarea unui avocat.

Cu privire la etica profesională, noțiunea de „etică” provine din grecescul *ethos*, care înseamnă caracter sau știință. Această terminologie a suferit modificări, până la noțiunea utilizată astăzi, în limba engleză, de *moral vision* (viziune morală), despre care se consideră că include atât etica practică, adică studiul problemelor morale specifice și

* Acest articol a fost susținut în cercetarea științifică de către Proiectul „**PRACTICAL SCHOOL: Innovation in Higher Education and Success on the Labour Market**”, proiect identificat ca POSDRU/156/1.2/G/132920. The project is co-financed by the European Social Fund through the Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. Investing in people!

** Universitatea Româno-Americană; e-mail: balasoiu.anca@profesor.rau.ro.

¹ <https://avocatizoita.wordpress.com/2009/07/27/avocat/>

² S. Cocoș, *Drept roman, Izvoare, Procedura, Persoane, Drepturi reale, Succesiuni, Obligații*, Ed. Pro Universitaria, București, 2006, p. 46.

teoria morală, ce cuprinde o metodă generală de a răspunde la toate întrebările morale care se ridică în etica practică³.

Observăm că noțiunile de „etică” și „morală” sunt diferite, însă privesc aceeași latură practică. Firește că etica profesională prezintă particularități, după cum avem în vedere o anumită profesie și limitele morale și etice ale acesteia.

Cadrul legal. Principii de exercitare a profesiei

Profesia de avocat este ocrotită din punct de vedere legal, în plan intern, cu precădere prin două acte normative, Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat și Statutul profesiei de avocat.

Conform acestui din urmă act normativ, principiile fundamentale ale profesiei de avocat sunt principiul legalității; principiul libertății; principiul independenței; principiul autonomiei și descentralizării și principiul păstrării secretului profesional.

De asemenea, din legea specială se desprind principiile funcționării profesiei de avocat – libertate, independență și funcționare autonomă.

În lumina normelor instituite prin actele ce formează cadrul legal al profesiei, putem afirma că într-o societate întemeiată pe respect față de justiție, avocatul îndeplinește un rol special.

Îndatoririle avocatului nu se limitează doar la executarea fidelă a unui mandat în cadrul legii. Avocatul trebuie să vegheze la respectul Statului de drept și a intereselor celor ale căror drepturi și libertăți le apără.

Având în vedere multitudinea îndatoririlor care îi revin avocatului, se impune o independență absolută a acestuia, scutită de orice presiune, îndeosebi de presiunea derivată din propriile sale interese sau datorată influențelor de orice tip.

Profesia de avocat este și trebuie să rămână liberă și independentă, realizată în scopul de a promova și apăra drepturile, libertățile și interesele legitime ale persoanelor fizice și persoanelor juridice, de drept public și de drept privat.

Avocatul este indispensabil justiției și justițiabililor și are sarcina de a apăra drepturile și interesele acestora. El este deopotrivă sfătuitorul și apărătorul clientului său.

Exercițiul liber al profesiei, demnitatea, conștiința, independența, probitatea, umanismul, onoarea, loialitatea, delicatețea, moderația, tactul și sentimentul de confraternitate sunt principii esențiale în exercitarea profesiei de avocat și constituie îndatoriri ale acesteia.

De menționat în ceea ce privește cadrul legal al profesiei de avocat este și Codul deontologic al avocaților din Uniunea Europeană. Acest act a fost adoptat la data de 28 octombrie 1998 și ulterior modificat în Sesiunile plenare ale Consiliului Barourilor Uniunii Europene (CCBE) din 28 noiembrie 1998, 6 decembrie 2002 și 19 mai 2006, aplicându-se în România ca fiind Codul deontologic al avocatului român, începând de la data de 1 ianuarie 2007⁴.

³ V. Morar, *Etica în afaceri și politică*, Editura Universității din București, 2006, p. 11-12.

⁴ http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unbr.ro%2Ffisiere%2Ffile%2Fmateriale%2Flegislatie%2FDECIZIA%2520CP%25201486%2520DIN%252027%2520OCT%25202007%2520APROBARE%2520COD%2520DEONTOLOGIC-PFG-AG-301007.doc&ei=iZs_VamYJYm4UaGtgNAI&usg=AFQjCNGnqIHv3_yOAb27CLgc8oBMYqnkVw&bvm=bv.91665533,d.d24

Deși observăm că acest act a fost adoptat la finalul anilor '90 în plan european, abia în anul 2007 a fost preluat în plan intern, iar prevederile acestuia nu sunt foarte cunoscute în rândul persoanelor care exercită această profesie.

Totuși, considerăm că prevederile acestui act ar trebui avute în vedere de persoanele care practică această profesie în România.

Și în cadrul acestui Cod sunt prevăzute principii generale de exercitare a profesiei de avocat, acestea fiind Independența, Încrederea și integritatea morală, Secretul profesional, Respectarea deontologiei altor barouri, Incompatibilități, Publicitatea personală, Interesul clientului și Limitarea răspunderii față de client.

Dacă unele dintre aceste principii sunt similare sau vizează aceleași aspecte ale profesiei, cum sunt independența și secretul profesional, altele prezintă caracter de noutate în ceea ce privește acest tip de reglementare. Ne referim aici la Publicitatea personală, Interesul clientului și Limitarea răspunderii față de client. De aceea, am considerat utilă dezvoltarea acestora în prezentul articol.

Principiul Publicității Personale

Conform prevederilor Codul deontologic al avocatului român, avocatul este autorizat să informeze publicul asupra serviciilor pe care le oferă, sub condiția ca informația să fie fidelă, veridică și să respecte secretul profesional și alte principii esențiale ale profesiei.

Cu toate acestea, publicitatea personală a unui avocat, indiferent de media utilizată, după cum este cazul, în presă, radio, televiziune, prin comunicare comercială electronică ori prin alt mijloc, este autorizată în măsura în care este conformă cu prevederile Codului, în sensul că informarea trebuie să fie una generală, cu respectarea secretului profesional.

În conformitate cu dispozițiile art. 48 din Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat, reținem că îi este interzis avocatului ca, în mod nemijlocit sau prin persoane interpuse, să folosească procedee incompatibile cu demnitatea profesiei în scopul dobândirii clientelei.

De asemenea, este interzis avocatului să folosească mijloace de reclamă sau de publicitate în același scop.

Acest principiu se bucură de o reglementare mai detaliată, supusă unor multiple modificări, dintre care cele mai recente la nivelul anului 2014.

Legiuitorul reține că publicitatea formelor de exercitare a profesiei este distinctă de publicitatea profesională, care urmărește promovarea profesiei de avocat. Publicitatea formelor de exercitare este constituită din orice formă de comunicare publică, indiferent de mijloacele utilizate, care urmărește să aducă la cunoștința publicului informații asupra naturii ori calității practicii profesionale.

Publicitatea profesională are drept obiect promovarea profesiei de avocat și se realizează în exclusivitate de către organele profesiei sau la cererea și sub supravegherea acestora.

Mijloacele de publicitate a formelor de exercitare a profesiei nu pot fi folosite ca reclamă în scopul dobândirii de clientela, astfel cum se prevede și în art. 243 din Statutul Profesiei de avocat.

Având în vedere progresele de natură tehnologică ce s-au înregistrat în ceea ce privește utilizarea Internetului, dispozițiile legale au reglementat și acest aspect.

Mai precis, se prevede că formele de exercitare a profesiei pot avea adresa proprie de internet, care poate cuprinde mențiuni referitoare la activitatea desfășurată, la avocații

care își desfășoară activitatea în cadrul acestora, precum și la modul de realizare a corespondenței. Conținutul și modul de prezentare a adresei de internet se avizează, în prealabil, de consiliul baroului și trebuie să respecte demnitatea și onoarea profesiei, precum și secretul profesional.

Adresa de internet nu poate cuprinde nicio intercalare cu caracter de reclamă sau mențiune publicitară pentru un produs sau serviciu diferit de activitățile ce privesc exercitarea profesiei de avocat.

Mai mult decât atât, adresa de internet nu poate conține legături către alte adrese de internet (link-uri) al căror conținut ar fi contrar principiilor esențiale ale profesiei de avocat. Este admisă includerea unor legături care să permită accesarea paginilor de internet ale entităților cu care sunt încheiate convenții de conlucrare profesională avizate de consiliul baroului, ale conferințelor sau altor manifestări profesionale organizate de forma de exercitare a profesiei sau cu participarea acesteia, a articolelor publicate în reviste de specialitate juridică.

În acest sens, forma de exercitare a profesiei deținătoare a adresei de internet trebuie să asigure în mod regulat vizitarea și evaluarea paginilor proprii și a paginilor la care este permis accesul pe baza legăturilor realizate prin intermediul adresei proprii, la cererea organelor profesiei. Consiliul baroului poate dispune eliminarea de îndată a mențiunilor și legăturilor ale căror conținut și formă sunt contrare principiilor esențiale ale profesiei de avocat.

Ca limitări a modalităților de publicitate, legiuitorul a prevăzut că indiferent de mijlocul de publicitate utilizat, sunt interzise: mențiunile autolaudative sau comparative; nominalizarea clienților din portofoliu sau indicarea litigiilor în care forma de exercitare a profesiei a fost sau este implicată; informațiile privind realizările de ordin financiar, cifra de afaceri sau succesele profesionale; furnizarea de informații în vederea includerii în clasamente întocmite pe criterii financiare; mențiunile referitoare la valoarea serviciilor oferite de avocat, la gratuități sau la modalitatea de plată și care constituie politici de dumping, orice afirmații contrare demnității persoanelor, profesiei sau justiției; orice forme de publicitate realizate de către terți (în conformitate cu prevederile art. 249¹ din Statutul Profesiei de avocat).

Indiferent de forma de publicitate aleasă de avocat, se prevede interdicția ca avocatul să ajungă la scopul principal al realizării publicității, respectiv creșterea numărului de clienți, prin activități precum racolarea clientelei, constând în oferirea serviciilor, prin prezentare proprie sau prin intermediar, la domiciliul sau reședința unei persoane sau într-un loc public, ori în propunerea personalizată de prestări de servicii efectuată de o forma de exercitare a profesiei, fără ca aceasta să fi fost în prealabil solicitată în acest sens. Se consideră racolare și adresarea personală sau prin terți către victimele accidentelor sau către moștenitorii acestora, aflați în imposibilitate de a alege un avocat.

De asemenea, este interzisă, printre altele, acordarea de consultații și/sau redactarea de acte juridice, realizate pe orice suport material, precum și prin orice alt mijloc de comunicare în masă, inclusiv prin emisiuni radiofonice sau televizate, cu excepția publicațiilor care conțin o rubrică de consultanță juridică, precum și promiterea obținerii unor rezultate profesionale care nu depind exclusiv de activitatea formei de exercitare a profesiei.

Cu privire la această din urmă interdicție, opinăm asupra importanței sale, în condițiile în care obligația avocatului cu privire la speța ori spețele încredințate de clientul său este una de diligență și nu de rezultat.

Referitor la o altă interdicție prevăzută de Statut, și anume comunicarea publică a funcțiilor deținute anterior în cadrul unor autorități, de către avocații incluși în forma de exercitare a profesiei, aceasta are o largă aplicabilitate practică, în situația tot mai des întâlnită în care unii dintre avocați au ales această profesie după ocuparea, anterior, a unei funcții de magistrat – judecător sau procuror ori a unei funcții de demnitate publică – parlamentar ori membru în guvern.

Principiul Interesului Clientului

Conform prevederilor Codul deontologic al avocatului român, sub rezerva respectării stricte a normelor legale și deontologice, avocatul are obligația de a apăra întotdeauna cât mai bine interesele clientului său, chiar în raport cu propriile sale interese sau cu interesele confrăților săi⁵.

Statutul profesiei de avocat prevede, sub acest aspect, că în exercitarea profesiei sale avocatul este independent, iar activitatea avocatului nu poate fi motivată decât în interesul clientului, apreciat în limitele legii, ale prezentului statut și ale codului deontologic.

Observăm că dincolo de aceste prevederi legale, rezultă intenția legiuitorului de a reglementa principiul interesului clientului în strânsă legătură cu cel al independenței avocatului.

Astfel, deși acest principiu nu este enumerat în mod expres în Legea nr. 51/1995 ori în Statut, reglementarea acestuia rezultă din aceste prevederi legale (conform art. 109 din Statutul Profesiei de avocat).

De asemenea, constituie atingere a independenței avocatului și, ca atare, trebuie evitată și înlăturată de către avocat, prin orice mijloace legale existența unui interes propriu ori al persoanelor apropiate lui în cauza care i-a fost încredințată.

Apare aici reglementată noțiunea de conflict de interese, rezultând totodată opinia legiuitorului în sensul asigurării de asistență ori reprezentare juridică în orice speță în care avocatul are interes, fără a se diferenția între situația în care interesul propriu ar fi similar cu cel al clientului pe care îl asistă ori reprezintă ori similar cu cel al părții adverse, deși deducem că în această ultimă situație ar exista, cu adevărat, un conflict de interese.

O reglementare salutară este aceea conform căreia avocatul este obligat să comunice clientului informațiile pe care le deține în legătura cu cazul acestuia, chiar și în situația în care comunicarea lor ar contraveni interesului său personal, observându-se, din nou, intenția legiuitorului intern de a pune interesul clientului mai presus decât cel al avocatului.

Relația avocatului cu clientul său este una complexă, ce poate debuta cu încheierea unui contract juridic sau chiar cu o convenție verbală și care se finalizează odată cu finalizarea stării de litigiu sau a demersurilor pentru care avocatul a fost angajat.

Pe parcursul acesteia, însă, există mai multe etape ce trebuie conduse de avocat cu abilitate, astfel încât informațiile necesare pentru avocat să fie transmise de către client acestuia, iar în același timp clientul să primească toate informațiile despre activitatea avocatului în ceea ce îl privește, despre remedii pentru problematica sa juridică.

Probleme de natură juridică pe care le are fiecare client, nivelul acestuia de instruire, experiența în plan social și relațional, toate acestea pot constitui obstacole pentru avocat, în exercitarea profesiei sale.

⁵ <http://arnufis-notiuni-juridice.blogspot.ro/2013/06/principiile-si-regulile-fundamentale.html>

În acest sens, considerăm că avocatul trebuie să aibă în vedere principiile exercitării acestei profesii, interpretarea corectă a acestora, precum și interesul clientului, ca principiu superior.

Principiul limitării răspunderii avocatului față de client

Conform Codului deontologic al avocaților din Uniunea Europeană, astfel cum prevederile sale au fost adoptate în plan intern, în măsura în care legislația Statului Membru de proveniență și legislația Statului Membru gazdă autorizează acest lucru, avocatul poate să limiteze răspunderea sa față de client, în conformitate cu regulile profesionale cărora le este supus.

În conformitate cu legislația internă relevantă, limitele răspunderii avocatului față de client sunt cele date de contractul de asistență juridică. Astfel, conform art. 119 alin. (4) din Statut, prin contract, părțile pot stabili limitele răspunderii avocatului. Clauzele de exonerare totală de răspundere profesională sunt socotite nescrise.

În plus, avocatul este obligat să se asigure de răspundere profesională⁶. Condițiile asigurării de răspundere profesională sunt prevăzute de prezentul statut și pot fi stabilite, în cazul formelor asociative de exercitare a profesiei, conform regulilor stabilite între avocați. Obligația de asigurare de răspundere civilă este permanentă, iar suma asigurată nu poate fi mai mică decât cea prevăzută în statutul profesiei.

Se observă că acest principiu nu se bucură, încă, de o reglementare foarte amplă, nici la nivel european și nici la nivel intern. În practică, numărul clienților care au percepția că avocatul este asigurat de răspundere profesională este redus, ca și practica judiciară privind cazuri de tragere la răspundere.

Concluzii

Profesia de avocat trebuie privită și sub aspectul exercitării sale în raport cu clientela pe care un reprezentant al acestei profesii o are, precum și sub aspectul comunicării și colaborării cu colegii ori cu reprezentanții altor profesii juridice aflate în legătură cu avocatura.

Aceasta întrucât în practică, nu de puține ori, avocații manifestă atitudini nepotrivite sau chiar contrare prevederilor legale în vigoare. Considerăm că aceste atitudini survin și ca urmare a unor lacune cu privire la studierea eticii profesionale.

Legislația privind exercitarea profesiei de avocat a suferit în ultima perioadă o multitudine de modificări ce duc la necesitatea nu doar a unei mai bune cunoașteri a acestora, dar și la o reinterpretare a unor noțiuni importante pentru profesia de avocat precum interesul clientului, publicitatea ori independența.

Bibliografie:

- Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 98 din 7 februarie 2011.
- Statutul profesiei de avocat;
- S. Cocoș, *Drept roman, Izvoare, Procedura, Persoane, Drepturi reale, Succesiuni, Obligații*, Ed. Pro Universitaria, București, 2006;
- V. Morar, *Etica în afaceri și politică*, Editura Universității din București, 2006;

⁶ http://www.ghid-asigurari.ro/raspundere_civila_legala.html

-
- <https://avocatizoita.wordpress.com/2009/07/27/avocat/>
 - http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unbr.ro%2Ffisiere%2Ffile%2Fmateriale%2Flegislatie%2FDECIZIA%2520CP%25201486%2520DIN%252027%2520OCT%25202007%2520APROBARE%2520COD%2520DEONTOLOGIC-PFGAG-301007.doc&ei=iZs_VamYJYm4UaGtgNAI&usg=AFQjCNGnqIHv3_yOAb27CLgc8oBMYqnkVw&bvm=bv.91665533,d.d24;
 - http://www.ghid-asigurari.ro/raspundere_civila_legala.html
 - <http://arnufis-notiuni-juridice.blogspot.ro/2013/06/principiile-si-regulile-fundamentale.html>

SUVERANITATEA UMANĂ, DREPTUL COSMOPOLITAN ȘI PERSOANA UMANĂ, CA SUBIECT DE DREPT COSMOPOLITAN*

Dr. Mădălina Virginia ANTONESCU

Abstract

The paper represents an attempt to understand the concept of “sovereignty” both from the perspective of the contemporary international law, as well as from that of a post-state juridical order centred on human person as principal subject of law, as the cosmopolitan law. According to this type of legal order, specific to the global, post-westphalian world, the physical person can represent the direct beneficiary of rights and juridical obligations on the global level, without being submitted to the global order through the agency of the state. The state level, which is fundamental for regulating the relation between individual and international level in cases of individual claims addressed to international institutions on human rights field, is now considerate as inappropriate for defining the status of a human person from the perspective of the global society and cosmopolitan law. The paper explores some of main concepts and visions of this relation (individual-global society-cosmopolitan law), remembering also, the roots of the “sovereignty” concept (from Jean Bodin’s “monarchical sovereignty” vision to the postmodern vision of “human sovereignty”).

Key-words: sovereignty, international law, human rights, human sovereignty, nation-state, cosmopolitan law, global world, westphalian world

1. Definiții ale termenului de „suveranitate”. De la dreptul constituțional la dreptul internațional

Termenul de „suveranitate” este înțeles, în sens uzual, ca un concept juridico-politic *strâns legat de conceptul de „stat-națiune”*. Mai precis, autorii de drept constituțional consideră că unul dintre elementele fundamentale ale statului-națiune, fără de care acesta nu ar putea să existe, este suveranitatea. La fel, doctrina de drept internațional vede în termenul de „suveranitate” unul dintre bazele întregii ordini juridice internaționale și un principiu juridic fundamental pentru reglementarea relațiilor între state.

Între conceptul de „suveranitate” și lumea westphaliană există o legătură consolidată în timp, care, însă, se găsește acum, la începutul sec. XXI, sub presiunea schimbărilor și provocărilor produse de societatea globală și de globalizare, în multiplele sale sensuri.

* The present article represents only the personal opinion of the author and it does not involve in any form any other natural person or legal entity. All the rights over the present text are reserved. The quotations from the present text are made by mentioning the author and the complete source.

Lumea westphaliană este axată pe ideea unei conexiuni indisolubile între națiune și stat, recunoscând că se poate vorbi atât de o suveranitate a statului¹ cât și de o suveranitate națională².

Lumea post-westphaliană (postmodernă) nu mai este însă una construită în jurul statului-națiune, ci devine *o lume compozită* (alcătuită dintr-o multitudine de actori globali, infra-statali, regionali, non-statali, transnaționali etc.) ce provoacă mutații în conceperea și funcționarea realității internaționale³. Provocările re-gândirii conceptelor cu care a operat doctrina de drept internațional sau în câmpul relațiilor internaționale (societate internațională, sistem internațional, stat-națiune) sunt determinate și de această *multiplicare și varietate a actorilor globali*. Ei aduc alte reguli sau provoacă ori transcend regulile de funcționare ale societății inter-statale, determinând schimbări în însuși modul de alcătuire și de funcționare a acesteia.

Normele și reglementările făcute pentru state și pentru lumea inter-statală *nu pot fi aplicate actorilor non-statali care operează într-o realitate paralelă, numită „societatea globalizată”*. Pentru a surprinde *natura acțiunilor și a fixa responsabilitatea adecvată* a acestor actori, este necesară *apariția unui tip diferit de drept, post-internațional* (transnațional sau cosmopolitan), precum și *a altor concepte de alcătuire și funcționare a acestei lumi* paralele celei westphaliene (încă funcționabile, dar inevitabil, limitate).

În planul dreptului internațional contemporan, suveranitatea se definește ca fiind o caracteristică *specifică statului*, de unde derivă calitatea *acestuia* de subiect de drept internațional, original și principal⁴, în raport cu alte entități (fie că acestea sunt sau nu recunoscute ca subiecte de drept de către dreptul internațional).

Dreptul internațional contemporan însuși *este rezultatul voințelor suverane și concordante ale statelor-națiune, într-o ordine a egalității juridice între state*, care nu acceptă autorități superioare statelor⁵ și *nici alte tipuri de suveranități* care să concureze sau să înlocuiască suveranitatea națională sau pe cea statală. De pildă, dreptul internațional contemporan este dominat de prohibiția generală și expresă asupra imperialismelor și neo-colonialismelor, deci imperiile, ca entități supra-statale, sunt

¹ L. Takacs, M. Niciu, *Drept internațional public*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1976, p. 35. Dacă, potrivit acestei accepțiuni, suveranitatea este considerată un atribut esențial al statului, fără de care el nu poate avea calitatea de subiect de drept internațional, cu atât mai mult putem considera că individul este suveran ca o calitate intrinsecă a sa (așa cum sunt considerate drepturile omului, ca drepturi prin excelență subiective, intrinsec aparținând persoanei umane și nu dobândite, precum sunt funcțiile statului). Statul, mai mult, pornind de la teoria contractului social, este o entitate abstractă ce primește de la oameni părți din suveranitatea lor intrinsecă, spre a reglementa la un nivel comun anumite funcții necesare organizării social-politice și economice. Statul nu este intrinsec suveran, precum ființa umană, ci în temeiul unei convenții sociale, liber acceptate de oameni. Oamenii sunt creatorii statului, așa cum statul se consideră creatorul dreptului internațional. La originea apariției statelor stau voințele libere, concordante și suverane ale oamenilor iar, din acest punct de vedere, dreptul cosmopolitan nu este decât o recunoaștere a caracterului suveran intrinsec și individual al persoanei umane, o reîntoarcere la creatorul original al formelor de organizare politico-socială, statală și non-statală: omul.

² Suveranitatea națională este înțeleasă ca „expresia puterii colective a națiunii, al cărei depozitar și garant suprem este statul”. A se vedea M.-C. Smouts, D. Battistella, P. Vennesson, *Dictionnaire des relations internationales. Approches, Concepts, Doctrines*, Dalloz, Paris, 2006, p. 510-511.

³ D. Held, A. McGrew, D. Goldblatt, J. Perraton, *Transformări globale. Politică, economie și cultură*, trad. R.-E. Lupașcu, A. Ștraub, M. Bordea, A.-M. Turcu, Ed. Polirom, Iași, 2004, p. 79-81.

⁴ J.-F. Guilhaudis, *Relations internationales contemporaines*, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2005, p. 50-51.

⁵ R. Miga-Beșteliu, *Drept internațional. Introducere în dreptul internațional public*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 7-8.

entități nerecunoscute, ilegale în raport cu dreptul internațional (un drept westphalian, prin excelență și nu un drept al marilor puteri). *În acest drept internațional, statele nu se confundă cu imperiile* (supra-structuri politico-militare, cu identitate juridică *proprie și superioară* în raport cu statele-națiuni și care, mai mult, dezvoltă concepte *superioare* statului și națiunii, precum: cetățenia imperială, națiunea imperială sau națiunile privilegiate).

Dreptul internațional contemporan consideră statul ca o entitate suverană, în raport cu oricare alt subiect de drept internațional (organizațiile internaționale interguvernamentale, beligeranții, popoarele care luptă pentru independență). *Statul-națiune este singurul subiect de drept internațional caracterizat prin suveranitate*, față de alte entități recunoscute de același drept internațional ca putând acționa (având calitatea de subiecte de drept internațional) în ordinea juridică internațională contemporană. Prin raport cu statul-națiune, *individul* (persoana umană) *nu este considerat că ar avea calitatea de subiect de drept internațional și nici atributul suveranității*. Aceasta este, în opinia noastră, *o limitare a dreptului internațional provenită în timp, din depășirea concepției suveranității legate de persoana umană* (a monarhului, în sens inițial) *și de trecere a suveranității la un nivel abstract (statal) sau colectiv-simbolic (națiunea)*.

Din perspectiva dreptului internațional, statul-națiune beneficiază de suveranitate ca fiind *entitatea originară și subiectul inițial* al ordinii juridice internaționale.

Normele de drept internațional sunt generate și respectate de state ca subiecte suverane de drept⁶, nu de indivizi. Indivizii nu au decât o temporară calitate de reprezentare a voinței statului și nu pot fi ei înșiși, în plan juridic internațional, generatori de norme juridice internaționale, în locul statelor-națiune sau peste voința statelor-națiune. Regula de bază a dreptului internațional (și o cauză pentru care acesta nu admite ca subiecte de drept nici imperiile și nici indivizii) este că *doar statele dispun de o personalitate juridică deplină, originară*⁷ (adică, de subiecte generând dreptul internațional, stând la baza lui și asumându-și răspunderea juridică deplină pentru nerespectarea regulilor sale).

Statul-națiune este un suveran absolut în ordinea westphaliană, deoarece el dispune de „competența competențelor” (atribuția de a își fixa singur competențe)⁸ *și de atributul indivizibilității și unicității suveranității sale*. Cu alte cuvinte, nu se admite (nici în dreptul internațional și nici în dreptul constituțional al ordinii westphaliene actuale) ca statul să fie concurat, în suveranitatea sa, de alte entități (imperii, organizații internaționale interguvernamentale, instituții financiare internaționale sau instituții bancare internaționale, grupuri de interese și indivizi). *Suveranitatea sa este indivizibilă, inalienabilă și deplină*⁹, în sensul că nu este admis ca un stat să își împartă suveranitatea sa cu un alt stat sau cu alte entități (de unde și problema *legitimității juridice* a unor construcții cu dimensiuni supra-statale de tipul Uniunii Europene, unde s-a folosit, în justificarea doctrinară, *teoria atribuirii de competențe*, spre a nu contrazice caracterele juridice ale suveranității și pentru a nu crea breșe sau precedente – pentru alte construcții, superioare statelor –, în dreptul internațional). Folosind acest artificiu juridic pentru a

⁶ G. Geamănu, *Drept internațional public*, vol. 1, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1981, p. 142.

⁷ *Ibidem*, p. 276-277.

⁸ J.-F. Guilhaudis, *op. cit.*, p. 50.

⁹ G. Geamănu, *op. cit.*, p. 143.

construi o supra-structură poli-fațetată, postmodernă, precum UE (prin teoria atribuirii voluntare de competențe), se consideră că statele membre UE nu își înstrăinează suveranitatea sau părți din acestea, ci *pun în comun anumite atribuții, competențe, pentru a le utiliza la un nivel superior (european)*. Această atribuire de competențe are loc în virtutea voinței lor suverane, este privită ca o expresie a suveranității lor și nu ca o încălcare a acesteia.

Pentru doctrina de drept constituțional, puterea de stat nu este un scop în sine ci, prin exercitarea ei, trebuie înfăptuită *puterea suverană a poporului*¹⁰. În această accepțiune, există o legătură strânsă între *suveranitatea poporului* și modelul organizațional *al statului*, ceea ce ne face să ne gândim la etapa post-statală în care ar intra o lume organizată sub impactul fenomenelor globalizării și în care *puterea ar deveni post-statală*, exercitându-se nu pentru înfăptuirea puterii suverane a popoarelor, ca în sec. XX, ci în numele *unei suveranități post-statale sau non-statale* (de unde se deschide și varianta exercitării unei puteri globale – sau cosmopolitane – *în numele suveranității individului*). *Suveranitatea umană devine, în acest context (post-statal), o expresie a societății globale sau cosmopolitane*, în care *individul devine unitatea de bază* a noului sistem socio-politic multicultural de organizare a lumii și nu statul-națiune. Față de lumea statelor (înțelegând prin stat „o societate organizată, având o conducere autonomă sau suverană în raport cu altele”¹¹), *lumea cosmopolitană va fi una bazată pe individ și pe ideea de apartenență a acestuia la marea comunitate transnațională a oamenilor* (sintagma „comunitate umană” fiind legată, ca și concept juridico-politic de bază pentru sec. XXI, de alte sintagme, precum „societate globală”, „guvernare globală”, „democrație cosmopolitană”).

În ceea ce privește teoria suveranității umane în sec. XXI, ea ar reprezenta, în opinia noastră, o reîntoarcere la conceptul de „*superanus*” din Evul Mediu (definit de Toma D’Aquino), care se referea la poziția unui individ (reprezentând o putere temporală sau o putere una de reprezentare divină) în vârful ierarhiei – regele sau papa. *Concepția medievală europeană despre individ ca suveran* (aici, doar în virtutea unei calități a sa, de ordin sacru sau politico-simbolic), *arată că nu s-a exclus de la început, în definirea acestui concept juridic, orice legătură dintre persoana umană și suveranitate. Originile acestui concept îl arată clar pe individ ca sursă primară a puterii supreme (superanus) și nu o entitate abstractă (statul sau Biserica)*. *În epoca post-statală, este posibil să asistăm la o revenire a conceptului originar de individ-suveran* (în condițiile instaurării altor forme globale de guvernare decât democrația reprezentativă), inclusiv ca efect al instaurării unui imperiu universal sau a unei monarhii globale (deoarece și aceste variante de organizare a lumii post-statale în sec. XXI trebuie să fie luate în considerare, într-o analiză cuprinzătoare a acestei lumi dinamice și surprinzătoare, nu doar modelul democratic, deja atins de un fenomen de „clasicizare”).

În cartea sa „*Les Six Livres de la République*” (1583), Jean Bodin consideră termenul de „suveranitate” ca putere absolută sau „*majestas*”, ea rezidând *în monarh* (în persoana unui individ) și doar în cazul monarhilor aleși pe timp limitat, suveranitatea rezidând *în aristocrație sau în popor, după caz*¹². După Bodin, autoritatea monarhică este *una independentă* față de puterea sacră (a Bisericii), în Occidentul european existând

¹⁰ G. Vrabie, *Drept constituțional și instituții politice contemporane*, Ed. Ștefan Procopiu, Iași, 1993, p. 51.

¹¹ *Ibidem*, p. 52.

¹² G. Vrabie, *op. cit.*, p. 75.

astfel, *un raport de rivalitate* între două tipuri de persoane investite fiecare cu atribute sacre (monarhul și papa), chestiune care, în Răsăritul medieval european sau în despoțiile orientale nu are o similitudine¹³.

După Bodin, monarhul nu trebuie să dea socoteală nimănui, el fiind responsabil doar în fața lui Dumnezeu (de unde gânditorul respectiv extrăgea ideea independenței puterii monarhului față de cea a papei). După Bodin, legitimitatea puterii nu își are originea în popor, ci ea provine de la Dumnezeu (teoria originii divine a dreptului). Monarhul este suveran și el este întruchiparea statului (originea caracterului absolutist al suveranității stând în ideea de putere supremă, absolutistă, a monarhului). În concepția lui Bodin, suveranitatea este deplină, indivizibilă, inalienabilă și este *un atribut al persoanei monarhului* care, la rândul său, *întruchipează statul* (de unde, prerogativa edictării legilor). Ca suveran independent de papalitate, *regele suveran* este, la Bodin, elementul ce va desprinde treptat lumea statelor occidentale de puterea papală și care va duce la *ideea de stat cu teritoriu bine delimitat și autonom în raport cu altele* (Vrabie, 1993, p. 76). Totuși, în concepția lui Bodin se produce o *confuzie între suveranitatea monarhului și cea a statului*. Poporul este supus puterii monarhice și nu el este sursa suveranității, în monarhia absolutistă, ci doar monarhul, cel care reprezintă interesul general al poporului său. Regele este suveran nu prin voința poporului (căci nu acesta este sursa legitimității), ci *prin voința lui Dumnezeu*, divinitatea fiind la originea puterii monarhice (a se vedea doctrinele teocratice din Franța sec. XVII, XVIII, până în sec. XX, fiind invocate de monarhi spre a legitima puterea lor în sensul original, cel plecând *de la persoana monarhului* ca deținând o poziție supremă într-un sistem monarhic de guvernământ)¹⁴.

A doua mare direcție doctrinară privind suveranitatea a apărut odată cu gânditori precum Jean Jacques Rousseau, Hobbes, Pufendorf, ei susținând o linie teoretică de rupere a suveranității de monarh și de voința divină și de *conectare a ideii de suveranitate de popor, de națiune sau stat. Statul, ca entitate abstractă, devine reprezentantul voinței generale, al poporului*. Prin teoria contractului social, suveranitatea revine statului ca reprezentant al voinței poporului, *conducătorii statului nefiind decât simpli funcționari ce pot fi oricând destituiți din funcția lor* sau trași la răspundere pentru actele lor ca funcționari publici (Vrabie, 1993, p. 77). Suveranitatea, în această teorie, nu se poate înstrăina și nu se poate divide, ea fiind o expresie a voinței generale.

Cu toate acestea, *o altă parte a doctrinei de drept constituțional* nu a admis ficțiunea suveranității și nici ideea personalității juridice a statului, *statul fiind considerat un fapt social*, după Léon Duguit *statul neavând dreptul de a comanda indivizilor*¹⁵. Ca *fapt social*, statul se reduce la o *relație de forță dintre guvernanți* (cei mai puternici, care pun mâna pe putere și comandă asupra celorlalți, prin alegeri sau prin forță) *și guvernați*. Legitimitatea acestei puteri rezidă *doar în conformitatea sa cu dreptul*, scopul fundamental al statului fiind acela de a realiza dreptul. Deci, la Duguit trebuie remarcată ideea că *suveranitatea nu aparține statului, ci dreptului*, suveranitatea fiind voința

¹³ A se vedea S. Brezeanu, *Imperiu universal și monarhie națională în Europa Creștină. Studii de gândire politică medievală*, Ed. Meronia, București, 2005, p. 20-21. A se vedea și S. Gomboș, *Contribuția religiei la realizarea stării de securitate*, în antologia *Vorbirea despre Biserica și Stat – între curs și discurs*, Ed. Top Form, București, 2009, p. 174-175.

¹⁴ G. Vrabie, *op. cit.*, p. 76.

¹⁵ *Ibidem*, p. 79.

guvernanților bazată pe solidaritatea socială, care constituie baza dreptului. Puterea de comandă trebuie să fie exercitată, spre a fi legitimată, în conformitate cu dreptul.

Într-o altă concepție (care a stat la baza Declarației Drepturilor Omului/1789), cea a contractului social și a suveranității poporului, se consideră că „*principiul oricărei suveranități rezidă în națiune, de la care emană toate puterile*” (Vrabie, 1993, p. 78). Dreptul de a comanda nu aparține regelui, ci *națiunii*, suveranitatea fiind aici considerată inalienabilă, indivizibilă, imprescriptibilă. Deci, suveranitatea națională conține ideea, opusă suveranității umane (omul, ca și cetățean al ordinii post-statale cosmopolitane), indivizibilității sale (adică, *suveranitatea nu poate fi împărțită între indivizii ce compun populația unui stat*, deoarece aparține națiunii ca o entitate colectivă)¹⁶.

Pentru alți gânditori, precum Hegel (școala germană din sec. XIX), *sursa suveranității trebuie căutată din nou în persoana umană (monarhul) și nu în popor*, deoarece „acesta nu este în absența monarhului, decât o masă amorfă, neorganizată” (Vrabie, 1993, p. 78). Pentru Hegel, monarhia ereditară este sistemul cel mai potrivit în „a reconcilia omul cu el însuși prin intermediul statului și în stat”¹⁷.

În fine, o altă parte a doctrinei de drept constituțional, mai recentă, consideră că *suveranitatea ar avea un caracter perimat*, ea nemaifiind conformă cu noile realități ale lumii dinamice, renunțarea la suveranitate fiind văzută „ca o cale de menținere a păcii între popoare, ca un mijloc de facilitare a liberei circulații a oamenilor și ideilor”. Cât despre puterea de constrângere a unui stat, aceasta este explicată de unii autori ca fiind subordonată direct dreptului internațional, deoarece suveranitatea ca și concept, este perimată¹⁸.

În alte concepții, se propune o *re-valorizare a ideii de suveranitate*, prin acreditarea unei diferențe între a avea suveranitate (deținătorul de iure al suveranității) și cel care o exercită în fapt. Prin această perspectivă se justifică *necesitatea limitării suveranității statului în favoarea unor organisme internaționale*. Pentru juriști ca Verdross, este acceptabilă teoria repartiției competențelor, susținând nevoia de transfer al atributelor suverane ale statelor către un plan internațional sau suprastatal, în timp ce alți autori acreditează ideea relativității suveranității (care ar admite posibilitatea de restrângere în mod nelimitat a exercițiului suveranității)¹⁹.

Pentru juriști precum Hans Kelsen, dreptul internațional este superior celui intern, treptat putându-se ajunge la un *drept mondial*, la care să se raporteze un *stat mondial*, deci, o entitate având o singură suveranitate. La Kelsen, *statul însuși este o entitate subordonată, ca ordine juridică, unei ordini juridice superioare dreptului internațional*. Viziunea mondialistă a lui Kelsen presupune o integrare a tuturor ordinilor juridice naționale într-un drept mondial²⁰.

Alți autori impun o distincție clară între *suveranitatea de stat* (unde puterea este organizată statal, ea fiind supremația și independența puterii în exprimarea și realizarea

¹⁶ *Ibidem*, p. 78.

¹⁷ *Ibidem*, p. 78.

¹⁸ *Ibidem*, p. 82-83. A se vedea și: I. Diaconu, *Tratat de drept internațional public*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 275; G. Geamănu, *Drept internațional public*, vol. 1, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1981, p. 150-151.

¹⁹ G. Vrabie, *op. cit.*, p. 86.

²⁰ *Ibidem*, p. 86-87.

voinței guvernanților ca voință de stat) și *suveranitatea poporului*. În acest ultim caz, titularul suveranității este poporul, ea putând să se exercite prin intermediul organelor reprezentative de tipul parlamentelor, dar și direct, prin referendum²¹.

Nu putem să încheiem această secțiune fără să avem în vedere și accepțiunea dată conceptului de „suveranitate” în *dreptul internațional public* (ca drept stato-centric, întrucât recunoaște doar statului calitatea juridică de a fi subiect de drept originar, deplin și aflat la originea ordinii juridice internaționale, pe care a format-o)²². Fără state, dreptul internațional, în accepțiunea sa clasică (de drept inter-statal) nu ar putea exista, de aceea *există o contradicție fundamentală* între actualul drept internațional, specific lumii westphaliene ce a atins apogeul, în opinia noastră, la sf. sec. XX și ordinea globalistă (post-statală) axată pe alți actori și pe alte concepții asupra suveranității. *Dacă statele, ca subiecte originare, au precedat* formarea ordinii juridice internaționale contemporane, este bine să remarcăm și faptul că *actorii globali* (companii transnaționale, entități politice supra-naționale, ONG-uri globale etc.) *s-au format în mod diferit: unii au precedat ordinea globalistă de la începutul sec. XXI și chiar i-au determinat apariția* (prin puterea decizională informală sau financiară de care dispun), *alții au apărut ca efect* al formării ordinii globaliste. Ceea ce este important de remarcat atunci când ne raportăm la ordinea globalistă, *sunt caracterul compozit, hibrid și varietatea de roluri pe care le joacă actorii acestei ordini*. În ea nu sunt doar incluse statele (ca actori de rang secundar), ci și indivizii; în ea nu prind contur doar forme de suveranități post-statale (de pildă, se încheagă suveranități supra-statale), ci și suveranități non-statale (cum ar fi conceptul de „suveranitate umană”, specific dreptului cosmopolitan).

În ceea ce privește *recunoașterea calității de subiect de drept internațional pentru persoanele fizice*, există mai multe curente doctrinare: unul dintre ele, reprezentat de juriști precum Léon Duguit și G. Scelle *privește societatea internațională ca pe o societate de persoane*, de unde ar reieși că „numai persoanele ar putea fi destinate ale dreptului internațional și deci, subiecte ale acestuia”²³. Au fost aduse ca argumente și unele pacte și convenții internaționale *din materia drepturilor omului (o materie pe baza căreia se poate consolida, în viitor, o adevărată bază pentru dreptul cosmopolitan, în opinia noastră)*, prin care persoanele au dreptul de a se adresa direct cu plângeri unor organisme internaționale sau tribunale, împotriva propriilor state, în caz de încălcare a drepturilor lor ocrotite prin aceste acorduri: Pactul internațional privind drepturile civile și politice din 1966, Convenția împotriva torturii din 1984, Convenția internațională privind eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială din 1965²⁴. Totuși, sunt unii autori care resping aceste argumente, susținând că acordurile sunt unele încheiate de state și nu de indivizi iar răspunderea statelor pentru încălcarea de către ele a drepturilor omului din tratatele internaționale în cauză este una asumată de state în virtutea suveranității lor și nu una impusă de indivizi. În general, autorii de drept internațional sunt de acord că persoanele fizice sunt titulare de drept intern și numai pe cale excepțională, acestea pot fi, în baza unor tratate încheiate de state, considerate beneficiare de drepturi și obligații în plan internațional. *Dreptul internațional contemporan (rămas unul westphalian) respinge*

²¹ I. Muraru, S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. II, Ed. All Beck, București, p. 83.

²² I. Diaconu, *Tratat de drept internațional public*, vol. 1, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 397.

²³ I. Diaconu, *Tratat*, op. cit., p. 494-495.

²⁴ *Ibidem*, p. 495.

deci, o așezare a persoanei umane alături de state, organizații internaționale și popoare ce lupta pentru independență²⁵.

Ca drept westphalian, dreptul internațional contemporan este format de state suverane și din state suverane, înțelese ca entități ce organizează puterea politică sub toate aspectele și în toate manifestările sale, ca *putere suverană*. Suveranitatea nu izvorăște din dreptul mondial, consideră alți autori, ci este un atribut intrinsec al statului, ce provine din caracterul suveran al puterii de stat (supremația exclusivă în limitele unui teritoriu determinat, înțeleasă ca neavând nevoie să fie recunoscută ca atare din exterior)²⁶. Aceste concepții ce reflectă un anumit absolutism westphalian, am putea zice, specific celei de-a doua jumătăți a sec. XX, dominate de viziunea rigidă a perioadei războiului rece, sunt azi puternic contestate de autorii care încearcă să definească lumea post-statală, co-existentă cu cea westphaliană, ce caracterizează începutul sec. XXI.

2. De la dreptul suveranului la suveranul-persoană umană. O re-creare a sensului original (legat de ființa umană) în societatea globalizată a sec. XXI

Dacă vorbim de un supra-stat ca imperiu, având o cetățenie imperială acordată supușilor săi și de o națiune imperială²⁷, atunci apare și discuția dacă imperiul, ca supra-stat deține o *suveranitate imperială, proprie și superioară* (dacă nu *exclusivă*, înlocuind sau anulând suveranitățile statelor înglobate în structura sa). Dacă vorbim de o supra-structură imperială de tip teocratic sau monarhic, putem decela un *tip de suveranitate imperială strâns împletite cu ideea de reprezentativitate divină a conducătorului imperiului*, deci *ne-am întoarce spre sensul inițial (ante-westphalian) al conceptului de „suveranitate”*, în care doar conducătorul regatului (monarhul, cumulând în unele situații și funcția sacerdotală supremă, de mare preot și reprezentant al divinității) deține suveranitate (de unde și titulatura de *suveran*). Din cumulare a atributelor de putere imperială (temporală) și divină (spirituală), conducătorul imperiului se confunda cu imperiul său (*suveranul este imperiul*) și impregna întreaga supra-structură imperială cu atributele reprezentativității divine ce derivau din persoana sa. Deci, *la origine, găsim în sensurile suveranității atât o simbolică sacră (sacralitatea persoanei împăratului) cât și una profană, politică (imperiul, ca prelungire a voinței suveranului, dar și a ființei sale – imperiul este suveranul, voința imperială este voința suveranului său, în mod exclusiv și obligatoriu, absolut și exclusiv)*.

²⁵ *Ibidem*, p. 498-499.

²⁶ Gh. Moca, *Suveranitatea de stat și dreptul internațional contemporan*, Ed. Științifică, București, 1970, p. 14-15.

²⁷ Imperiul și conceptul de „națiune imperială” neexcluzându-se reciproc, în opinia noastră, dacă plecăm de la premisa că imperiul poate fi și un supra-stat cu un nucleu decizional (metropolitan). Să ne amintim titulatura de la 629, cea de basileus, în Răsăritul european, cu înțelesul de „împărat universal” și, după 800/anul încoronării lui Carol cel Mare ca împărat al Occidentului, drept contra-reacție a lumii bizantine apare conceptul de „popor imperial” (împăratul Noii Rome – al Bizanțului – este de acum înainte „basileul romanilor”, act prin care erau denunțate uzurparea francă a titlului imperial și lipsa de legitimitate a creației politice din Occident). Imperiul romanilor (Bizantin) devine „unică putere instituită de Dumnezeu pe pământ și sursa puterii suveranilor săi este în Hristos Dumnezeu” (ideologia imperială bizantină). – a se vedea S. Brezeanu, *op. cit.*, p. 26. Legătura intrinsecă dintre religie și imperiu, dintre împărat și latura sacră a imperiului, duce la formarea ideologiei imperiale, bazate pe poporul imperial și pe împăratul universal, fiecare dintre aceste concepte fiind direct și intrinsec raportate la sfera sacră (legitimitatea divină, nu teoria contractului social), de unde apar alte perspective și înțelesuri de explorat pentru conceptele de „națiune imperială”, „popor imperial”, „suveranitate”.

La origine, suveranitatea derivă din persoana umană (împărat, ca ființă umană), dar și din calitatea specială a acesteia (calitatea politico-sacră de împărat, unde puterea temporală se împletește cu cea spirituală). Persoana umană, care este suveranul, la originile acestui termen, se situează în vârful piramidei puterii politice, conduce întreaga supra-structură în mod absolutist, fără îngrădire din partea altor oameni (sau, în unele situații, doar cu unele limitări din partea preoților, consecință a unei împărțiri a puterii sacre imperiale între suveran și casta preoților). Deci, pentru o corectă înțelegere a sensurilor globale (legate din nou de persoana umană) a suveranității, este necesar să ne raportăm la perioada pre-westphaliană, perioada care cuprinde epoci în care imperiile erau recunoscute ca fiind entități legitim constituite și care nu doar că funcționau legal, dar ele erau entitățile care făceau legea „internațională”.

Nu facem deci, eroarea să privim conceptul suveranității exclusiv din prisma sa uzuală, cea a lumii westphaliene. La origine, suveranitatea era o caracteristică a persoanei sacro-politice a monarhului, ordonând tipul de organizare socială și politică a unei structuri (regat, imperiu) după un model piramidal, ierarhic, având în vârf pe suveran și dinastia imperială, sub acest nivel fiind largile categorii ale supușilor.

Suveranitatea imperială de tip monarhic sau teocratic nu generează decât o organizare ierarhică non-cetățenească, a comunității supușilor imperiali, care nu are legătură cu lumea westphaliană ordonată în jurul conceptelor de suveranitate națională, a egalității în fața legii între toți cetățenii și a considerării a însăși persoanei sacre a monarhului ca fiind „un cetățean”. Lumea westphaliană de-sacralizează persoana monarhului, considerându-l un simplu element din organizarea social-politică a unei comunități, un element cu rol simbolic, aparținând trecutului.

Dar societatea globală poate genera forme de post-westphalism în organizarea social-politică a comunităților, inclusiv re-apariția de imperii teocratice sau monarhice în care persoana umană să fie re-sacralizată și dotată din nou cu o putere dublă și reală (nu simbolică): sacro-politică. Re-îmbinarea între politică și religie, în persoana monarhului, poate genera apariția de noi imperii care să ducă la o schimbare de esență a actualului drept internațional, incapabil să mai ordoneze o lume globală, post-statală. Nu considerăm că am fi într-o lume a statelor incapabile sau slăbite, ci într-o lume care propune noi modele (post-westphaliene) de organizare social-politică, datorită nivelului de globalizare specific sec. XXI.

Lumea sec. XXI, cea post-westphaliană, ar opera cu concepte juridico-politice și cu modele de organizare social-politică diferite de modelul statului-națiune și de raportul de forță pe care îl are cu individul (aici, înțelegând prin stat ideea de forță sau puterea coercitivă legitimă în raport cu individul, care este depozitar de suveranitate și „captiv” într-o relație juridico-politică în care „suveranul” este o entitate colectivă – națiunea, poporul – sau abstractă – statul). Aceste concepte juridico-politice specifice lumii globalizate a sec. XXI formează o legătură juridico-politică directă între persoana umană și nivelul de vârf al modelului global de guvernare (instituțiile guvernării globale), ce pleacă, în majoritatea opiniilor, de la mecanismele și principiile democrației (unii autori vorbind de democrație participativă cosmopolitană, alții de una preponderent reprezentativă cosmopolitană).

Din această legătură juridico-politică a cetățeanului cosmopolitan derivă drepturi globale/cosmopolitane pentru individ și un set de responsabilități cosmopolitane, apărând

și perspectiva *tragerii la răspundere directe a individului în fața instituțiilor imparțiale, judiciare de la nivel global*. Asemenea accepțiuni construiesc însă *un model supra-statal global, care depășește perspectiva lumii inter-statale, a statelor egale și suverane, ce nu admit niciun fel de autoritate superioară lor*. Odată cu concepția *democrației cosmopolitane* (participative sau reprezentative), pot fi generate și mecanisme și instituții globale de guvernare care să ducă la formarea unei *birocrății globale, a unei tehnocrații globale* (funcționari și specialiști independenți, care nu pot fi trași la răspundere de state, ci doar de alte instituții globale și care nu mai reprezintă statele-națiune, precum funcționarii din unele organizații internaționale din lumea westphaliană axată pe stat).

Important de remarcat este faptul că, în lumea post-statală spre care ne dirijează procesele globalizării, *individul nu va mai putea fi ignorat sau minimalizat în raport cu alți actori* (state, corporații, ONG-uri, instituții bancare financiare internaționale etc.). Mai bine spus, *individul va deveni din ce în ce mai important pentru funcționarea și consolidarea ordinii noi, cosmopolitane*, fiindu-i recunoscută la nivel global suveranitatea sa, înțeleasă ca putere, ca set de drepturi politice, dar și ca responsabilități cosmopolitane (globale).

Caracterul transnațional al fenomenelor globalizării, care au dus la porozitatea frontierelor de stat și la relativizarea jurisdicției sale în raport cu indivizii, va duce în sec. XXI, la *crearea acestei legături cosmopolitane de cetățenie între individ și nivelul de guvernare globală* (diferit față de nivelul internațional existent azi, care emană din voința suverană și concordantă a statelor-națiune și căruia i se poate pune capăt tot prin voința suverană a statelor).

Nu doar că acest nivel de guvernare globală, specific ordinii cosmopolitane va fi unul superior statelor, în lumea sec. XXI, dar el va fi și unul generând o răspundere sporită la nivelul său (răspundere globală, în fața altor instituții globale și nu a nivelului inferior, statal). De aici și *marea vulnerabilitate a ordinii cosmopolitane sau marea limită a democrației cosmopolitane*, care nu mai permite un control al altor niveluri (statal, infra-național), prin presiuni democratice, lobby sau mecanisme democratice asupra nivelului global de guvernare. *Ar trebui să se globalizeze principalele mecanisme și instituții democratice* pe care le vedem azi funcționând în cadrul lumii statale sau chiar al unor ordini regionale supra-statale (Uniunea Europeană): un parlament global, referendumuri globale de consultare a cetățenilor, instituții decizionale globale cu statute foarte clare în privința limitelor decizionale și a răspunderilor lor juridico-politice, un echilibru între instituții globale exercitând funcții legislative, executive și judecătorești. În altă alternativă, *eșecul sau formalizarea democrației cosmopolitane, prin excluderea controlului direct, cetățenesc asupra instituțiilor globale ar însemna căderea în abuz de putere globală* și în forme originale, nemaiîntâlnite în istorie, de totalitarism sau de autoritarism.

Într-o lume post-statală, ce transformări ar putea să sufere puterea de stat, care este azi un atribut esențial al statului? Într-o lume cosmopolitană, axată pe individ ca sursa puterii cosmopolitane (care transcende și substituie puterea de stat), o putere nouă, înțeleasă ca putere politică, investită cu forță coercitivă, având un caracter organizat și generând o suveranitate globală²⁸, statul ar fi depozat de acest atribut esențial al său, devenind un pseudo-stat, fără putere autentică sau poate chiar desființat (doctrina vorbind

²⁸ G. Vrabie, *op. cit.*, p. 62.

chiar de *transformarea* statelor în simple comunități politice sau cetăți²⁹). În lumea cosmopolitană ar însemna să vorbim fie de o *îmbinare a suveranităților*, de o *interpătrundere a unor autonomii și puteri proprii actorilor globali* (corporații, indivizi, instituții globale, organizații transnaționale, imperii, suprastate) care transcend sau înlocuiesc suveranitatea clasică a lumii westphaliene (suveranitatea națiunii și suveranitatea de stat), fie de o *suveranitate a nivelului de bază* al ordinii cosmopolitane, cetățeanul cosmopolitan: *suveranitatea umană*. Astfel, spre deosebire de suveranitatea de stat (care ar avea caracter super-poziționat și centralizat în raport cu individul), *suveranitatea umană din ordinea cosmopolitană ar fi una generată de ființa umană, ca sursă a puterii și ca destinatar al puterii. Fără această suveranitate, individul nu ar putea acționa la nivel politic global*, în raport cu alți actori, puternici financiar sau cu instituțiile globale.

Recunoașterea unei suveranități globale pentru super-statul global (definit prin instituții de guvernare globală, forță de coerciție globală, teritoriu global și o populație globală pe care o pune sub jurisdicția sa) ar însemna o *negare a caracterului suveran intrinsec pe care îl are individul în raport cu orice construcție abstractă*, dar și posibilitatea unui *abuz de putere global* pentru birocrăția sau tehnocrația de la nivelul de funcționare global. Acestea ar putea să nu mai răspundă în fața nimănui (deoarece individul ar fi lipsit de suveranitate, statul-națiune ar fi desființat sau slăbit, redus la o simplă provincie sau cetate iar nivelurile de integrare regională ar genera propriile lor forme de abuzuri de putere, în lipsa voinței suverane și limitatoare a statelor, încorporate acum la maximum în structurile lor). O birocrăție sau tehnocrație *independentă* în raport cu nivelurile inferioare (infra-globale) și *ruptă juridico-politic de controlul cetățenesc* (cu un parlament global slab sau corupt) ar duce la *forme de abuz de putere fără precedent în istorie și la o disipare a responsabilității*. De aceea, *considerarea individului ca fiind sursa puterii legitime exercitate de instituțiile globale* duce la crearea, în mod necesar, a unor *mecanisme puternice de control cetățenesc* la nivelul global de guvernare, pe principiul unei reale democrații cosmopolitane participative.

Recunoașterea suveranității umane ar duce la formarea unor *instituții* diferite de cele statale (colective) care să reprezinte, în ordinea globală și la orice nivel (infra-statal, național), în mod direct, *persoana umană, ca persoană suverană, subiect de drept cosmopolitan și destinatar direct al normei dreptului cosmopolitan*³⁰.

Dacă în lumea westphaliană, *statele* reprezintă voințe suverane și egale între ele, nerecunoscând nicio autoritate superioară lor³¹ (de unde, incompatibilitatea fundamentală dintre lumea statelor-națiune și lumea globală, cea cosmopolitană, fiecare generându-și propriile forme de legitimitate, propriile subiecte de drept și propriile reguli de drept), în lumea post-statală a sec. XXI, *indivizii vor reprezenta, ca actori globali și subiecți direcți ai normelor de drept cosmopolitan, baza ordinii de drept cosmopolitane, unitatea fundamentală de raportare a întregii ordini cosmopolitane, subiectul suveran*, cel care,

²⁹ *Cosmopolitanism* – <http://en.wikipedia.org/wiki/Cosmopolitanism>.

³⁰ Dreptul cosmopolitan fiind definit, în opinia autorilor globaliști, ca un drept provenind din conceptul de drept mondial și de societate mondială, unde conceptele unei umanități comune și ale drepturilor universale ale omului înlocuiesc perspectiva tradițională bazată pe statul-națiune. A se vedea definiția data internaționalismului, ca precursor al cosmopolitismului, de autori precum G. Evans, J. Newnham, *Dicționar de relații internaționale*, trad. de A.I. Ionescu, Ed. Universal Dalsi, București, 2001, p. 288-289.

³¹ G. Geamănu, *op. cit.*, p. 156-157.

prin instituții globale ce îi vor reprezenta voința (de tipul parlamentului cu mai multe camere, reprezentând diferite categorii sociale sau poate, geografic teritoriale) va emite legislație cosmopolitană.

În ordinea cosmopolitană are loc o re poziționare fundamentală a individului în raport cu statul: individul nu mai este supus exclusiv voinței statului, care și-a pierdut sau măcinat suveranitatea sa, ci el, ca suveran, controlează întreaga ordine cosmopolitană de drept, fiind generatorul și destinatarul normelor dreptului cosmopolitan. Forța materială de constrângere, care alcătuia în lumea westphaliană temelia suveranității statului, se transferă acum, în lumea post-statală a sec. XXI, la nivelul global, un nivel și el puternic controlat prin mecanisme reale de democrație participativă. Este esențial, pentru realizarea unei *autentice democrații participative cosmopolitane*, ca supra-statul global (dacă astfel se va organiza noua lume globală post-statală a sec. XXI) să genereze *mecanisme de răspundere globală a instituțiilor de guvernare globală și de auto-limitare a acestora*, într-o regândire a teoriei echilibrului între puteri la nivel global (luând în calcul și alți actori globali capabili să genereze forme de control civil asupra acestor instituții, precum mass media globală, opinia publică globală *lato sensu*, diferite ONG-uri globale etc.).

Acest supra-stat global, organizat *pe principiul democratic de funcționare* ar trebui să *apere interesele majorității cetățenilor cosmopolitani* și nu interese particulare sau minoritare (un grup al oligarhilor, un regim de plutocrați care ar deține, în virtutea puterii lor financiare, pârghiile puterii globale și ar influența astfel, în beneficiu propriu, instituțiile globale de guvernare, generând forme de autoritarism la nivel global). Dacă vom concepe în ordinea cosmopolitană o organizare a puterii în forme post-statale (luând în calcul inclusiv formarea unui supra-stat global, cu niveluri compozite, inferioare, de putere, precum supra-statele regionale) ar însemna o organizare a nivelului global de guvernare printr-un *aparat instituțional* capabil să pună în executare *o forță de constrângere materială acceptată ca legitimă* de cetățenii cosmopolitani și controlată *prin mecanisme de democrație autentică participativă*.

Puterea globală (în modelul ierarhic supra-statal, de guvernare globală) ar însemna să fie unică, deci, *înlăturând puterea de stat* (producându-se astfel, *trecerea istorică de la lumea westphaliană la lumea globală*). Ipoteza *coexistenței pașnice* între cele două lumi ar fi una *tranzitorie*, deoarece nu se pot concepe două tipuri de puteri rivale, *ambele proclamându-și unicitatea*, precum cea generată de state (ca suverane) și cea generată de indivizi (ca suverani, guvernând la nivel global prin mecanisme și instituții directe, dar și reprezentative). *Nu putem admite că nivelul global de guvernare să genereze o putere a sa, în detrimentul indivizilor și luată de la state* (prin teoria atribuirii de competențe care, în final, golesc de conținut suveranitatea statelor).

Cum lumea westphaliană nu admite vreo autoritate superioară statelor (însăși UE fiind constituită printr-un artificiu juridic, al cedării de comun acord, de către statele membre, a unor atribute, pentru a le gestiona în comun tot statele, la un nivel superior – artificiu juridic *ce nu explică apariția și consolidarea unor forme suprastatale de putere, pre-cosmopolitane*, care *exclud nivelul statului*, construind o relație politică *directă* cu cetățenii statelor membre UE), rezultă că lumea cosmopolitană post-statală se poate constitui *prin modul (legitim) al considerării individului ca sursă a puterii*, ea organizându-se la nivel global prin instituții și mecanisme ce sunt *purtătoarele legitime*

ale acestei puteri (de unde, conceptul de suveranitate umană, în locul suveranității de stat). *S-ar pune din nou accentul pe sensul originar al suveranității* (cel din sec. XV, când desemna poziția regelui în ierarhia feudală, *adică evocă situația omului care este deasupra ierarhiei*, nu are pe nimeni deasupra sa, nu este subordonat nimănui³²).

Suveranitatea umană ar fi acea poziție de supremație a individului în ierarhia lumii globale, care exprimă *calitatea sa de ființă umană liberă și demnă, în raport cu oricare actor global* (statal sau non-statal), calitate juridică ce îi conferă *dreptul său de a fi tratat ca un cetățean cosmopolitan cu deplină personalitate juridică la nivel global, dar și calitatea sa de a delega, în mod liber, ca o consecință a suveranității sale, anumite attribute nivelului guvernării globale, necesare înfăptuirii democrației reprezentative cosmopolitane*.

Ca putere suverană, *individul deține o poziție supremă în ordinea de drept cosmopolitan, deci nu poate fi considerat supus al instituțiilor globale de guvernare, ci un cetățean cosmopolitan care deține, în raport cu aceste instituții, sursa primară de putere și pe care o poate delega în mod liber, instituțiilor globale sau pe care o poate exercita direct* prin mecanismele democrației participative cosmopolitane. Puterea suverană a individului în ordinea post-statală a sec. XXI semnifică și faptul că *persoana umană este privită ca supremă în raport cu orice construcție, statală sau nu*, prin urmare *instituțiile globale* cărora le delegă temporar și condiționat (sub respectarea normelor de drept cosmopolitan) unele atribuții necesare funcționării ordinii politico-juridice cosmopolitane *nu sunt superioare în raport cu indivizii, ci sunt reprezentantele acestora*. Edictarea regulilor obligatorii pentru cetățenii cosmopolitani, de către aceste instituții globale (parlament global, de exemplu), se face în temeiul delegării, de către cetățeni, a exercițiului unor attribute decizionale către aceste instituții, aflate și ele într-un mecanism democratic de inter-relaționare și de echilibrare permanentă în super-statul global. *În ordinea post-westphaliană nu mai este relevantă distincția suveranitate externă – suveranitate internă, deoarece acestea privesc două laturi ale unui singur fenomen, într-o lume globală, în care frontierele statale au pierdut relevanța lor din sec. XX*.

Suveranitatea umană exprimă și fenomenul de *consolidare a regimului internațional de protecție a drepturilor omului*, care devine, în ordinea de drept cosmopolitan, *un regim juridic global, a cărui aplicare este lăsată în seama instituțiilor globale de protecție a drepturilor omului* (instituții cu regimuri juridice mult consolidate în raport cu actualele instituții internaționale de apărare a drepturilor omului).

Afirmarea suveranității unui individ presupune respectarea suveranității celorlalți indivizi, care sunt egali în drepturi. Suveranitatea umană vine să dea un conținut juridic concret ideii de *ordine cosmopolitană*, în care toate ființele umane sunt libere, egale în drepturi și acționează pe baza unui respect mutual³³.

Suveranitatea umană demonstrează *revenirea dreptului la matca sa originară*, de care s-a desprins în aventura și în apologizarea unei entități abstracte, considerate superioare individului, precum statul-națiune. În ordinea cosmopolitană, ca ordine

³² G. Vrabie, *op. cit.*, p. 69-70.

³³ L. Martell, *Cosmopolitanism and Global Politics*, Political Quarterly 18, 4, Autumn 2011, www.sussex.ac.uk, accesat la data de 9.01.2015. G.L. Ribeiro, *What is Cosmopolitanism*, Department of Anthropology, University of Brasilia, www.vibrant.org.br, accesat la data de 9.01.2015. De asemenea, a se vedea *Cosmopolitanism* – <http://en.wikipedia.org/wiki/Cosmopolitanism>.

postmodernă, în alte variante de dezvoltare a acesteia, putem să găsim suveranitatea umană *alături de alte tipuri de suveranități, putând vorbi chiar de un fenomen al multiplicării și co-existenței între suveranități* (specific epocii medievale imperiale din regiunea europeană, precum Sfântul Imperiu Romano-German³⁴). Trăsăturile consacrate pentru lumea statului-națiune (supremație teritorială, indivizibilitate, inviolabilitate, unicitate³⁵) tind să se estompeze în lumea compozită și post-statală a sec. XXI.

3. Persoana umană, subiect de drept cosmopolitan: o regândire a conceptului suveranității din perspectiva persoanei umane și a societății globale post-statale

În ceea ce privește noțiunea de „cosmopolitan”, ar trebui să amintim aici și contribuția *școlii de la Frankfurt*³⁶ (a teoreticienilor critici, dezvoltată în jurul gânditorului Jurgen Habermas³⁷), care susținea că „are loc o democratizare a relațiilor internaționale contemporane” și introducea sintagma de „*democrație cosmopolitană*”.

Alți autori, care au preluat această sintagmă (David Held, Daniele Archibugi³⁸, în Kjaeler/2004)³⁹ consideră că această stare a societății globale poate fi atinsă în raport cu realizarea și consolidarea anumitor nivele: întărirea nivelului de integrare regională (UE), o societate civilă constituită și aleasă la nivelul instituțiilor internaționale, dezvoltarea nivelului global de guvernare (resurse proprii, capacitate proprie de administrare), o consolidare a unor instituții internaționale existente ce privesc raportul juridic direct individ-ordinea juridică internațională (Curtea Penală Internațională, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Curtea Internațională de Justiție), care să fie transformate în jurisdicții obligatorii și având capacitate de sancționare; o reformă a Consiliului de Securitate ONU (extinderea calității de membru și la alte state, eliminarea veto-ului); constituirea unei forțe militare internaționale distincte de nivelul statelor și de capacitatea lor de a o controla; creșterea nivelului de transfer a capacității coercitive de la state la instituții globale și regionale⁴⁰.

David Held (citât în Colas/2002) consideră mișcările sociale transnaționale ca un mediator între instituțiile guvernării globale și democrația cosmopolitană. Tot acest autor privește conținutul sintagmei ca vizând „o împletire de roluri între instituțiile politice și agențiile constituite de societățile civile, de cele naționale sau internaționale”⁴¹.

În acest fel, democrația cosmopolitană se conectează cu sintagme precum: „guver-

³⁴ Este vorba de suveranitatea marilor puteri (înțeleasă mai larg decât cea a celorlalte state incluse în Sfântul Imperiu German), Franța și Suedia, care își rezervau dreptul de a veghea la menținerea egalității religiilor, consacrată prin tratatul de la Westphalia. Deci, în chiar tratatul de la Westphalia/1648 găsim o ierarhizare între marile puteri și celelalte state, în ciuda înscrierii principiului egalității între statele germane și statele membre ale Sfântului Imperiu. – a se vedea G. Geamănu, *op. cit.*, p. 157-158.

³⁵ G. Geamănu, *op. cit.*, p. 143.

³⁶ Teoria critică/postmodernistă în relațiile internaționale. A se vedea G. Evans, J. Newnham, *op. cit.*, p. 116-118.

³⁷ *Ibidem*, p. 117. De asemenea, a se vedea și: M.-C. Smouts, D. Battistella, P. Vennesson, *Dictionnaire des relations internationales*, Paris, Dalloz, 2006, p. 106-107; V. Pușcaș, *Relații internaționale /transnaționale*, Ed. Sicron, Cluj-Napoca, 2005, p. 36.

³⁸ Citați în V. Pușcaș, *op. cit.*, p. 190-191.

³⁹ *Ibidem*, p. 190.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 190-191.

⁴¹ *Ibidem*, p. 191.

narea globală”, „instituțiile globale”, „societate civilă globală”, „nivel global de guvernare și administrare a resurselor”, „integrare regională”. Toate aceste sintagme prin care autorii sus-menționați privesc sintagma de „democrație cosmopolitană” *au prea puțină legătură cu individul și cu ideea de democrație*, mergând mai degrabă către întărirea unui *nivel global de guvernare suprapus celui inter-statal, deci, spre construirea unui model ierarhic, piramidal, global de organizare, depărtat de individ și de posibilitatea reală ca acesta, prin mecanisme autentic democratice, să poată controla sau alege reprezentanții ce operează la nivelul supra-statal de guvernare. Aici, guvernarea globală se asimilează unui nivel supra-statal de guvernare* (ceea ce nu este admis în dreptul internațional actual), dar *care nu privește* (în afara de afectarea suveranității statelor) *nici crearea unei suveranități a individului și nici constituirea de mecanisme democratice supra-statale* care să restrângă prerogativele de putere globală ale actorilor non-statali (instituții financiare sau bancare transnaționale, corporații, mari puteri, grupuri de mari puteri operând după reguli supra-statale, prin eludarea sau depășirea dreptului internațional). *În lipsa unor mecanisme democratice reale de la nivelul global, democrația cosmopolitană riscă să devină o sintagma goală de conținut*, prin care s-ar acorda puterea superioară statelor, unor actori non-statali, fără ca să li se prevadă și o *responsabilitate globală adecvată* sau organisme cu atribuții de a controla acești actori globali după regulile democratice.

Chiar dacă s-ar înființa în sec. XXI, o *cetățenie internațională* (sau globală), care să facă din individ un *cetățean al unei societăți globale ce îl recunoaște ca subiect de drept și ca subiect al unei politici globale* (având o serie de drepturi politice specifice, în virtutea unui raport politic ce îl leagă direct de nivelul global de guvernare), *absența normelor democratice la nivelul de guvernare globală ar duce la o formă de totalitarism global în care instituțiile globale ar dispune de o putere nelimitată, neîngrădită prin legi cosmopolitane adecvate și deci, ar deschide calea unui abuz de putere ce privește nu doar raportul cu statele, cu indivizii – ca și cetățeni globali, dar însăși umanitatea în sine.*

Dezvoltarea unui nivel de guvernare globală fără a se dezvolta în paralel și regimuri juridice globale de tip democratic, menite a limita legal atribuțiile unor astfel de instituții globale, ar reprezenta *modele totalitariste de guvernare globală*, lăsând sintagma „democrație cosmopolitană” fără un conținut real.

Alți autori, când folosesc termenul de „*cultură cosmopolitană*” au în vedere capacitatea oamenilor (generată de traiul într-o societate globală) de a gândi global și de a acționa local⁴². De conceptul actual de „*cultură cosmopolitană*” se leagă și ideea noului regionalism, a integrărilor regionale ce generează pe alocuri, structuri originale, cu certe elemente suprastatale (UE). De asemenea, alți autori avertizează să nu confundăm *cosmopolitanismul* (o stare în care toate persoanele sunt respectate și egale în sistemul internațional contemporan) cu *comunitarismul* (care se referă la o legătură politică, de cetățenie, prin care tot mai mulți indivizi se definesc în relație cu o comunitate specifică)⁴³.

Unele concluzii

⁴² D. Held, D. Archibugi, citați în Vasile Pușcaș, *op. cit.*, p. 190-192.

⁴³ V. Pușcaș, *op. cit.*, p. 193.

Rămâne de văzut dacă sistemul internațional contemporan admite (sau este compatibil cu) ideea de cosmopolitanism (mult mai legată de conceptul de guvernare globală decât de actualul drept internațional, axat pe statele-națiuni, pe principiul egalității juridice între acestea).

Cosmopolitanismul admite o legătură juridico-politică directă între individ și nivelul de vârf al modelului piramidal de organizare al societății globale din sec. XXI. *Guvernarea globală privește direct individul*, care capătă calitatea de subiect de drept cosmopolitan, în consecință, *are personalitate juridică cosmopolitană, deținând beneficiul unui set de drepturi cosmopolitane* (de pildă, dreptul de a alege reprezentanți în guvernarea globală și de a fi ales în instituțiile guvernării globale, prin proceduri de alegere organizate sub regimuri de drept cosmopolitan, și nu al regimurilor juridice naționale). *Individul ar fi și subiectul unor tipuri de răspunderi directe în plan global* (de unde s-ar consolida nivelul de răspundere individuală pentru terorism internațional, crime împotriva umanității, crime de război), pornind de la actualele moduri de răspundere penală internațională ce au ca subiect individul, în dreptul internațional contemporan.

Așa cum, în ordinea juridică internațională contemporană, statul-națiune reprezintă principalul actor și subiect de drept, dotat cu suveranitate, în dreptul cosmopolitan (organizat realmente în jurul ideii de democrație cosmopolitan) al sec. XXI, *individul devine un subiect de drept cosmopolitan dotat cu suveranitate proprie, aflat într-o relație juridică directă cu instituții globale de guvernare care îi reprezintă interesele, în care poate fi ales prin proceduri uniforme democratice la nivel global, instituții care au o răspundere specifică în raport cu atribuțiile lor și în raport cu indivizii* (pentru combaterea abuzului de putere).

Ideea de *democrație cosmopolitană* privește deci, *o reală limitare a instituțiilor globale de guvernare, precum și o reală comunicare* (prin societatea civilă globală, inclusiv), între nivelul de bază al piramidei de organizare socio-politice (indivizii și comunitățile organice) și *nivelul global de guvernare*. Această conexiune ar fi una *politică* (presupunând cetățenia globală) și *juridică* (presupunând mecanisme concrete de tragere la răspundere a instituțiilor globale de guvernare, de către statele națiune, de către societatea civilă globală și de către indivizi, în mod personal și direct). Nu se poate imagina o *autentică democrație cosmopolitană* (sau globală) în absența unor modalități și mecanisme concrete de tragere a instituțiilor globale la răspundere (inclusiv prin asigurarea *controlului civil asupra forțelor armate globale și ne-privatizarea lor*), de către state și indivizi, de către societatea civilă globală (prin reprezentanții ONG-urilor), în fața unor *instanțe judiciare internaționale imparțiale* (scăpate de sub controlul instituțiilor globale), prin care să se asigure credibilitatea și legitimitatea juridică și politică a acestui model de orânduire social-politică.

Bibliografie:

- Brezeanu, Stelian, *Imperiu universal și monarhie națională în Europa Creștină. Studii de gândire politică medievală*, Ed. Meronia, București, 2005
- Cosmopolitanism, <http://en.wikipedia.org/wiki/Cosmopolitanism>
- Diaconu, Ion, *Tratat de drept internațional public*, vol. 1, Ed. Lumina Lex, București, 2002
- Evans, Graham; Newnham, Jeffrey, *Dicționar de relații internaționale*, trad. de

Anca Irina Ionescu, Ed. Universal Dalsi, București, 2001

- Geamănu, Grigore, *Drept internațional public*, vol. I, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1981

- Gomboș, Stelian, *Contribuția religiei la realizarea stării de securitate*, în antologia *Vorbirea despre Biserică și Stat – între curs și discurs*, Ed. Top Form, București, 2009

- Guilhaudis, Jean-François, *Relations internationales contemporaines*, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2005

- Held, David; McGrew, Anthony; Goldblatt, David; Perraton, Jonathan, *Transformări globale. Politică, economie și cultură*, trad. Ramona-Elena Lupașcu, Adriana Ștraub, Mihaela Bordea, Alina-Maria Turcu, Polirom, Iași, 2004

- Lins Ribeiro, Gustavo, *What is Cosmopolitanism*, Department of Anthropology, University of Brasilia, 2003, www.vibrant.org.br, accesat la data de 9.01.2015.

- Martell, Luke, *Cosmopolitanism and Global Politics*, Political Quarterly 18, 4, Autumn 2011, www.sussex.ac.uk, accesat la data de 9.01.2015.

- Miga-Beșteliu, Raluca, *Drept internațional. Introducere în dreptul internațional public*, Ed. All Beck, București, 1998

- Moca, Gheorghe, *Suveranitatea de stat și dreptul internațional contemporan*, Ed. Științifică, București, 1970

- Muraru, Ioan; Tănăsescu, Simina, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. II, Ed. All Beck, București, 2003

- Pușcaș, Vasile, *Relații internaționale/transnaționale*, Ed. Sicron, Cluj-Napoca, 2005

- Smouts, Marie-Claude; Battistella, Dario; Vennesson, Pascal, *Dictionnaire des relations internationales. Approches, Concepts, Doctrines*, Dalloz, Paris, 2006

- Takacs, Ludovic; Niciu, Marțian, *Drept internațional public*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1976

- Vrabie, Genoveva, *Drept constituțional și instituții politice contemporane*, Ed. Ștefan Procopiu, Iași, 1993

MEDIATION IN ROMANIA - A FORM OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*

*Alexandru-Cristian ROȘU**
Andrei-Alexandru GALAN****

Abstract

Mediation is seen today as an alternative dispute resolution capable of solving in a proper manner different conflicts. It is significant because during time, it showed how easy, unexpansive and in a peaceful manner a dispute can be solved out.

The Law of Mediation was enforced in Romania in 2006 and had an amendment in 2009. In Romania, mediation can be applied as a matter of principle in practically every type of conflict being an optional procedure. The law enforcement established special provisions regarding mediation in certain law fields especially related to penal conflicts, civil conflicts, family conflicts and, recently, labour conflicts.

Keywords: mediation in Romania, alternative dispute resolution, mediation principles, laws, confidentiality, non-adversarialism

Mediation is an effective way of resolving disputes without the need to go to court. It is frequently used in law, as a form of alternative dispute resolution (ADR), a way of resolving disputes between two or more parties with concrete effects. Typically, a third party, the mediator, who is an independent party, assists the parties to negotiate a settlement. Disputants may mediate disputes in a variety of domains, such as commercial, legal, diplomatic, workplace, community and family matter, consumer disputes, contract disputes, family disputes, neighborhood disputes etc.

The role of the mediator is to help parties reach a solution to their problem and to arrive at an outcome that both parties are happy to accept. Mediators avoid taking sides, making judgements or giving guidance. They are simply responsible for developing effective communications and building consensus between the parties. The focus of a mediation meeting is to reach a common sense settlement agreeable to both parties in a case. Mediation is a voluntary process and will only take place if both parties agree. It is a confidential process where the terms of discussion are not disclosed to any party outside the mediation hearing.

If parties are unable to reach agreement, they can still go to court. Details about what went on at the mediation will not be disclosed or used at a court hearing. Mediation is seen under the Romanian legislation as a way of amicable settlement of conflicts, with the

* The article has been supported by scientific research within the project entitled "**PRACTICAL SCHOOL: Innovation in Higher Education and Success on the Labour Market**", project identified as POSDRU/156/1.2/G/132920. The project is co-financed by the European Social Fund through the Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. Investing in people!

** Asist. univ. drd. Universitatea Româno-Americană, București, România; e-mail: alexandru_red@yahoo.com.

*** Universitatea Româno-Americană, București, România; email: andrei.alexandru91@yahoo.com.

support of a third party specialised as a mediator, in terms of neutrality, impartiality, confidentiality and with the free consent of the parties. Mediation relies on the trust which the parties invest in the mediator, as a person capable to facilitate negotiations between them and to provide them with support for the settlement of the conflict, by reaching to a mutually convenient, efficient and durable solution¹. Mediation has a long tradition as a method of alternative dispute resolution. The activity of mediation appeared in very ancient times. Historians located early cases in Phoenician commerce. The practice developed in Ancient Greece (which knew the non-marital mediator as a *proxenetes*), then in Roman civilization. (Roman law, starting from Justinian's Digest of 530-533 CE) recognized mediation. The Romans called mediators by a variety of names, including *internuncius*, *medium*, *intercessor*, *philantropus*, *interpolator*, *conciliator*, *interlocutor*, *interpres*, and finally *mediator*².

In Romania, The Mediation Council was established by Law 192/2006 on mediation, which is responsible for supervising mediation. It is an autonomous legal entity which acts in the public interest and has its headquarters in Bucharest. Law 192/2006 provided the legislative framework for the introduction of mediation, within which the mediation profession operates. Until the beginnings of mediation in Romania, the concept of Alternative Dispute Resolution has been barely known. In 2008, the first authorized mediators register appeared, counting now more than 1000 mediators. Beside these, at least other 1000 mediator have been trained for the past years.

The Law of Mediation enforced in 2006 had a recent amendment in 2009, and a new amendment is pending. In Romania, mediation can be applied as a matter of principle in practically every type of conflict being an optional procedure. The law enforcement established special provisions regarding mediation in certain law fields especially related to penal conflicts, civil conflicts, family conflicts and, recently, labour conflicts.

The parties may apply to mediation before or after a trial has been pursued, and they have the right to solve through mediation any conflict regarding any of their rights. A recent provision stipulates that the law enforcement bodies are bound to inform the parties on the existence on mediation procedure and its benefits. In accordance with Article 12 of Law 192/2006, authorised mediators are registered in the "Panel of Mediators" managed by the Mediation Council and published in the Romanian Official Journal, Part I. The "Panel of Mediators" is also available from the official websites of the Mediation Council and of the Ministry of Justice. The list of authorised mediators contains information on:

- Their membership to professional associations,
- The institution from which they graduated,
- The mediation training programme they followed,
- Foreign languages in which they are able to conduct mediation services,
- Their contact details.

The Mediation Council is legally obliged to regularly update – at least once a year – the **Panel (List) of mediators**, and to communicate updates to the courts, to local government authorities, and to the Ministry of Justice³.

¹ Art. 1 in Law no. 192/2006 published in OFFICIAL GAZETTE OF ROMANIA NO 441 of 22 May 2006

² <http://en.wikipedia.org/wiki/Mediation>

³ https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ro-en.do?member=1

The principles that are applying to Romanian mediation activity are:

I. Conflict prevention. Mediation can anticipate difficulties between parties before conflict emerges. Complaint handling and management is a conflict prevention mechanism designed to handle a complaint effectively at first contact, minimising the possibility of a dispute. One term for this role is “dispute preventer”

II. Confidentiality and Non-discrimination. One of the hallmarks of mediation is that the process is strictly confidential. Two competing principles affect confidentiality. One principle encourages confidentiality to encourage people to participate, while the second principle states that all related facts should be available to courts. The mediator must inform the parties of their responsibility for confidentiality. Steps put in place during mediation to help ensure this privacy include:

1. All sessions take place behind closed doors.
2. Outsiders can observe proceedings only with both parties' consent.
3. The meeting is not recorded.
4. Publicity is prohibited.

Confidentiality is a powerful and attractive feature of mediation. It lowers the risk to participants of disclosing information and emotions and encourages realism by eliminating the benefits of posturing. In general, information discussed in mediation cannot be used as evidence in the event that the matter proceeds to court, in accord with the mediation agreement and common law. Few mediations succeed unless the parties can communicate fully and openly without fear of compromising a potential court case. The promise of confidentiality mitigates such concerns. Organisations often see confidentiality as a reason to use mediation in lieu of litigation, particularly in sensitive areas. This contrasts with the public nature of courts and other tribunals. However mediation need not be private and confidential. In some circumstances the parties agree to open the mediation in part or whole. Laws may limit confidentiality. For example mediators must disclose allegations of physical or other abuse to authorities. The more parties in a mediation, the less likely that perfect confidentiality will be maintained. Some parties may even be required to give an account of the mediation to outside constituents or authorities. The mediation services shall be provided equally for all persons, with no distinction as to race, skin colour, nationality, ethnic origin, language, religion, gender, opinion, political adherence, property or social origin⁴.

III. Non-adversarialism. Non-adversarialism is based on the actual process of mediation. It treats the parties as collaborating in the construction of an agreement. By contrast, litigation is explicitly adversarial in that each party attempts to subject the other to its views. Mediation is designed to conclude with an agreement rather than a winner and loser. Neutrality is a main condition for the mediator, a *sine qua non* condition. The mediator should be by excellence an impartial intermediary with no prejudgements⁵.

⁴ Art. 3 in Law no. 192/2006 published in Official Gazette of Romania no 441 of 22 may 2006.

⁵ Boncu St., *Negocierea și medierea, Perspective psihologice*, Ed. Institutul European, Bucharest, 2006 p. 182.

IV. Responsiveness reflects the intent to allow the parties to craft a resolution outside of the strict rules of the legal system. A responsive mediation process also is informal, flexible and collaborative.

V. Self-determination and party autonomy allow and require parties to choose the area of agreement, rather than ceding the decision to an outside decision-maker such as a judge. This turns the responsibility for the outcome onto the parties themselves⁶.

Regarding the right of the mediators, the mediator has the right to inform the public about the pursuit of his business, in compliance with the principle of confidentiality. The conditions under which the mediator may advertise his profession are established by regulations. The mediator shall be entitled to receive payment of a fee established by negotiation with the parties and to the refund of costs incurred by mediation. The mediator conducts the mediation because he has the expertise in doing this kind of activities⁷.

The fee must be reasonable and consider the nature and object of the conflict. For the activity of information and counselling of the parties with regard to the mediation procedure and its advantages, performed according to the law prior to the conclusion of the mediation contract, the mediator can not claim any fee. Each mediator shall have the right to apply its own model of organization of the mediation procedure, in compliance with the provisions and principles stated in this Law. The mediator shall have the right to refuse acceptance of a case, being bound by the obligation to advise and guide the parties to choose a different mediator. The professional registered office of the mediator shall be inviolable.

Searches at the professional registered office of the mediator may be ordered only by a judge and shall be conducted by the prosecutor or by the criminal investigation body, as provided in the Criminal Procedure Code.

The mediator has the obligation to give any explanations to the parties with regard to the mediation activity, so that they understand the purpose, limitations and effects of mediation, mostly as concerns the relations subject to the conflict.

The mediator shall ensure that mediation takes place in respect for freedom, dignity and privacy of the parties.

The mediator shall have the duty to make all arrangements so that the parties reach a mutually convenient agreement within a reasonable time and must conduct the mediation process in an unbiased manner and provide a permanent balance between the parties.

The mediator shall be bound by the obligation to refuse to take a case, if he is aware of any circumstances that would prevent them from being neutral and impartial, as well as if it finds that the rights in question may not be subject to mediation.

The mediator shall keep confidentiality on the information that he becomes aware in the course of his mediation activity, as well as on the documents prepared or that have been handed over to him by the parties during mediation, even after his office has ceased.

The mediator shall be required to observe the rules of ethics and respond to requests made by the judicial authorities.

⁶ <http://en.wikipedia.org/wiki/Mediation#Philosophy>.

⁷ Bowling D., Hoffman D., *Psihologia mediatorului*, Ed. Trei, Bucharest, 2012, p. 73.

The mediator shall be required to permanently improve the knowledge and techniques of mediation, by attending, to this end, training courses, under the terms established by the Mediation Council.

The mediator shall be required to return the documents that have been entrusted to him by the parties during the mediation procedure.

The mediator may not represent or assist any party in judicial proceedings or arbitration proceedings having as object the conflict under mediation.

The mediator can not be heard as a witness in relation to the facts or acts that he became aware of during the mediation procedure. In criminal cases the mediator may be heard as a witness only if it has obtained the prior, express and written consent of the parties and, where appropriate, of the other parties concerned. The status of witness takes precedence over that of mediator, as regards the facts and circumstances of which he was aware before becoming a mediator in that case. In all cases, after being heard as a witness, the mediator may no longer conduct mediation in that case.

Bibliography:

1. Bowling D. and Hoffman D. – Psihologia mediatorului
2. Boncu St. – Negocierea și medierea, Perspective psihologice
3. Law no. 192/2006
4. <http://en.wikipedia.org/wiki/Mediation>
5. <http://en.wikipedia.org/wiki/Mediation#Philosophy>
6. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ro-en.do?member=1

MEDIEREA ÎN ROMANIA – O FORMĂ ALTERNATIVĂ DE SOLUȚIONARE A LITIGIILOR*

Alexandru-Cristian ROȘU**
Andrei-Alexandru GALAN***

Rezumat

Medierea este văzută astăzi ca o metodă desoluționare alternativă a litigiilor, capabilă de a rezolva în mod corespunzător diferite conflicte. Este importantă pentru că, în timp, a arătat cât de ușor, ieftin și într-un mod pașnic un litigiu poate fi rezolvat.

Legea medierii a fost adoptată în România în 2006 și a avut un amendament în 2009. În România, medierea poate fi aplicată ca o chestiune de principiu în aproape orice tip de conflict, fiind o procedură opțională. Legea stabilește dispoziții speciale privind medierea în anumite domenii de drept în special legate de conflicte penale, conflicte civile, conflicte de familie și, recent, conflicte de muncă.

Cuvinte-cheie: Medierea în România, soluționarea alternativă a litigiilor, principii de mediere, legi, confidențialitatea, non-adversarialism

Medierea este o modalitate eficientă de soluționare a litigiilor fără a fi nevoie de apelarea la o instanță pentru rezolvarea diferendului. Acesta este prevăzută de legislația românească ca o formă de soluționare alternativă a litigiilor (ADR), o modalitate de soluționare a litigiilor între două sau mai multe părți, cu efecte concrete. În mod obișnuit, o terță parte, mediatorul, care este o persoană independentă, ajută părțile să negocieze o înțelegere. Persoana care ia parte la dezbatere poate să medieze disputele într-o varietate de domenii, cum ar fi comerciale, juridice, diplomatice, la locul de muncă, sociale și probleme de familie, litigiile de consum, dispute contractuale, disputele de familie, litigii de vecinătate etc.

Rolul mediatorului este de a ajuta părțile să ajungă la o soluție pentru problema lor și deci la atingerea la un rezultat pe care ambele părți sunt fericite să îl accepte. Mediatorii evită poziționarea lor în favoarea unei părți, de a emite judecăți sau de a da îndrumări. Ei sunt pur și simplu responsabili pentru dezvoltarea comunicării eficiente și realizarea unui consens între părți. Punctul central al unei reuniuni de mediere este de a ajunge la un consens, de comun acord cu ambele părți într-o cauză.

* The article has been supported by scientific research within the project entitled "**PRACTICAL SCHOOL: Innovation in Higher Education and Success on the Labour Market**", project identified as POSDRU/156/1.2/G/132920. The project is co-financed by the European Social Fund through the Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. Investing in people!

Articolul a fost susținut de către cercetarea științifică în cadrul proiectului intitulat : "**Școala de Practică : Inovare în Învățământul Superior și de Succes pe Piața Muncii** ,, proiect identificat ca POSDRU/156/1.2./G/132920. Proiectul este co-finanțat de Fondurile Sociale Europene prin Programul Operațional Sectorial pentru Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013 – : *Investește în oameni!*

** Asist. univ. drd. Universitatea Româno-Americană, București, România; e-mail: alexandru_red@yahoo.com.

*** Universitatea Româno-Americană, București, România; e-mail: andrei.alexandru91@yahoo.com.

Medierea este un proces voluntar și va avea loc numai în cazul în care ambele părți sunt de acord. Este un proces confidențial în care condițiile de discuție nu sunt dezvăluite niciuneia dintre părți din afara ședinței de mediere.

Dacă părțile nu pot ajunge la un acord, ele pot merge în continuare la instanța de judecată. Detaliile legate despre ce s-a întâmplat în cadrul întâlnirilor de mediere nu vor fi dezvăluite sau folosite la o ședință de judecată.

Medierea este văzută în conformitate cu legislația românească ca o modalitate de soluționare pe cale amiabilă a conflictelor, cu sprijinul unui terț specializat în calitate de mediator, în ceea ce privește neutralitatea, imparțialitatea, confidențialitatea și cu acordul liber exprimat al părților. Medierea se bazează pe încrederea prin care părțile o investesc în mediator, ca persoană capabilă să faciliteze negocierile dintre ei și să le ofere sprijin pentru soluționarea conflictului, prin atingerea a unei soluții reciproc convenabile, eficiente și durabile¹.

Medierea are o tradiție îndelungată ca metodă de soluționare alternativă a litigiilor. Activitatea de mediere a apărut încă din cele mai străvechi timpuri. Istoricii au identificat cazuri în comerțul fenician. S-a dezvoltat în mod practic în Grecia antică (cunoscut ca mediatorul non-marital numit proxenetes), apoi în civilizația romană. (Dreptul roman, pornind de la ghidul lui Iustinian 530-533 CE) recunoscând medierea. Romanii aveau o varietate de nume pentru mediatori incluzând următoarele de exemplu internuncius, mediu, mijlocitor, philanthropus, interpolator, conciliator, interlocutor, interpret, și în cele din urmă mediator².

În România, Consiliul de Mediere a fost instituit prin Legea nr. 192/2006 privind medierea, organism ce este responsabil pentru supravegherea medierii. Este o entitate juridică autonomă care acționează în interes public și are sediul în București.

Legea nr. 192/2006 asigură cadrul legislativ pentru introducerea medierii, în care funcționează profesia de mediere. Încă de la începutul medierii în România, conceptul de soluționare alternativă a litigiilor a fost puțin cunoscut.

În 2008, a apărut primul registru al mediatorilor autorizați, numărând acum peste 1000 de mediatori. Pe lângă acestea, cel puțin alți 1000 de mediator au fost instruiți în ultimii ani.

Legea medierii aplicată în anul 2006 au avut parte de o modificare în cursul anului 2009, și de un nou amendament care este încă în curs. În România, medierea poate fi aplicată ca o chestiune de principiu în aproape fiecare tip de conflict fiind o procedură opțională. Aplicarea legii stabilește dispoziții speciale privind medierea în anumite domenii de drept, în special legate de conflicte penale, conflicte civile, conflicte de familie și, recent, conflicte de muncă.

Părțile pot apela la mediere înainte sau după ce un proces a fost început, și au dreptul de a rezolva prin mediere orice conflict cu privire la oricare dintre drepturile lor. Legea stabilește că organele de drept sunt obligate să informeze părțile cu privire la existența procedurii de mediere și avantajele sale. În conformitate cu art. 12 din Legea nr. 192/2006, mediatorii autorizați sunt înregistrați în „Tabloul de mediatori” administrat de Consiliul de mediere și publicat în Monitorul Oficial Român, Partea I. „Tabloul

¹ Art. 1 din Legea nr. 192/2006 publicată în M. Of. nr. 441 în 22 mai 2006.

² <http://en.wikipedia.org/wiki/Mediation>

mediatorilor” este, de asemenea, disponibil pe site-uri oficiale ale Consiliului de mediere și al Ministerului Justiției. Lista mediatorilor autorizați conține informații cu privire la:

- apartenența lor la asociațiile profesionale,
- instituția la care au absolvit,
- programul de formare în mediere pe care l-au urmat,
- limbile străine în care aceștia sunt în măsură să efectueze servicii de mediere,
- datele de contact ale acestora.

Consiliul de mediere are obligația legală de a actualiza periodic – cel puțin o dată pe an – **Tabloul (lista) de mediatori**, și să comunice actualizările instanțelor, autorităților administrației publice locale, precum și Ministerului de Justiție³.

Principiile care se aplică pentru activitatea de mediere România sunt:

I. Prevenirea conflictelor. Medierea poate anticipa dificultățile între părți înainte să apară un conflict. Manipularea și gestionarea conflictului este un mecanism de prevenire a conflictelor proiectat să se ocupe de conflicte în mod eficient încă de la primul contact, minimizând posibilitatea de a exista un litigiu. Acesta este un rol pe termen lung pentru "Prevenirea disputelor".

II. Confidențialitatea și nediscriminarea. Unul dintre semnele distinctive ale medierii este că procesul este strict confidențial. Două principii concurente afectează confidențialitatea. Un principiu încurajează confidențialitatea pentru a încuraja oamenii să participe, în timp ce al doilea principiu este condiționat de faptul că toate faptele conexe ar trebui să fie disponibile în cadrul instanțelor. Mediatorul trebuie să informeze părțile în legătura responsabilitatea lor de a păstra confidențialitatea.

Pașii de urmat în timpul medierii pentru a asigura confidențialitatea includ :

1. Toate ședințele de mediere trebuie să aibă loc cu ușile închise.
2. Alte persoane pot observa procedurile doar cu consimțământul ambelor părți.
3. Întâlnirea nu este înregistrată.
4. Publicitatea este interzisă.

Confidențialitatea este o caracteristică puternică și atractivă a medierii. Aceasta reduce riscul participanților de a dezvălui informații și emoții și încurajează realismul prin eliminarea beneficiilor de a fi puși într-o anumită situație. În general, informațiile discutate în cadrul medierii nu pot fi folosite ca probă în cazul în care litigiul se continuă până în instanță, în conformitate cu acordul de mediere și dreptul comun. Puține medieri reușesc chiar dacă părțile pot comunica deschis, fără teama de a compromite un caz potențial în instanță. Promisiunea de confidențialitate atenuează astfel de preocupări. Organizațiile, de obicei, văd confidențialitatea ca un motiv important pentru a apela la mediere, în locul instanței, în special în zonele sensibile. Acest lucru contrastează cu caracterul public al instanțelor judecătorești și a altor tribunale. Pe de altă parte medierea are nevoie de a nu fi privată și nici confidențială. În anumite cazuri părțile decid să deschidă procedura medierii în total sau în parte. Legile pot limita confidențialitatea. De exemplu, mediatorii trebuie să prezinte acuzațiile de abuz fizic sau alte abuzuri, autorităților. Cu cât sunt mai multe părți participante la mediere, cu atât este mai greu de menținut confidențialitatea.

³ https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ro-en.do?member=1

Serviciile de mediere sunt furnizate în mod egal pentru toate persoanele, fără deosebire de rasă, culoarea pielii, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, opinie, apartenență politică, avere sau origine socială⁴.

III. Non-contradictorialitatea. Non-contradictorialitatea este bazată pe procesul actual de mediere. Are scopul ca părțile să colaboreze și să încheie un acord. Litigiul este explicația contradictorialității. Fiecare parte implicată are un punct de vedere diferit față de un subiect. Prin mediere se dorește să se încheie un acord, neavând un câștigător sau un învins. Neutralitatea este principala condiție pentru un mediator, o condiție „sine qua non”. Un mediator ar trebui să fie prin excelență un intermediar imparțial lipsit de prejudecăți⁵.

IV. Capacitatea de reacție și răspuns reflectă intenția de a permite părților să ajungă la o proprie soluție în afara regulilor stricte ale sistemului legal. Procedura medierii, de asemenea, este informativă, flexibilă și se bazează pe colaborare⁶.

V. Autodeterminarea și autonomia părților permit părților să aleagă modalitatea de acord, mai degrabă decât cedarea luării deciziei de o altă persoană neimplicată, cum ar fi un judecător. Astfel, responsabilitatea rezultatului revine părților.

Cu privire la drepturile mediatorului, mediatorul are dreptul de a informa publicul despre exercitarea funcției sale, în conformitate cu principiul confidențialității. Condițiile în care mediatorul poate face publicitate profesiei sale sunt stabilite prin reglementări. Mediatorul are dreptul de a primi plata unui onorariu stabilit prin negociere cu părțile și la rambursarea costurilor suportate de mediere. Mediatorul conduce medierea pentru că are experiența în acest tip de activități⁷.

Onorariul trebuie să fie rezonabil și să ia în considerare natura și obiectul conflictului. Pentru activitatea de informare și consiliere a părților cu privire la procedura de mediere și avantajele sale, efectuată în conformitate cu legea, înainte de încheierea acordului de mediere, mediatorul nu poate impune o taxă. Fiecare mediator are dreptul să aplice propriul model de organizare a procedurii de mediere, în conformitate cu prevederile și principiile enunțate în lege, mediatorul are dreptul de a refuza acceptarea unui caz, fiind obligat să îndrume părțile să aleagă un mediator diferit. Sediul social al mediatorului este inviolabil.

Percheziția la sediul profesional social al mediatorului poate fi dispusă numai de judecător și se efectuează de către procuror sau de către organul de urmărire penală, în conformitate cu Codul de procedură penală.

Mediatorul are obligația de a da explicații părților cu privire la activitatea de mediere, pentru ca ei să înțeleagă scopul, limitările și efectele medierii.

Mediatorul trebuie să se asigure că medierea are loc cu respectarea libertății, demnității și vieții private a părților. Mediatorul are obligația de a face aranjamentele pentru ca părțile să ajungă la un acord reciproc convenabil într-un termen rezonabil și să conducă procesul de mediere în mod imparțial și să ofere un echilibru permanent între părți.

⁴ Art. 3 din Legea nr. 192/2006, publicată în M. Of. nr. 441 din 22 mai 2006.

⁵ Boncu St., *Negocierea și medierea, Perspective psihologice*, Ed. Institutul European, București, 2006 p. 182.

⁶ <http://en.wikipedia.org/wiki/Mediation#Philosophy>

⁷ Bowling D., Hoffman D., *Psihologia mediatorului*, Ed. Trei, București, 2012, p.73.

Mediatorul trebuie să respecte obligația de a refuza un caz, în cazul în care el este conștient de orice circumstanțe care l-ar împiedica să fie neutru și imparțial, precum și în cazul în care constată că drepturile în cauză nu pot face obiectul medierii.

Mediatorul trebuie să păstreze confidențialitatea cu privire la informațiile pe care le primește în cadrul activității sale de mediere, precum și cu privire la documentele întocmite care au fost predate la el de către părți pe parcursul medierii, chiar și după ce își încheie activitatea.

Mediatorul este obligat să respecte normele de etică și să răspundă la solicitările formulate de autoritățile judiciare.

Mediatorul are obligația de a-și îmbunătăți permanent cunoștințele și tehnicile de mediere, prin participarea, în acest scop, la cursuri de formare, în condițiile stabilite de Consiliul de Mediere.

Mediatorul are obligația să restituie documentele ce i-au fost încredințate de părți pe parcursul procedurii de mediere.

Mediatorul nu poate reprezenta sau asista o parte în proceduri judiciare sau arbitrale care au ca obiect conflictul de mediere.

Mediatorul nu poate fi audiat ca martor în legătură cu faptele sau actele de care el a devenit conștient în timpul procedurii de mediere. În cauzele penale, mediatorul poate fi audiat ca martor numai dacă a obținut acordul prealabil, expres și scris al părților și a altor părți implicate.

Statutul de martor are prioritate față de cel de mediator, în ceea ce privește faptele și circumstanțele de care a avut cunoștință înainte de a deveni un mediator în acel caz. În toate cazurile, după ce a fost audiat în calitate de martor, mediatorul nu mai poate desfășura procedura medierii în acel caz.

Bibliografie:

1. Bowling D., Hoffman D., *Psihologia mediatorului*
2. Boncu St., *Negocierea și medierea, Perspective psihologice*
3. Legea nr. 192/2006
4. <http://en.wikipedia.org/wiki/Mediation>
5. <http://en.wikipedia.org/wiki/Mediation#Philosophy>
6. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ro-en.do?member=1

NATIONAL INTEREST IN PROPERTY RESTITUION IN ROMANIA*

*Alexandru- Cristian ROȘU***

Abstract

The issue of property restitution in Romania remains even in XXI Century a challenging legal institution. It has been linked to civil, commercial and even criminal law, as our economy has been affected in a significant way by the property restitution process. Due to the legislation lacks or misinterpretations, Romania has become a subject of criticism regarding property right, more specific regarding the properties that were abusively taken by the state during the communist regime. According to Government estimations, a total of 21 billion euros will be needed to pay the compensation provided for by the compensation law.

Keywords: National interest, property right, compensation measures, laws, restitution of properties, budget cost

The broad concept of national interest reunites the sum of ideals and objectives in areas as economy, military action, culture, politics and social wellbeing in a state, as this notion is often associated with the realistic approach of international affairs.

The components of national interest are expressed through values that translate themselves into real objectives that need to be fulfilled. In order for the objectives to be established, the right means must be chosen and with them, the concrete ways to further proceed. This is accepted both when an initiative is launched by the author of those objectives or when he has to answer to an initiative that is proposed by another, therefore to answer to an external stimuli. The finality of the process consist by identifying an answer (following the same sequel: objective- method- mean) to assure the highest degree of national interest value¹.

Even though this concept is not expressly stated at national level, there a numerous normative acts that refer to it. For example, Government Order no. 57/16.08.2002 regarding scientific research and technological development states that accomplishing national interest will be made through research and development as it represent a national priority for durable development of Romania in order to increase the wellbeing and quality of life as well as enriching national and international wealth of knowledge².

* This paper has been financially supported within the project entitled ***“Horizon 2020 – Doctoral and Postdoctoral Studies: Promoting the national interest through Excellence, Competitiveness and Responsibility in the Field of Romanian Fundamental and Applied Scientific Research”***, contract number POSDRU/159/1.5/S/140106. This Project is co-financed by European Social Fund through Sectoral Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. ***Investing in people!***

** Asist. univ. drd. Universitatea Româno-Americană, București, România; e-mail: alexandru_red@yahoo.com

¹ <http://bogdanmandru.wordpress.com/relatii-internationale-ce-reprezinta-interesul-national/>

² Art. 3 din O.G. nr. 57/2002 privind cercetarea științifică și dezvoltarea tehnologică, publicată în M. Of. nr. 643 din 30 august 2002.

Regarding executive power, the Romanian Presidency, in full concordance with the Supreme Council of Defense's strategy, has elaborated the National Defense Strategy, that states that "The interests, values and national objectives play a central role in defining the national strategy of defense as it offers legitimacy. National interests are continuous and first of all defined through the Romanian Constitution. The national interest are these essential needs and aspirations for affirming national identity and values, existence of the state and assuring it's fundamental functions. National interest are state's national feature, it's sovereignty and independence, unity and indivisibility. Also, we consider to be national interests the republican form of government, justice independency, political pluralism and the Romanian language, given their importance for the country. Defending national interests is considered to be an obligation for each Romanian citizen"³.

According to Samuel Huntington, a national interest is a public asset that concerns all or most of the citizens; a vital national interest is an interest for which they are willing to shed their blood and to spend their wealth. National interest usually combines security and financial aspects as well as moral end ethical aspects.

Looking at Romania's juridical practice in this matter, there are several problems regarding property right and property restitution in the internal legislation.

More exact, there have been a multitude of illegal means that were used for obtaining property rights and real estates properties or financial compensations from the Romanian state.

As we are going through a globalization process, a permanent desire to unify juridical norms is noticed, both at regional and international level. Even though the concept of "State of Law" is normally applicable at national level, in present time there is a global tendency in juridical, economical and public order research regarding this concept.

The international juridical doctrine hasn't yet established a precise definition for the "State of Law" notion. Generally, this is understood as being a political- juridical regime in which the rule of law obliges the state and it's authorities – legislative, executive, juridical- to guarantee fundamental freedoms and order in a predictable way for any democracy. State of Law represents a warranty for state policies as the state must apply fundamental law principles that have been recognized⁴.

State of Law is a system that tries to protect citizen rights against abusive usage of government power, thus being considered as a basic condition for any democratic state.

The recent financial crisis led to an economical and social crisis that seems to lead to a political crisis including European Union to a disorder in democratic states and to an infringement of state of law principles.

Even though the concept of "State of Law" is frequently used by politicians, jurists and other specialists, it appears that it has an evasive meaning⁵, as it leads to controversial conclusions, since everyone accept the existence of the concepts but gives different definitions for it.

³ <http://www.presidency.ro/static/ordine/SNAp/SNAp.pdf>

⁴ *Black's Law Dictionary*, Fifth Edition, p. 1196 (West Publishing Company 1979).

⁵ Tamanaha, Brian Z. (2004). *On the Rule of Law*. Cambridge University Press. p. 9

Separation of state powers regards dividing state power into legislative, executive and judicial power creating a balance and control of this powers for protecting the citizens. The representative democracy principle gives the citizens the right to be equally and directly represented at state power level, the right to participate to the state's democratic life and to have law making initiative. The political decision must be made in an open and transparent way, as close to the citizen interest as possible.

The lawfulness of the public administration implies a relation between legislative and executive powers, independence of justice that functions as a guardian of constitutional rights in relation with state's institutions giving certain juridical guarantees regarding the predictability of judicial ruling and a juridical protection against those rulings, as well as a law making process that national parliament must obey.

Guarantying fundamental rights and equality in front of the law represent a decisive element for any state of law. The basic function for this principle is to protect the individual against any unlawful intrusion of the state, protecting him of any administrative action whenever his freedom is affected. Also, the state has to guarantee the fundamental rights and protection against any illegal actions against an individual.

Giving this context, the necessity of academic debate regarding the promotion of state of law in an ever changing Europe is beyond any doubt. European judges criticized the lack of consistency in our internal legislation as well as a lack of limitation regarding financial compensations that can be given in property restitution matter.

Also, the magistrates have noticed that aside from all this problems, few of juridical decisions have been respected. In the last 15 years, European Judges have solved thousands of cases coming from Romania, as in the current year, 1000 more have been registered. Giving the lack of progress for Romania in this matter, and the numerous cases in which the European Court of Human Rights underlines the problems of our legislation, it becomes obvious that our national interest is affected as Romanian citizens can not find an answer to their juridical problems at national levels.

Beyond juridical details of property restitution process, there are two features that make Romania unique in Central and Eastern Europe: inconsistency in giving compensation or assets to previous owners, as several laws were given in the last decade and created confusion; abusive behavior both at central and local level made possible by laws that can be avoided and non unitary juridical practice, visible in what concerns property restitution proceedings from one county to another⁶.

According to a partial estimation of the Government, more than 2 million requests have been registered regarding property restitution and the value for financing this compensations is 21 billion Euros.

In this context, numerous criminals have tried and succeeded in obtaining real estate properties that should never own.

A famous case in this area is the one of George "Gigi" Becali, who bought half of property rights for the Vernescu House paying 100000 Euros to Aspasia Dumitrescu, aged 73, that claimed to be the sole heir of the first owners of the asset, Vernescu family. Besides Aspasia Dumitrescu, other five more claiming heirs file requests to the Central Authorities asking for the property restoration. In march 2010, the authorities rejected all

⁶ <http://sar.org.ro/wp-content/uploads/2011/08/Policy-memo34.pdf>, p. 1.

requests because the estate had been legally bought by the state and hadn't been nationalized⁷. Thus criminality manifesting in this area includes female criminality, and it shows the complexity of the phenomenon⁸.

Conclusions

It is necessary to make future studies regarding property restitution in Romania since this phenomenon affects a significant percent of individuals and public budget. Romania must reach a coherent policy regarding the property right, as it is a part of E.U. and must follow the European tendencies regarding property right.

Bibliography:

1. Black's Law Dictionary, Fifth Edition, p. 1196 (West Publishing Company 1979).
2. Tamanaha, Brian Z. (2004). *On the Rule of Law*. Cambridge University Press.
3. <http://www.presidency.ro/static/ordine/SNAp/SNAp.pdf>
4. <http://bogdanmandru.wordpress.com/relatii-internationale-ce-reprezinta-interesul-national/>
5. O.G. nr. 57 2002 privind cercetarea științifică și dezvoltarea tehnologică, publicată în Monitorul Oficial nr. 643 din 30 august 2002
6. <http://sar.org.ro/wp-content/uploads/2011/08/Policy-memo34.pdf>,
7. http://ro.wikipedia.org/wiki/Casa_Vernescu
8. Bălășoiu Anca Elena, "WOMEN CRIMINALITY – A COMPLEX ISSUE FOR THE UNIVERSAL PUBLIC ORDER", *Instituții Juridice contemporane în contextul integrării României în Uniunea Europeană, Conferința cu participare internațională*, București, 2012

⁷ http://ro.wikipedia.org/wiki/Casa_Vernescu.

⁸ Bălășoiu A.E., *Women criminality – a complex issue for the universal public order*, *Instituții Juridice contemporane în contextul integrării României în Uniunea Europeană, Conferința cu participare internațională*, București, 2012.

INTERESUL NAȚIONAL ÎN RESTITUIREA PROPRIETĂȚILOR PRELUATE ABUZIV DE STATUL ROMÂN^{*}

*Alexandru-Cristian ROȘU^{**}*

Abstract

The issue of property restitution in Romania remains even in XXI Century a challenging legal institution. It has been linked to civil, commercial and even criminal law, as our economy has been affected in a significant way by the property restitution process. Due to the legislation lacks or misinterpretations, Romania has become a subject of criticism regarding property right, more specific regarding the properties that were abusively taken by the state during the communist regime. According to Government estimations, a total of 21 billion euros will be needed to pay the compensation provided for by the compensation law.

Keywords: National interest, property right, compensation measures, laws, restitution of properties, budget cost

Interesul național este un concept larg ce reunește totalitatea idealurilor și obiectivelor economice, militare, culturale, politice și sociale dintr-un stat, noțiunea fiind asociată cu abordarea realistă a relațiilor internaționale.

Interesele care intră în categoria interesului național se exprimă prin valori, care se traduc apoi în obiective palpabile care trebuie să fie îndeplinite. Pentru a putea fi stabilite obiectivele, trebuie alese mijloacele de atingere ale acestora, iar, în cadrul lor, modalitățile concrete prin care se procedează. Acest lucru este valabil indiferent dacă cel care lansează o inițiativă este autorul obiectivelor sau când trebuie să răspundă la o inițiativă lansată de altcineva, deci la un stimul extern.

Finalitatea este constituită de identificarea răspunsului (urmărind aceeași secvență: obiectiv – modalitate – mijloc) care să asigure satisfacerea în cel mai înalt grad a propriului său interes național¹.

Deși acest concept nu este reglementat expres la nivel național, există numeroase acte normative care fac vorbire de acesta. Spre exemplificare, Ordonanța Guvernului Nr. 57 din 16 august 2002 privind cercetarea științifică și dezvoltarea tehnologică stabilește că realizarea interesului național se face prin cercetare și dezvoltare și constituie prioritate

^{*} *This paper has been financially supported within the project entitled “Horizon 2020 – Doctoral and Postdoctoral Studies: Promoting the national interest through Excellence, Competitiveness and Responsibility in the Field of Romanian Fundamental and Applied Scientific Research”, contract number POSDRU/159/1.5/S/140106. This Project is co-financed by European Social Fund through Sectoral Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. Investing in people!*

^{**} Asist. univ. drd. Universitatea Româno-Americană, București, România; e-mail: alexandru_red@yahoo.com.

¹ <http://bogdanmandru.wordpress.com/relatii-internationale-ce-reprezinta-interesul-national/>

națională pentru dezvoltarea durabilă a României în vederea creșterii bunăstării și calității vieții, dar și a îmbogățirii patrimoniului național și internațional al cunoașterii².

La nivelul puterii executive, Președinția României, în deplin acord cu strategiile Consiliului Suprem de Apărare a Țării, a elaborat Strategia Națională de Apărare, care stabilește că „Interesele, valorile și obiectivele naționale joacă un rol central în definirea strategiei naționale de apărare, oferindu-i legitimitate. Interesele naționale sunt perene și sunt definite în primul rând prin Constituția României. Interesele naționale sunt acele nevoi și aspirații esențiale pentru afirmarea identității și valorilor naționale, existența statului și asigurarea funcțiilor sale fundamentale. Interesele naționale sunt caracterul național al statului, suveranitatea și independența, unitatea și indivizibilitatea sa. De asemenea, interese naționale, prin importanța lor pentru țară sunt și forma republicană de guvernământ, independența justiției, pluralismul politic și limba oficială, româna. Apărarea intereselor naționale este considerată a fi obligația fiecărui cetățean al României”³.

Un interes național – spune Samuel Huntington – este un bun public care preocupă pe toți, sau pe cei mai mulți cetățeni; un interes național vital este acel interes pentru care ei sunt gata să-și verse sângele și să-și cheltuiască bogăția pentru a-l apăra. Interesele naționale combină, de regulă, securitatea cu preocupările materiale, pe de o parte, și preocupările morale și etice, pe de altă parte.

Motivația alegerii temei de cercetare rezidă din problematicile observate în practica judiciară actuală, atât națională cât și europeană legată de dreptul de proprietate și restituirea proprietăților în România.

Mai exact, se observă multitudinea de manevre frauduloase sancționate penal utilizate de participanții în astfel de litigii în scopul realizării unor drepturi de proprietate nedeținute anterior sau însușirea pe nedrept a unor bunuri imobile, ori despăgubiri de la statul român.

În contextul actualului proces de globalizare, se observă o dorință permanentă de unificare a normelor juridice atât în plan regional, cât și în plan mondial. Deși noțiunea de „stat de drept” este în mod primordial aplicabilă la nivel național, depinzând de evoluția și contextul specific al fiecărei societăți, în prezent se întrevide o tendință globală în cercetarea juridică, economică și de ordine publică a acestei noțiuni.

Doctrina juridică internațională nu a stabilit o definiție precisă a termenului „stat de drept”. În general, acesta este înțeles ca un regim politico-juridic în care litera legii obligă statul și autoritățile sale – legislativă, executivă și judecătorească – la garantarea libertăților fundamentale și respectarea ordinii, conferind predictibilitate asupra modului în care funcționează orice democrație. Statul de drept reprezintă o garanție asupra politicilor unui stat, stat ce este obligat să aplice principii fundamentale de drept ce au fost recunoscute⁴. Statul de drept este un sistem care încearcă să protejeze drepturile cetățenilor în fața folosirii arbitrară și abuzive a puterii guvernamentale, fiind astfel considerat ca o condiție de bază a oricărui stat democratic.

Mai mult, recenta criză financiară a generat, totodată, o criză economică și socială care pare să ducă spre o criză politică, inclusiv în Uniunea Europeană, spre destabilizarea

² Art. 3 din O.G. nr. 57/2002 privind cercetarea științifică și dezvoltarea tehnologică, publicată în M. Of. nr. 643 din 30 august 2002.

³ <http://www.presidency.ro/static/ordine/SNAp/SNAp.pdf>

⁴ *Black's Law Dictionary*, Fifth Edition, p. 1196 (West Publishing Company 1979).

statelor democratice și încălcarea principiilor statului de drept: a separației puterilor în stat, a legitimității administrației și independenței justiției, a garantării drepturilor fundamentale și a egalității în fața legii.

Deși această noțiune de stat de drept este des folosită de politicieni, juriști și teoreticieni, se pare că înțelesul ei este unul evaziv⁵, dând naștere unor „concluzii divergente”, fiecare acceptă existența principiului, dar cu definiții diferite.

Separația puterilor în stat presupune divizarea tripartită a puterii statului în putere legislativă, putere executivă și putere judecătorească, creând un echilibru și control reciproc al puterilor în scopul protejării democrației. Principiul democrației reprezentative conferă cetățenilor dreptul de a fi reprezentați în mod egal și direct la nivelul puterii statale, de a participa la viața democratică a statului și de a avea inițiativă legislativă. În acest sens, deciziile politice trebuie să fie luate în mod deschis și transparent, cât mai aproape de interesul cetățeanului.

Legalitatea și legitimitatea administrației implică relația dintre puterea legislativă și cea executivă, independența justiției care funcționează ca un gardian al drepturilor constituționale în raport cu instituțiile statului, conferind anumite garanții juridice specifice cu privire la previzibilitatea hotărârilor judecătorești și protecția juridică împotriva acestora, precum și procesul legislativ fundamental pe care parlamentele naționale trebuie să îl respecte.

Garantarea drepturilor fundamentale și a egalității în fața legii reprezintă un element decisiv al oricărui „stat de drept”. Funcția de bază a acestui principiu este aceea de a proteja individul de orice intervenție nelegitimă a statului apărându-l în fața acțiunilor administrației atunci când libertățile protejate sunt afectate. Totodată, statul are obligația de a garanta drepturile fundamentale și de a proteja individul împotriva oricărui ingerințe nelegale.

În acest context, necesitatea dezbaterilor academice cu privire la promovarea și garantarea statului de drept într-o Europă în continuă schimbare este fără echivoc. Judecătorii europeni au criticat deseori schimbări de legislație din țara noastră, precum și lipsa unei limitări în ceea ce privește despăgubirile care pot fi acordate. De asemenea, magistrații au ajuns la concluzia că, pe lângă aceste lipsuri, foarte puține hotărâri au fost respectate. În ultimii 15 ani, judecătorii europeni au soluționat mii de dosare de retrocedare venite din România, și în acest an fuseseră înregistrate alte 1.000. Având în vedere lipsa unor progrese semnificative ale României în ceea ce privește această problemă, în ciuda a zeci de decizii ale Curții în care se face referire la lipsa de eficacitate a mecanismului românesc de compensație apare evident faptul că interesul național este afectat, cetățenii negăsind un răspuns la problemele lor juridice în fața instanțelor naționale, imaginea justiției și a statului de drept fiind afectate grav.

Astfel, apare ca fiind obligatorie efectuarea de studii de specialitate în materia restituirii proprietăților preluate abuziv în România întrucât acest fenomen afectează un număr semnificativ de persoane, precum și bugetul public. România trebuie să stabilească

⁵ Tamanaha, Brian Z. (2004). *On the Rule of Law*. Cambridge University Press. p. 9.

o politică substanțială și coerentă în materia respectării dreptului de proprietate la fel cum se procedează și în alte state ale Uniunii Europene urmând liniile de protecție și apărare din acest domeniu.

Bibliografie:

1. *Black's Law Dictionary*, Fifth Edition, p. 1196 (West Publishing Company 1979).
2. Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2004
3. <http://www.presidency.ro/static/ordine/SNAp/SNAp.pdf>
4. <http://bogdanmandru.wordpress.com/relatii-internationale-ce-reprezinta-interesul-national/>
5. O.G. nr. 57 2002 privind cercetarea științifică și dezvoltarea tehnologică, publicată în Monitorul Oficial nr. 643 din 30 august 2002

SOME HISTORICAL ASPECTS RELATED TO THE PERSECUTION AND DISCRIMINATION AGAINST THE ROMA*

*Silvia Maria TĂBUȘCĂ,
Eliza Marciana CHIRILĂ,
Andrei ISPIR,
Ana-Maria JUGĂNARU,
Maria-Camelia ENACHE***

Abstract

Roma ethnic groups are mostly European people of Indian origin, whose ancestors left the Ganges Valley twelve hundred years ago. For centuries, they have been mistreated – hounded out of countries, deported under the threat of sanctions if they remained, including the death penalty – all for the sole reason of being born Roma.

They have had to flee violence and discrimination wherever they were, hoping – as they went through history – to find a country that would be more welcoming with them. International and European minorities' protection policies did not assign the Roma an important role, although it is the largest minority in Europe. Here, Romani peoples of today suffer the direct consequence of their history, which culminated in continuous social exclusion and racism. For centuries, the local and national policies implemented by the European host countries have fluctuated between racism of exclusion, which led to Holocaust, and racism of domination, manifested through cultural assimilation

Keywords: Roma, equality, non-discrimination, minority, racism

1. Introduction

In Europe, Romani peoples of today suffer the direct consequence of their history, which culminated in continuous social exclusion and racism. For centuries, the local and national policies implemented by the European host countries have fluctuated between racism of exclusion, which led to Holocaust, and racism of domination, manifested through cultural assimilation¹.

Racism of exclusion found its extreme expression in the ethnic purification policy

* The article has been supported by scientific research within the project entitled „PRACTICAL SCHOOL: Innovation in Higher Education and Success on the Labour Market”, project identified as POSDRU/156/1.2/G/132920. The project is co-financed by the European Social Fund through the Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. Investing in people!

** Silvia Maria Tabusca is Lecturer of International Human Rights Law at the Romanian-American University and Director of the Center for Human Rights and Migration, Bucharest, Romania. E-mail address: silvia.tabusca@profesor.rau.ro; Eliza Marciana Chirila is a research student at the Romanian-American University, Center for Human Rights and Migration, Bucharest. E-mail address: eliza.chirila@gmail.com; Andrei Ispir is a research student at the Romanian-American University, Center for Human Rights and Migration, Bucharest. E-mail address: ispir.andrei@gmail.com; Ana-Maria Juganaru is a research student at the Romanian-American University, Center for Human Rights and Migration, Bucharest. E-mail address: juganaruana88@gmail.com; Maria-Camelia Enache is a research student at the Romanian-American University, Center for Human Rights and Migration, Bucharest. E-mail address: enachecamelia93@gmail.com.

implemented by some European countries during the Second World War. The “Jewish problem” and the “Gypsy problem” were solved by the Holocaust in order to eliminate “undesirable members” of these two ethnic groups.

The Communist system in Central and Eastern Europe led, in turn to a policy of Roma assimilation coming from the concept of racism of domination. This way, Roma nomads were forced to settle down – their carts, horses and jewellerys were confiscated and a systematic program was carried out in order to suppress Roma identity.

2. The Persecution of the Roma

During their history in Europe, Romani peoples have been seen by the host communities as different and intolerable, especially because of their contrasting cultural beliefs and practices. Great discrimination and prejudices have been fostered against them and they endured banishment, deportation, cultural destruction, enslavement, mutilation and murder.

The Roma have often been considered a pariah group in the countries which they entered, having no rights recognized by the host communities and being seen as accursed and scorned people. In many national legal systems, discriminatory norms were enacted against them. From the 14th until the middle of 19th century, the Romani peoples, which entered Europe were subjugated. In this part of the world, the Roma – because of their strange language, culture and appearance – were considered to be intruders and treated as such. Furthermore, in Eastern Europe they were enslaved², while from western European countries they were transported to India, Africa and the Americas as unpaid forced labour, for no other reason but the fact that they were Gypsies.

The institution of Roma slavery has had more an economic reason than a social one. It is well known that, in the Balkans, the lack of a local working class encouraged using the skills that Romani people brought with them from Byzantium and elsewhere.

A. Middle Ages: The Case of Roma Enslavement in Romanian Principalities

In the 12th and 13th centuries, the Roma, who crossed Moldavia and Wallachia³ coming from other countries, were captured and automatically enslaved. Once they were made the possession of others, Romani people lost their identity as human beings and were treated more as objects⁴.

Therefore, Roma sacred traditional rules could not be and were not respected in Medieval Romanian Principalities. Members of the same family were sold separately and children often taken away from those who brought them into this world. Neither humanity nor religious beliefs offered protection for Romani people as human beings. Although slavery goes against the natural laws of humanity, as recognized now, it was nevertheless practiced in these Principalities for centuries.

The medieval penal codes of Romanian Principalities established that:

“Gypsies are slaves. Anyone born of a mother, who is a slave, is also a slave. Any owner has the right to sell or give away his slaves. Any Gypsy without an owner is the property of the Prince. Legal unions cannot take place between free persons and slaves.

² In 1471, the Moldavian prince Stephan the Great transported into Moldavia (current Romanian territory) 17, 000 Tsigani in order to use them as labor force.

³ These territories were Romanian Principalities.

⁴ Article I (37) of the 1833 Moldavian Civil Code.

Marriage between slaves cannot take place without their owner's consent. If anyone has taken a female slave as a concubine ... she will become free after his death. If she had children by him, they will also become free."

Considering the legal codes of the Romanian Principalities, Roma slaves had in Europe the same fate as Africans in the Americas. They could not marry among themselves without their owner's permission, while marriage between Roma and local whites was prohibited. The banishment of mixed marriages relied on the fact that a child with Romanian blood resulted from such a marriage, could not be slave, and, at the same time, a Rom is impossible to be freed⁵.

In the Romanian Principalities, the Roma were divided into two main categories: house and field slaves. Roma women were used to help the mistresses of the house with their work, while Gypsy males were used for work outside the house. Often, the males were castrated for fear of molestation⁶. The hard work in the fields was done by Roma slaves as well.

Many Romanian stories talk about Romani people's life and their treatment in these territories. The Romanian writer Mihail Sadoveanu explained that there were "human beings wearing chains on their arms and legs; others with iron clamps around their foreheads, and still others with metal collars about their necks. Cruel beating and other punishment such as starvation, being hang over smoking fires, solitary imprisonment, and being thrown naked into the snow or frozen rivers, such was the fate of the wretched Gypsies⁷" in many European countries. Another piece of writing stated that: "since morning, they were sweating blood, with nothing to drink, but river water, and nothing to eat, but bits of bread baked there in the ashes⁸".

In 1837, an anonymous writer criticized the situation of Romani people in Romania: "Gypsy is always synonymous with filthy animal. These Romanians, who so often have words of humanity and justice on their lips! To work towards easing the degradation of these poor beings, beaten down by pain, to render them born again into the great family of mankind, to free their souls, would not only be an humanitarian act, it would be an act of justice". Often, Romanians associated Romani peoples⁹ with American Negroes – calling them "foreign, lazy, shiftless, untrustworthy, and black"¹⁰.

Later, in 1830, Mihail Kogalniceanu complained about the fact that "the Europeans are organizing philanthropic societies for the abolition of slavery in America, yet in the bosom of their continent of Europe, there are 400,000 Gypsy slaves". At that time, the difficult situation of the Roma in Europe was a largely accepted fact about which nobody cared.

⁵ "In some parts, Gypsies married Moldavian women, and Moldavian men also took in marriage Gypsy girls, which is entirely compliant with Christian faith, but their children remained forever in slavery ... However, any priest who has the audacity to perform such marriages, which is a great and everlasting wicked act, ... will be removed from his post and severely punished" – 1776 Proclamation of Constantin, Prince of Moldavia.

⁶ Ian Hancock, *The Pariah Syndrome*, 1987, p.86.

⁷ Mihail Kogalniceanu is a Romanian writer and historian.

⁸ Acton, T, *History of Romany People*, 1976, p.17.

⁹ Name used for Gypsy population in Romania.

¹⁰ Ian Hancock, *The Pariah Syndrome*, 1987, p.58.

In 1848, the year of the National Revolution, the radicals, who returned from studies in France, proclaimed that “the Romanian people rejects the inhuman and barbaric practice of owning slaves and calls for the immediate freedom of all Gypsies who belong to individual owners”¹¹. However, enslavement continued until the 1860s. The moment of their freedom from enslavement is still present in Roma songs¹²:

“Come running, beloved brothers all –
 Today come running all;
 For freed we are, by the
 Romanian Prince.
 Let us cry out with full voice.

 Everyone!
 The old, the grown,
 Young men, babies yet in arms, and children!
 They have broken off our irons
 The Prince and all his citizens.
 Great God and all your stars
 Which give to us the light,
 Love all Romanian people,
 For breaking our bounds of slavery.”

B. Modern Age: The Case of Roma Holocaust

In Germany, as in the entire Europe, Romani peoples had been discriminated and treated as social outcasts long before the Nazi came into power¹³. Their foreign appearance, strange culture and incomprehensible language, as well as their nomadic way of life and lack of regular employment were perceived by Europeans as an affront to modern societies, which hosted them¹⁴.

Since the 1920s, Bavaria and Prussia established a special system to monitor Romani peoples who were seen as asocial and culturally inferior, being, at the same time, a source of crime within the nation. With the Nazi take-over, their inferior racial character was added to the former grounds of persecution¹⁵.

Official documents state that Romani people were the first ethnic minority persecuted by the Nazi. Since the beginning of their ruling, they proposed that all the Roma living in Germany should be killed by drowning in ships taken out into mid-sea and sunk. At that time, there were not any anti-Jewish laws in force. Statistics shows that an estimated 1.5 million Roma were murdered during the Nazi regime and, from 1933 to 1935, forced sterilization of the Roma took place based on theories of genetic inferiority¹⁶.

¹¹ Id.

¹² Id.

¹³ For example, in the 19th century, on German territories bells were tolled in villages to signalize the presence of Gypsies, which led to the establishment of the Central Office for Fighting the Gypsy Nuisance in Munich in 1899.

¹⁴ R. Bassel, *Life in the Third Reich*, 2001, p. 89.

¹⁵ I. Hancock, *The Pariah Syndrome*, 1987, p.81.

¹⁶ W. Weyrauch, *Gypsy Law: Romani Legal Tradition and Culture*, 2001, p.153.

At the beginning of 1935, the Nazi Party established that “in Europe generally, only Jews and Gypsies are of foreign blood”¹⁷ and “apart from the Jews, only the Gypsies came into consideration, in Europe, as members of an alien people”¹⁸. So, there is no doubt that the Roma were considered non-Aryans right from the beginning of the Nazi rule.

On September 15th, 1935, the Nuremberg Law for the Protection of Blood and Honour forbade intermarriage or sexual intercourse between Roma and non-Roma people. The criteria used to determine the Romani ethnicity were twice as strict as those later applied to Jews¹⁹: “if two of a person’s eight grandparents were even part Gypsy, that person had too much Gypsy ancestry to be allowed to live”²⁰.

In 1938, a Nazi Party Proclamation stated that the Roma problem is a matter of race and, a year later, the Nazi Johannes Behrendt declared that the “elimination without hesitation of the entire Gypsy population has to be instigated immediately, although a number of families were to be kept for future anthropological studies”.

Among the victims of Hitler’s Germany, only Gypsies and Jews were considered genetically so “manifestly tainted” as to represent a threat to Aryan racial purity. So, the official decision to exterminate the Roma could not be delayed too much; it was taken in the spring of 1941 when the Einsatzgruppen²¹ were formed. Since then, the Roma were subject to three methods of genocide: forced sterilizations, deportation and homicide. Mass killing was the most common procedure used for the extermination of Romani people.

In July 1941, a large number of the Roma were transported to the camps in Poland and a few months later, because of the expensive implications of this action, they were shot or poisoned by gas. The situation of the Romani population worsened in the Baltic States, France, Italy, Hungary, Austria, and Czechoslovakia and in other Nazi-occupied territories²². Later on, Romani people were murdered in concentration camps and in mass executions in Yugoslavia and the USSR, or killed in the gas chambers of Auschwitz²³.

In 1942, Nazi scientists started medical experiments carried out on Romani people, especially on youngsters. Vera Alexander, a Jewish Holocaust survivor, who was a supervisor for fifty sets of Roma twins in a Poland camp explained:

¹⁷ D. Kenrick, G. Puxon, *The Destiny of Europe’s Gypsies*, 1972, Chapter 4, p. 60.

¹⁸ Id. Racist categorization of Gypsies persisted even before the advent of Nazi ideology despite the conservatively Aryan affiliation of the Romani language. Some scholars, starting with Richard Pischel in the nineteenth century, argued for a Dravidian, rather than Indo-Aryan origin of the Gypsy population. See, for instance, Richard Pischel. “The Home of the Gypsies” (English trans.), *Journal of the Gypsy Lore Society* Vol. 2, Part 4 (1909), pp. 292-320. See also Ian Hancock. “The development of Romani linguistics,” in A. Jazayeri and W. Winter, eds. *Studies in Honor of Edgar C. Polomé* (The Hague: Mouton, 1988).

¹⁹ The Nuremberg decree define a Jew as a person having minimally one Jewish grandparent.

²⁰ R. Hilberg, *The Destruction of the European Jews*, 1961.

²¹ In their official full name, the Einsatzgruppen der Sicherheitspolizei und des SD, were SS paramilitary death squads that were responsible for mass killings, mainly by shooting.

²² The treatment given to a mother and her daughter by a group of soldiers in northern Yugoslavia is an example of a typically inhumane method of Roma extermination: “First the girl was forced to dig a ditch, while her mother, seven months pregnant, was left tied to a tree. With a knife they opened the belly of the mother, took out the baby, and threw it in the ditch. Then they threw in the mother and the girl after raping her. They covered them with earth while they were still alive”.

²³ S. Steinmetz, *Oesterreichs Zigeuner im NS-Staat*, Monographien zur Zeitgeschichte, 1966.

“I remember one set of twins in particular... One day, Mengele took them away. When they returned, they were in a terrible state – they have been sewn together, back to back, like Siamese twins. They screamed day and night. Then their parents managed to get hold some morphine, and they killed their children in order to put an end to their suffering. Soon after that, I was taken to another camp, and I heard that the Gypsy camp was entirely liquidated”.



Fig. Roma Camp²⁴

In 1943, the program of liquidation of the entire Romani population began. Most of them were beaten and clubbed to death, herded into the gas chambers or forced to dig their own graves and jump into them²⁵. On August 2nd and 3rd, 1944, several thousands of Roma were massacred at the Zigeunerlager in the Auschwitz-Birkenau concentration camp. The numbers of those who actually died in the camps were only partially handed down to us; almost all the files were destroyed when those camps were evacuated. Most of the Romani people died in Eastern and Southern Europe, shot by execution troops or fascist gang members²⁶. Many Holocaust researchers say that the Nazis killed between a fourth and a third of the Romani population living in Europe, and as many as 70% in those areas where Nazi control had been established longest²⁷.

²⁴ Originally from: Holocaust in Germany (last visit on April 10, 2013).

²⁵ I. Hancock, *The Pariah Syndrome*, 1987, p.58.

²⁶ Wolf in der Maur, *Die Zigeuner: Wanderer zwischen zwei Welten*, 1969, p. 168.

²⁷ M. Strom, W. Parsons, *Facing History and Ourselves: Holocaust and Human Behavior*, 1978, p. 22.

During the Holocaust, Romani people were persecuted, arrested, and deported, without utter disregard for their age, faced starvation, illness, brutal labour and other forms of indignity until they were killed. Many children witnessed the murder of their family members, while they themselves were tortured, tested with drugs, castrated, frozen to death and exposed to various other traumas²⁸.

It was estimated that over 90% of the entire Romani population of Austria, Germany and Estonia were exterminated by the fascist regime. This makes the Roma the ethnic group that was most affected by Nazi killings²⁹. Even if all these atrocities and odious crimes happened, it is known that no Roma were called upon to testify in the Nuremberg Trials. Furthermore, since the World War II, little benefits have been obtained by these people, who suffered during the Holocaust. West Germany paid hundreds of millions to Israel and various Jewish organizations, while Romani people did not receive too much.

C. The Persistence of Discrimination against the Roma

It is difficult to believe that in our democratic European countries millions of their dignity and of citizens are deprived of their basic human rights, just because they been born as Gypsy. It seems to be the proper time to officially recognize anti-Gypsism as a long-standing and deeply rooted in our society.

We may say that European countries have developed very much in the last 25 years, but the situation of the largest European minority, the Roma, seems to be unchanged. Even if the enslavement and persecution of the Roma were abolished, often inhuman forms of oppression continue to be perpetuated into the present.

In this context, many forms of Roma discrimination on the ground of ethnicity persist in every country of the world, even if racial discrimination is itself a violation of fundamental rights. Furthermore, many violations of social, cultural, and political rights take place, mainly because of Roma racial or ethnic exclusion.

The 1948 Universal Declaration on Human Rights and the 1963 United Nation Declaration on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, establish the prohibition of discrimination as one of the general principles of international human rights law, which nowadays is also recognized as part of international customary law.

Article 1 of the Universal Declaration reads that “all human beings are born free and equal in dignity and rights”, while Article 2 establishes the principle of non-discrimination. Also, the first article of 1963 U.N. Declaration states that “discrimination between human beings on the ground of race, colour, or ethnic origin is an offence to human dignity and shall be condemned as a denial of the principle of the Charter of the United Nation”³⁰.

²⁸ Well known are the experiments of Dr. Josef Mengele who performed physical and psychological experiments on Roma people. He performed experimental surgeries without anesthesia, sex change operations, the removal of organs, transfusions of blood from one twin to another, and tested the body reaction to various stimuli. He was fanatically interested in twins, mostly identical ones. Some of his experiments were reported by survivors. He injected chloroform into the heads of 14 pairs of Gypsy twins, killing them instantaneously. After that he dissected every piece of the twins' bodies. He also supervised an operation of two Roma children that were sewn together to create Siamese twins. Mengele attempted to change the eye color of the children by injecting chemicals.

²⁹ *Go beyond prejudice, discover the Roma!*, published by Council of Europe, p.9.

³⁰ The non-discrimination principle in Article 1.3, Article 13.b, Article 55.c, Article 76.c of the U.N. Charter.

Furthermore, the two 1966 International Covenants establish under Article 2 the international protection of all human rights “without distinction of any kind, such as race, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status”. However, the most important universal legal instrument remains the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. Of vital importance is Article 7, which requires that the states parties to the Convention take measures in the fields of “teaching, education, culture, and information” in order to combat “prejudices which lead to racial discrimination” and to promote “understanding, tolerance, and friendship” among racial and ethnic groups. Therefore, these obligations are binding upon all the states parties.

Moreover, the U.N. Committee on Elimination of Racial Discrimination adopted its 2000 General Recommendation no. 27 that specifically addresses discrimination against the Roma. It recommends that all states parties to the Convention should adopt measures for the benefit of Roma communities’ members. Among these, the most important recommendations are:

1. to adopt and implement national strategies and programmers ... with a view to improving the situation of the Roma and their protection against discrimination by State bodies, as well as by any person or organization;
2. to respect the wish of the Roma as to the designation they want to be given and the group to which they want to belong;
3. to take into account the situation of Roma women who are often victims of double discrimination;
4. to improve the relations between Roma and non-Roma communities with a view to promoting tolerance and overcoming prejudices and negative stereotypes on both sides, to promoting efforts of adjustment and adaptation, avoiding discrimination and ensuring that all persons fully enjoy their human rights and freedoms;
5. to ensure the protection of the security and integrity of the Roma;
6. to take measures so as to prevent the use of illegal force by the police against the Roma, in particular in connection with arrest and detention;
7. to prevent and avoid as much as possible the segregation of Roma students, while keeping open the possibility for bilingual or mother-tongue tuition;
8. to eliminate any discrimination or racial harassment of Roma students;
9. to take urgent and sustained measures in training teachers, educators, and assistants from among Roma students;
10. to adopt or draft more effective legislation prohibiting discrimination in employment and all discriminatory practices in the labour market affecting members of Roma communities and to protect them against such practices³¹.

The previous international legal norms provide rights not to the group itself, but to persons belonging to such a minority³². It is known that the international human rights instruments, which grant rights to individuals and not groups, are not enough to protect members of a minority group³³ against abuses, segregation and discrimination. Therefore,

³¹ General Recommendation no. 27: Discrimination against the Roma, adopted by the U.N. Committee on Elimination of Racial Discrimination on the 16th of August 2000.

³² Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

³³ F. Bertham, *The Particular Problems of the Roma*, 1997.

it is very important that each state design and implement specific national policies, which are based on the needs of Roma peoples, taking into consideration their specific way of living and their cultural practices. States should have specific policies in order to improve the situation of the Roma.

Thus, they have to increase access of Romani people to education and, at the same time, educate the majority of the population about Roma history and specific cultural aspects of this community. States must also implement efficient policies to prevent the persistent discrimination against the Roma, mainly in the areas of education, housing, employment, and justice, and to adopt effective laws to curb racial discrimination in all areas of their life.

Among all these recommendations against Roma discrimination, we believe that the world community in general, and states in particular, have to consider the international human rights instruments and implement their obligations in order to design special policies, keeping in mind the specific cultural aspects of Romani peoples. Like any other minority, they have the right to preserve their cultural heritage and continue the practicing of their customs and traditions.

There is an urgent need, mainly in Europe, to promote tolerance and mutual respect for all, including Romani people who are the largest and most discriminated European ethnic minority. When they are denied their basic rights, the Roma are made to be victims and ill-treated by the population of the host countries. Furthermore, many European countries still translate into their official national or local policies aspects related to discrimination against the Roma that results in their segregation from the rest of the society and their marginalization.

Romani peoples face discrimination from a young age on which makes it difficult for them to become educated and, further, to be integrated into the local communities. Often, they are ethnically segregated in mainstream schools or classes to prevent these children from mixing with non-Roma pupils³⁴. Many of them are left at the outskirts of cities, next to garbage dumps or industrial toxic areas.

Across Europe, most of the Romani peoples are poor, socially excluded and discriminated, while governments do not comply with their international obligations that guarantees a minimum standard of basic rights to the Roma. It is imperative for all European governments to implement effective policies – at the local, national and EU levels – in order to change and educate public opinion, which often discriminates against and violates the basic human rights of the Roma. The positive aspects of their culture and traditions should replace the general misconceptions about the Roma in Europe.

3. Conclusions

Roma ethnic groups are mostly European people of Indian origin, whose ancestors left the Ganges Valley twelve hundred years ago. For centuries, they have been mistreated – hounded out of countries, deported under the threat of sanctions if they remained, including the death penalty – all for the sole reason of being born Roma.

³⁴ The Czech Republic discriminated against the Roma by placing children in special schools without the necessary safeguards. Or the case of the mayor of Baia Mare in northern Romania who used police against the Roma in his campaign.

They have had to flee violence and discrimination wherever they were, hoping – as they went through history – to find a country that would be more welcoming with them. International and European minorities' protection policies did not assign the Roma an important role, although it is the largest minority in Europe.

The main international legal instruments adopted after the Second World War ignored the need of a minority group's protection and disregarded the fact that the right to develop the cultural heritage of a minority group is fundamental for the protection of its identity and the basic rights of their members.

At the end of the 20th century, the interest of the international community in the protection of minority rights and, especially, of the Roma, has become increasingly evident. Notably, however, the European Framework Convention for the Protection of National Minorities established rights for persons belonging to minority groups and not to the groups themselves. Its Article 5 (1) reads that "the Parties undertake to promote the conditions necessary for persons belonging to national minorities to maintain and develop their culture, and to preserve the essential elements of their identity, namely their religion, language, traditions and cultural heritage".

Furthermore, Article 6 (1) provides that "the Parties shall encourage a spirit of tolerance and intercultural dialogue and take effective measures to promote mutual respect and understanding and co-operation among all persons living on their territory, irrespective of those persons' ethnic, cultural, linguistic or religious identity, in particular in the fields of education, culture and the media". Furthermore, Articles 13, 14, and 15 establish other specific cultural rights. All these European norms, provided through the European Convention, create specific obligations for states leading to the implementation of specific policies to promote and protect Roma people's fundamental rights.

Furthermore, Article 20 of the Framework Convention also imposes a duty upon any person belonging to a national minority group. With this respect, the article says that "in the exercise of the rights and freedoms flowing from the principles enshrined in the present framework Convention, any person belonging to a national minority shall respect the national legislation and the rights of others, in particular those of persons belonging to the majority or to other national minorities" – provision which seems to be somehow in contradiction with some Roma traditional practices and some norms of their autonomous legal system.

The European Convention is the most advanced international legal document on minority rights, which can be used as a powerful instrument for the protection of the Roma identity. However, its disadvantage seems to be the lack of group rights, *per se*, and of an enforcement mechanism.

We believe that, merely by bearing in mind the history of Romani peoples, the Europeans may understand the basic needs of this minority's specific culture. On their way from India to Europe, through Caucasus, Middle East, Greece and the Balkans, they travelled in groups of hundreds of people, as extended patriarchal families. Each group has developed its own practices and traditions based on the common Hindu background, as well as its own language – a mixed dialect between ancient Sanskrit and the local languages of the host countries.

Over the centuries, there were many national policies implemented in order to assimilate and integrate the Roma "new population". For instance, Maria Theresa of

Austria implemented policies³⁵ that were intended to lead to the assimilation of Romani people, prohibiting nomadism, the use of their own language, as well as marriage among the Roma. However, this attempt could not achieve its goals because the Roma fled in search for a place where they can continue their way of life. During colonial times, the Roma fled overseas to Caribbean islands and the United States. In the Romanian Principalities, they were slaves for over 500 years, being often mistreated in this status.

The discriminatory treatment of the Roma forced them to use their migratory and illiterate way of living in order to protect themselves and their culture from assimilation. However, in Spain and the United States, Roma assimilation is obvious. Integration and assimilation by the host society have always threatened the preservation of Roma customs and traditions.

The ability of the Roma to adjust to new environments in order to survive was responsible for the loss of some customs forgotten in time. The understanding of these threats can prevent the future loss of customs and traditions of a unique and ancient culture.

Ian Hancock maintains that adaptation without assimilation is possible and desirable. We believe that the idea of adaptation should be a solution for European Romani peoples, but when compared with other minority groups, it is obvious that it will be difficult to achieve agreement with regard to Romani cultural protection, taking into consideration their particular customs, rules and practices. A large community, which is present in every European country, with a lifestyle fluctuating from nomadic to sedentary, with internal rules and strong taboos, is hard to be homogenized under an international protectionist instrument.

Furthermore, the implementation and recognition of fundamental rights for Romani people face barriers from both sides. A long-standing anti-Roma attitude and also, the reticence of some governments to grant the status of people or national minority to the Roma because of their lack of a homeland, increased the tension between them and the outsiders. On the other side, the Roma do not trust the Gaje. After six hundred years of persecution, slavery and deportation, they seem to have no reason to trust any “gajikane” system, even if enacted for their good. Over the years, Romani people protected themselves due to the Gajes’ lack of knowledge of the secret Romani language and culture.

Nevertheless, individually and as a group, the Roma are entitled to fundamental rights, the basic individual rights recognized by the international human rights instruments, such as the right to life, the right to freedom from discrimination on grounds of ethnicity and culture, and the right to freedom of movement, which should be guaranteed to the Roma, too.

However, the Roma live a unique style of life; they are dispersed all over the world and do not have their own land. All these made it difficult to define the Roma under one of the accepted terms under international human rights instruments. Are they a “people”, a “nation”, a “national minority” or an “ethnic, cultural and linguistic minority”? However, the potential failure to define them does not imply that the Roma must be excluded from the international arena. The failure to protect the rights of the Roma

³⁵ Migration Information Source (last visit on April 10, 2013).

largely stems from the international community's ability to render the concept of "minority" more malleable so as to include such groups as the Roma. Consequently, they should be recognized as a special minority under international and national laws. Also, in order to promote, protect and respect Romani culture, there is a need to grant a minimum level of autonomy to the Roma in those states in which a significant number of them reside.

Furthermore, Roma peoples need the special fundamental right to travel and live according to their own social, cultural and legal traditions, as well as an international remedial system, which guarantees them all human rights under a special status. Their protection against assimilation is also necessary in compliance with their right to preserve their own cultural identity, which has been considered part of the intangible heritage of humanity.

We consider that, as indigenous people, the Roma should continue to fight for the protection of their identity and fundamental rights that are recognized under international legal instruments. Although a "Decade of the World's Indigenous Peoples" has been declared the Roma have been largely ignored by the international community. Recently, the Council of Europe and the European Union have started to design special policies regarding the protection of Romani peoples' specific fundamental rights. It is imperative that they are not left behind.

We believe that the Roma right to travel is of fundamental importance to these peoples for a range of reasons like the need to preserve their identity, self-determination, cultural and religious significance and economic factors. For the above-mentioned reasons, European countries are bound by the obligation to respect, promote, protect and fulfil the rights of Romani people who are European citizens and should be treated as such. Because their identity is culturally dependent, European states should promote and implement regional, national and local policies that respect Romani practices and traditions.

Similar to the 2007 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, a special human rights instrument should be developed that recognizes Roma contribution to global cultural diversity and is tailor-made to safeguard their traditions and values within the framework of a world order of human dignity.

References:

- 1833 Cod Civil Moldovenesc. Article I 37.
- 1776 Proclamation of Constantin, Prince of Moldavia.
- Go beyond prejudice, discover the Roma!, publicat de Consiliul Europei, p.9.
- Recomandarea Generala nr. 27: Discriminarea romilor, adoptată de Comitetul O.N.U. pentru Eliminarea Discriminării Rasiale, la 16 august 2000.
- Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice. Articolul 27.
- Carta O.N.U. Principiul non-discriminării. Articolul 1.3, Articolul 13.b, Articolul 55.c, Articolul 76.c.
- Donald Kenrick și Grattan Puxon. 1972. The Destiny of Europe's Gypsies. Capitolul 4, p. 60.
- Fred Bertham. 1997. The Particular Problems of the Roma.
- Ian Hancock. 1987. The Pariah Syndrome. pp 58, 81, 86.

- Ian Hancock. 1988. "The development of Romani linguistics," in A. Jazyery and W. Winter, eds. *Studies in Honor of Edgar C. Polomé*. The Hague: Mouton.
- Margot Strom and William Parsons. 1978. *Facing History and Ourselves: Holocaust and Human Behavior*. pp.22.
- Raul Hilberg. 1961. *The Destruction of the European Jews*.
- Richard Bassel. 2001. *Life in the Third Reich*, 2001. pp. 89.
- Richard Pischel. 1909. "The Home of the Gypsies" (English trans.), *Journal of the Gypsy Lore Society* Vol. 2, Part 4. pp. 292-320.
- Selma Steinmetz. 1966. *Oesterreichs Zigeuner im NS-Staat*, *Monographien zur Zeitgeschichte*.
- Walter Weyrauch. 2001. *Gypsy Law: Romani Legal Tradition and Culture*. pp.153.
- Wolf in der Maur. 1969. *Die Zigeuner: Wanderer zwischen zwei Welten*. pp. 168.

CÂTEVA ASPECTE ISTORICE REFERITOARE LA PERSECUTAREA ȘI DISCRIMINAREA ROMILOR*

*Silvia Maria TĂBUȘCĂ,
Eliza Marciana CHIRILĂ,
Andrei ISPIR,
Ana-Maria JUGĂNARU,
Maria-Camelia ENACHE***

Abstract

Grupuri etnice de romi sunt în mare parte europeni de origine indiană, ai căror strămoși au părăsit Valea Gangelui acum 1200 ani. Timp de secole, ei au fost maltratați – alungați din diferite țări, deportați sub amenințarea sancțiunilor în cazul în care ar fi rămas, inclusiv pedeapsa cu moartea – și toate acestea pentru singurul motiv de a se fi născut romi.

De-a lungul timpului, romii au fost nevoiți să fugă din cauza violenței și discriminării cu speranța că vor găsi o țară care ar putea fi mai primitoare cu ei. Politicile internaționale și europene de protecție a minorităților "nu atribuie romilor un rol important, deși ei reprezintă cea mai mare minoritate în Europa. Ei încă suferă astăzi consecința directă a istoriei, care a culminat cu excluderea socială continuă și discriminarea rasială. Timp de secole, politicile locale și naționale puse în aplicare de țările europene gazdă au fluctuat între rasismul de excludere, care a culminat cu Holocaustul, și rasismul de dominare, manifestat prin dorința de asimilare culturală.

Cuvinte-cheie: Roma, egalitate, nediscriminare, minoritate, rasism

1. Introducere

În Europa, suferința romilor de astăzi este consecința directă a istoriei lor, care de-a lungul timpului a culminat cu excluderea socială continuă până la rasism. Timp de secole, politicile locale și naționale puse în aplicare de țările europene au fluctuat între rasismul de excludere, care a condus la Holocaust, și rasismul de dominare care s-a manifestat prin asimilare culturală.

Rasismul de excludere își găsește aplicarea până la extrem în politica de purificare etnică implementată de unele state europene în timpul celui de-al doilea război mondial. "Problema evreilor" și "problema romilor", trebuiau rezolvate de Holocaust, astfel încât să se elimine "membrii nedoriți" ai societății ce corespundeau celor două grupuri etnice.

* Articolul a beneficiat de suport științific de cercetare prin intermediul proiectului "ȘCOALA PRACTICĂ: Inovare în învățământul superior și succes pe piața muncii", proiect cu număr de identificare POSDRU/156/1.2/G/132920. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

** Silvia Maria Tăbușcă, lector la Universitatea Româno-Americană și Director al Centrului de Drepturile Omului și Migrație, București. E-mail: silvia.tabusca@profesor.rau.ro; Eliza Marciana Chirilă, studentă implicată în activități de cercetare și expert al Centrului de Drepturile Omului și Migrație, București. E-mail: eliza.chirila@gmail.com; Andrei Ispir, student implicat în activități de cercetare desfășurate în cadrul Centrului de Drepturile Omului și Migrație, București. E-mail: ispir.andrei@gmail.com; Ana-Maria Jugănar, studentă implicată în activități de cercetare desfășurate în cadrul Centrului de Drepturile Omului și Migrație, București. E-mail: juganaruana88@gmail.com; Maria-Camelia Enache, studentă implicată în activități de cercetare desfășurate în cadrul Centrului de Drepturile Omului și Migrație, București. E-mail: enachecamelia93@gmail.com.

Sistemul comunist din Europa Centrală și de Est a condus, la rândul său, la o politică de asimilare a romilor dezvoltând conceptul de rasism de dominare. În acest fel, romii nomazi au fost obligați să se stabilească – căruțele lor, caii și bijuteriile au fost confiscate, iar prin implementarea unor programe naționale sistemice s-a încercat suprimarea identității romilor.

2. Persecuția romilor

În timpul istoriei lor în Europa, romii au fost văzuți de către comunitățile gazdă ca fiind diferiți și intolerabili, mai ales din cauza convingerilor și practicilor lor cultural contrastante. Discriminări și prejudecăți au fost încurajate, îndurând deportarea, distrugerea culturală, sau forme de sclavie, mutilare și crimă.

Romii au fost adesea considerați un grup paria în țările în care au intrat, nu aveau niciun drept recunoscut de către comunitățile gazdă și erau considerați ca fiind oameni blestemați, fără țară, și disprețuiți. În multe sisteme juridice naționale, au fost adoptate norme discriminatorii împotriva lor. Din secolul al XIV-lea până la mijlocul secolului al XIX-lea, romii, care au intrat în Europa au fost subjugăți. În această parte a lumii, romii – din cauza ciudatei limbi pe care o vorbeau, cultura și aspectul diferit – au fost considerați a fi intruși și tratați ca atare. În plus, în Europa de Est au fost înrobiți¹, în timp ce din țările vest-europene au fost transportați în India, Africa și America prestând muncă forțată și neremunerată, fără niciun alt motiv decât pentru faptul că aceștia au fost născuți romi.

Instituția sclaviei romilor a avut mai mult un motiv economic decât unul social. Este bine cunoscut faptul că, în Balcani, lipsa unei clase muncitoare locală a încurajat utilizarea abilităților pe care populațiile de romi le-au adus cu ei din Bizanț și din altă parte.

A. Evul Mediu: Cazul romilor înrobiți în Principatele Române

În secolele XII și XIII, romii, care au trecut Moldova și Țara Românească² venind din regiunile asiatice, au fost capturați și înrobiți imediat de localnici. Odată ce romii au intrat în posesia acestora, ei și-au pierdut identitatea ca ființe umane și au fost tratați mai mult ca obiecte³.

Prin urmare, normele culturale tradiționale sacre ale romilor nu au putut fi și nu au fost respectate în Principatele medievale românești. Mai mult, membrii aceleiași familii au fost vânduți separat și copiii de multe ori au fost luați de lângă cei ce le-au dat viață. Nici umanitatea și nici convingerile religioase nu au oferit protecție persoanelor de etnie romă ca ființe umane. Deși sclavia este împotriva legilor naturale ale umanității, astfel cum este recunoscută acum, a fost totuși practică în aceste Principate timp de secole.

Codurile penale medievale din Principatele Române statuau că:

„Romii sunt sclavi. Oricine este născut dintr-o mamă, care este sclavă, este, de asemenea, un sclav. Orice proprietar are dreptul de a vinde sau de a da sclavii lui. Orice rom fără stăpân este proprietatea prințului. Uniunile legale nu pot avea loc între persoane libere și sclavi. Căsătoria dintre sclavi nu poate avea loc fără consimțământul

¹ În 1471, prințul Ștefan cel Mare a transportat în Moldova (actualul teritoriu românesc) 17.000 de romi ce prestau muncă forțată.

² Aceste teritorii erau Principatele Române.

³ Art. I (37) din Codul civil al Moldovei, din anul 1833.

proprietarului lor. Dacă cineva a luat un sclav de sex feminin drept concubină ... ea va deveni liberă după moartea lui. Dacă ea a avut copii cu el, vor deveni, de asemenea, liberi."

Având în vedere codurile legale ale Principatelor Române, sclavii romi au avut în Europa aceeași soartă ca africanii în America. Ei nu se puteau căsători între ei fără permisiunea proprietarului lor, în timp ce căsătoria între romi și albi locali a fost interzisă. Refuzarea căsătoriilor mixte bazată pe faptul că un copil cu sânge de rom rezultat dintr-o astfel de căsătorie, nu poate fi sclav, și, în același timp, un rom este imposibil să fie eliberat⁴.

În Principatele Române, romii au fost împărțiți în două categorii principale: sclavi în case și sclavi pe teren. Femeile rome au fost folosite pentru a ajuta stăpâna casei cu munca lor, în timp ce bărbații romi au fost folosiți pentru munca în curte. De multe ori, bărbații au fost castrați din teama de a nu provoca neplăceri⁵. Pământurile erau de asemenea muncite de romii slavi.

Multe povești românești vorbesc despre viața romilor și despre cum au fost tratați pe aceste teritorii. Scriitorul român Mihail Sadoveanu a explicat că au existat "ființe umane ce purtau lanțuri pe brațe și picioare; alte persoane cu cleme de fier în jurul frunții, și de asemenea cu gulere metalice în jurul gâtului. Bătăi crunte și alte pedepse precum înfometarea, atârănarea deasupra focurilor fumegânde, carcera, sau aruncarea lor goi în zăpadă sau râuri înghețate – aceasta era soarta romilor blestemați⁶ în multe țări europene". O altă scriere spunea că: „încă de dimineață, ei transpirau cu sânge, nu aveau nimic de băut, doar apă din râu, și nu aveau nimic de mâncat, doar bucăți de pâine coaptă în cenușă”⁷.

În 1837, un scriitor anonim a criticat situația persoanelor de etnie romă din România: „Rom este întotdeauna sinonim cu animal împruțit. Acești români, care de multe ori au cuvinte de umanitate și justiție pe buze! Pentru a-și facilita propria muncă, distrug aceste ființe sărace, răpuse de durere, iar a-i renaște în marea familie a omenirii, a le elibera sufletele, nu ar fi doar un act de umanitate, ar fi un act de dreptate”. De cele mai multe ori românii asociau romii⁸ cu americanii negrii – numindu-i „străin, leneș, incapabil, nesianos, și negru”⁹.

Mai târziu, în 1830, Mihail Kogălniceanu a menționat faptul că „europenii organizează societăți filantropice pentru abolirea sclaviei în America, deși în sânul continentului european există 400.000 de sclavi romi”. La acel moment, situația dificilă a romilor în Europa a fost un fapt acceptat și despre care nimănui nu îi păsa.

În 1848, anul Revoluției Naționale, revoluționarii care s-au întors de la studii din Franța au proclamat faptul că „poporul român respinge practica inumană și barbară de a

⁴ „În unele părți, bărbații romi căsătoriți cu femeile din Moldova, și bărbații din Moldova, căsătoriți de asemenea cu fete de origine romă, care erau cu toții creștini, însă copiii lor au rămas pentru totdeauna în sclavie ... Cu toate acestea, orice preot care avea îndrăzneala de a efectua astfel de căsătorii, ce reprezintă un păcat mare și veșnic, ... va fi scos din postul său și aspru pedepsit” – 1776 Proclamarea lui Constantin, domnul Moldovei.

⁵ I. Hancock, *Sindromul Paria*, 1987, p.86.

⁶ Mihail Kogălniceanu este un scriitor și istoric român.

⁷ Acton, T., *Istoria romilor*, 1976, p.17.

⁸ Numele folosit pentru populația romă din România.

⁹ I. Hancock, *Sindromul Paria*, 1987, p.58.

deține sclavi și solicită eliberarea imediată a tuturor romilor care aparțin proprietarilor individuali”¹⁰. Cu toate acestea, înrobirea a continuat până în 1860. Momentul eliberării din sclavie este încă prezent în cântece culturale ale romilor¹¹:

„Veniți alergând, frați iubiți -
Astăzi alergați cu toții;
Am fost eliberați de
Prințul României.
Să strigăm cu glas tare
.....
Toată lumea!
Bătrâni, adulți,
Tineri, copii încă în brațe, și copiii!
Au rupt lanțurile
Prințul și toți cetățenii săi.
Dumnezeule mare și toate stelele tale
Care ne dau lumină,
Iubiți toți cetățenii români,
Pentru ca au îndepărtat sclavia noastră”.

B. Epoca modernă: Holocaustul – Situația romilor

În Germania, ca și în toată Europa, romii au fost discriminați și tratați asemenea proscrisilor sociali cu mult înainte ca naziștii să ajungă la putere¹². Aspectul lor străin, cultura diferită și limbajul de neînțeles, precum și stilul lor de viață nomad și lipsa de locuri de muncă stabile au fost percepute de europeni ca un afront la societățile moderne care i-au găzduit¹³.

Încă din anii 1920, Bavaria și Prusia au elaborat un sistem special pentru monitorizarea romilor care erau văzuți ca fiind inferiori din punct de vedere social și cultural, fiind, în același timp, considerați o sursă de criminalitate în cadrul națiunii. Naziștii au considerat caracterul lor și rasa inferioare, aspecte adăugate la motivele precedente de persecuție¹⁴.

Documente oficiale atestă faptul că romii au fost prima minoritate persecutată de către naziști. Încă de la începutul guvernării naziste, s-a propus ca toți romii care locuiesc în Germania să fie uciși prin înec pe navele scoase în mijlocul mării și scufundate. La acea vreme nu era în vigoare nicio lege antisemită. Statisticile arată că aproximativ 1.5 milioane de romi au fost uciși în perioada regimului nazist și între 1933 și 1935 a avut loc o sterilizare forțată a romilor bazată pe teoriile inferiorității genetice¹⁵.

La începutul anului 1935 Partidul Nazist a stabilit că „în general în Europa numai evreii și ȣiganii sunt de sânge străin”¹⁶ și „în afară de evrei, doar ȣiganii au fost

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Idem.*

¹² De exemplu, în secolul al XIX-lea, pe teritoriile germane, clopotele erau trase în sate pentru a semnaliza prezența ȣiganilor, ceea ce a condus la înființarea Central Office for Fighting the Gypsy Nuisance în München în 1899.

¹³ R. Bassel, *Life in the Third Reich*, 2001, p. 89.

¹⁴ I. Hancock, *Sindromul Paria*, 1987, p.81.

¹⁵ W. Weyrauch, *Gypsy Law: Romani Legal Tradition and Culture*, 2001, p.153.

¹⁶ D. Kenrick, G. Puxon, *The Destiny of Europe's Gypsies*, 1972, Chapter 4, p. 60.

considerați, în Europa, ca membri ai unei nații străine”¹⁷. Prin urmare, nu exista nicio îndoială că romii erau considerați non-arieni încă de la începutul guvernării naziste.

La 15 septembrie 1935 Legea Nuernberg pentru protecția sângelui și onoarei interzicea căsătoriile mixte sau actul sexual între romi și neromi. Criteriile utilizate pentru a determina etnia romă erau de două ori mai stricte decât cele aplicate ulterior evreilor¹⁸: „dacă doi din cei 8 bunici ai unei persoane erau în parte țigani, acea persoana avea prea multă origine țigănească ca să i se permită să mai trăiască”¹⁹.

În 1938, o Proclamație a Partidului Nazist a declarat că problema romilor este o chestiune de rasă, iar un an mai târziu, nazistul Johannes Behrendt a declarat că „eliminarea fără ezitare a întregii populații rome trebuie efectuată imediat, deși un număr de familii urma să fie păstrate pentru o serie de studii antropologice”.

Printre victimele Germaniei lui Hitler, numai romii și evreii au fost considerate din punct de vedere genetic „vădit viciate” reprezentând o amenințare la adresa purității rasiale ariene. Deci, decizia oficială de a extermina romanii nu avea să întârzie prea mult. Ea a fost luată în primăvara anului 1941 când s-au format Einsatzgruppen²⁰. De atunci romii erau supuși la trei metode de genocid: sterilizare forțată, deportare și omucidere. Uciderea în masă a fost cea mai comună procedură de exterminare a romilor.

¹⁷ *Idem*. Categorisirea rasistă a romilor persista chiar înainte de apariția ideologiei naziste în ciuda afilierii conservatoare ariene a limbii romani. Unii cercetători, începând cu Richard Pischel în secolul al XIX-lea, au pledat pentru originea dravidiană mai degrabă decât indo-ariană a romilor. A se vedea, de exemplu, R. Pischel. “The Home of the Gypsies” (English trans.), *Journal of the Gypsy Lore Society* Vol. 2, Part 4 (1909), pp. 292-320. A se vedea de asemenea I. Hancock. *The development of Romani linguistics*, in A. Jazyery, W. Winter, eds. *Studies in Honor of Edgar C. Polomé* (The Hague: Mouton, 1988).

¹⁸ Decretul Nuernberg definea un evreu ca o persoană care are minim un bunic evreu.

¹⁹ R. Hilberg, *The Destruction of the European Jews*, 1961.

²⁰ În numele lor oficial complet the Einsatzgruppen der Sicherheitspolizei und des SD, au fost echipe death squads paramilitare SS care erau responsabile cu uciderea în masă, în principal prin împușcare.



Fig. Romi în lagăr²¹

În iulie 1941 un număr mare de romi au fost transportați în lagărele din Polonia și câteva luni mai târziu, din cauza implicațiilor costisitoare ale acestei operațiuni, au fost împușcați sau gazați. Situația romilor s-a înrăutățit în țările baltice, în Franța, Italia, Ungaria, Austria și Cehoslovacia și în alte teritorii ocupate de naziști²². Mai târziu, romii au fost uciși în lagărele de concentrare și executați în masă în Iugoslavia și URSS, sau omorâți în camerele de gazare de la Auschwitz²³.

În 1942 oamenii de știință naziști au început experimentele medicale efectuate pe romi, mai ales pe tineri. Vela Alexander, un supraviețuitor evreu al Holocaustului, care a fost supraveghetor a peste cincizeci de seturi de gemeni romi într-un lagăr din Polonia a explicat:

„Îmi amintesc, în special, un set de gemeni... Într-o zi Mengele i-a luat și i-a dus. Când s-au întors erau într-o stare deplorabilă – au fost cusuți împreună, spate în spate, asemenea gemenilor siamezi. Țipau zi și noapte. Apoi părinții au reușit să facă rost de

²¹ Original de la: Holocaust în Germania (ultima vizită pe 10 aprilie 2013)

²² Tratatamentul arătat față de o mamă și fiica sa de către un grup de soldați din nordul Iugoslaviei este un exemplu de o metodă tipică inumană de exterminare a romilor. „La început fata a fost forțată să sape un șanț în timp ce mama sa, gravidă în șapte luni, a fost lăsată legată de un pom. Cu un cuțit au deschis burta mamei, au scos copilul și l-au aruncat în șanț. Pe urmă au aruncat înăuntru și mama și fata după ce au violat-o. Le-au acoperit cu pământ cât încă erau în viață.”

²³ S. Steinmetz, *Oesterreichs Zigeuner im NS-Staat*, Monographien zur Zeitgeschichte, 1966.

morfină și și-au omorât copiii pentru a pune capăt suferinței acestora. Curând după aceea am fost dus într-un alt lagăr și am auzit că tabăra de țigani a fost lichidată în întregime.”

În 1943 a început programul de lichidare a întregii populații de romi. Cei mai mulți dintre aceștia au fost bătuți și aduși în pragul morții, mânați în camerele de gazare sau forțați să își sape propriile morminte și să sară în ele. Pe 2 și 3 august 1944 câteva mii de romi au fost masacrați la Zigeunerlager în lagărul de concentrare Auschwitz – Birkenau. Cifrele celor care de fapt au murit în lagăre ne-au fost parțial transmise până în prezent; aproape toate documentele au fost distruse atunci când acele lagăre au fost evacuate. Majoritatea romilor au murit în Europa de Est și de Sud, împușcați de către trupele de execuție sau de către membrii grupării fasciste. Mulți cercetători ai Holocaustului spun că naziștii au omorât între o pătrime și o treime din romii care trăiau în Europa și mai mult de 70% în zonele care au fost controlate de naziști.

În timpul Holocaustului romii erau persecutați, arestați și deportați, fără discriminare pe bază de sex sau vârstă, s-au confruntat cu foametea, boală, muncă brută și alte forme de umilință până la exterminare. Mulți copii au asistat la uciderea membrilor familiilor lor în timp ce ei înșiși erau torturați, testați cu droguri, castrați, înghețați până la moarte și expuși la diverse alte traume și experimente medicale.

S-a estimat că peste 90% din întreaga populație de romi din Austria, Germania și Estonia a fost exterminată de regimul fascist. Acest lucru face ca romii să fie grupul etnic care a fost cel mai afectat de crimele războiului nazist²⁴. Chiar dacă s-au întâmplat toate aceste atrocități și crime odioase, recunoscute de comunitatea internațională, este cunoscut faptul că niciun rom nu a fost chemat să depună mărturie în procesele de la Nuernberg. În plus, despăgubiri infime au fost obținute de către comunitățile de romi în urma celui de-al doilea război mondial, deși au suferit enorm în timpul Holocaustului. Germania de Vest a plătit sute de milioane Israelului și diverselor organizații evreiești, în timp ce romii au fost lăsați în urmă.

C. Persistența discriminării împotriva romilor

Este greu de crezut că în țările europene democratice milioane de cetățeni sunt privați de demnitatea lor și de drepturile fundamentale ale omului doar pentru ca s-au născut romi. Se pare că ar fi momentul potrivit pentru a se recunoaște oficial discriminarea împotriva romilor ca o lungă și adânc înrădăcinată problemă în societatea noastră.

Putem spune că țările europene s-au dezvoltat foarte mult în ultimii 25 de ani, dar situația celei mai mari minorități aflată pe bătrânul continent, romii, pare a fi neschimbată. Chiar dacă înrobirea și persecutarea romilor au fost abolite, adesea forme inumane de opresiune continuă să se perpetueze și în prezent.

În acest context, mai multe forme de discriminare a romilor pe motiv de etnie persistă în fiecare țară europeană, chiar dacă discriminarea rasială este în sine o încălcare a drepturilor fundamentale. În plus, multe încălcări ale drepturilor sociale, culturale și politice au loc, în principal, din cauza excluziunii rasiale sau etnice a romilor.

Declarația Universală a Drepturilor Omului din 1948 și Convenția Națiunilor Unite din 1963 privind Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare Rasială, stabilesc interzicerea discriminării ca unul dintre principiile generale de drept internațional al

²⁴ *Go beyond prejudice, discover the Roma!*, publicat de Consiliul Europei, p. 9.

drepturilor omului, care în prezent este recunoscut ca parte a dreptului internațional cutumiar.

Art. 1 din Declarația Universală spune că „toate ființele umane se nasc libere și egale în demnitate și în drepturi”, în timp ce Art. 2 stabilește principiul nediscriminării. De asemenea, Carta O.N.U. din 1945 prevede „respectarea drepturilor omului și libertăților fundamentale pentru toți, fără deosebire de rasă, sex, limbă sau religie, și de a dezvolta sentimentul de interdependență a popoarelor lumii”²⁵.

În plus, cele două Pactele internaționale adoptate în 1966 au stabilit, în conformitate cu Art. 2, protecția internațională a tuturor drepturilor omului „fără niciun fel de distincție, precum rasa, opinii politice sau de altă natură, origine națională sau socială, avere, naștere sau orice altă situație”. Cu toate acestea cel mai important instrument juridic universal rămâne Convenția Internațională privind Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare Rasială. Art. 7 este de o importanță vitală, care solicită statelor părți la Convenție să ia măsuri de „predare, educație, cultură și informare” în scopul de a combate „prejudecățile care duc la discriminare rasială” și să promoveze „înțelegerea, toleranța și prietenia” printre grupurile rasiale și etnice. Prin urmare, aceste obligații revin tuturor statelor părți.

În plus, Comitetul O.N.U. pentru Eliminarea Discriminării Rasiale a adoptat Recomandarea Generală nr. 27 care abordează în mod specific discriminarea romilor. Se recomandă ca toate statele, părți la Convenție, să adopte măsuri în beneficiul membrilor comunităților de romi. Dintre acestea, cele mai importate recomandări sunt:

1. să adopte și să implementeze strategii naționalele și programe cu scopul de a îmbunătăți situația romilor și protecția lor împotriva discriminării de către organele de stat, cât și de orice persoană sau organizație;

2. să respecte dorința romilor referitor la denumirea pe care doresc să o aibă și grupul de care aparțin;

3. să se ia în considerare situația femeilor rome care sunt deseori victimele dublei discriminări;

4. să se îmbunătățească relațiile între comunitățile rome și non-rome cu perspectiva de a promova tolerarea și eliminarea prejudecăților și stereotipurilor negative, să promoveze eforturile de încurajare și adaptare a romilor, evitând discriminarea și asigurându-se că toate persoanele se pot bucura de drepturile omului și libertățile ce le revin;

5. să asigure protecția și integritatea romilor;

6. să se ia măsurile necesare pentru a preveni folosirea ilegală a forței de către poliție împotriva romilor, în special în legătură cu arestul și detenția;

7. să prevină și să evite pe cât posibil segregarea elevilor romi, în timp ce este păstrată deschisă posibilitatea de a studia bilingv sau în limba maternă;

8. să elimine orice formă de discriminare sau hărțuire rasială împotriva elevilor romi;

9. să se ia urgent măsuri de pregătire eficientă a profesorilor, educatorilor și asistenților elevilor romi;

10. să se implementeze o legislație mai eficientă interzicând discriminarea forței de muncă și toate practicile discriminatorii pe piața muncii care afectează membrii comunității romilor și să îi protejeze de aceste practici²⁶.

²⁵ Principiul nediscriminării în Art. 1.3, Art. 13.b, Art. 55.c, Art. 76.c din Carta O.N.U.

²⁶ Recomandare generală nr. 27: Discriminarea împotriva Rromilor, adoptată de Comitetul O.N.U., Eliminarea Discriminării Rasiale din data de 16 August 2000.

Prevederile legislative internaționale anterioare nu conferă drepturi colective, ci numai persoanelor care aparțin unei minorități²⁷. Este cunoscut faptul că instrumentele juridice privitoare la drepturile omului, care garantează drepturi personale și nu colective, nu sunt suficiente pentru a proteja membrii unei comunități minoritare împotriva abuzurilor, segregării și a discriminării.

Astfel, este foarte important ca fiecare stat să elaboreze și să implementeze politici naționale specifice, care sunt bazate pe nevoile romilor, luând în considerare modul lor special de a trăi și cultura acestora. Statele ar trebui să aibă politici eficace pentru a îmbunătății situația romilor.

Deși, acestea trebuie să crească accesul romilor la educație, și în același timp, să educe majoritatea populație despre istoria romilor și aspectele culturale specifice ale acestei comunități. Statele trebuie să implementeze politici eficiente pentru a preveni discriminarea persistentă împotriva romilor, în principal în zona educației, angajării și justiției, și să adopte legi pentru diminuarea discriminării în toate aspectele vieții lor.

Printre toate aceste recomandări împotriva discriminării romilor, noi credem că, comunitatea internațională în general și statele în particular, trebuie să ia în considerare instrumentele internaționale privind drepturile omului și să implementeze îndatoririle ce le revin pentru a elabora politici eficiente bazate pe nevoile culturale ale romilor. Ca orice altă minoritate, Roma au dreptul la moștenire culturală și la continuarea sustenabilă a obiceiurilor și tradițiilor lor.

Există o nevoie urgentă, în special în Europa, să se promoveze toleranța și respectul reciproc, incluzând populația romilor, care este cea mai mare și mai discriminată minoritate etnică europeană. Nerespectarea drepturilor fundamentale ale romilor duce la victimizarea lor și discriminarea de către populația statului care îi găzduiește. În plus, multe țări europene încă transpun politici naționale sau locale referitoare la discriminarea împotriva romilor care urmăresc segregarea acestora de restul societății, ducând la marginalizarea lor.

Romii intră în contact cu discriminarea de la o vârstă fragedă, ceea ce le afectează educația și, mai mult, integrarea în comunitățile locale. Deseori, romii sunt segregati etic la școală, împiedicându-se contactul acestora cu restul copiilor²⁸. Mulți dintre ei sunt lăsați să trăiască la periferiile orașelor, lângă gunoaie și în zone cu deșeuri toxice.

În Europa, cei mai mulți romi sunt săraci, excluși social și discriminați, în timp ce guvernele nu își respectă obligațiile internaționale care garantează un standard minim de drepturi fundamentale pentru romi. Este imperativ pentru toate guvernele europene să implementeze politici eficiente – la nivel local, național și al UE – pentru a schimba și a educa opinia publică, care adesea discriminează și încalcă drepturile fundamentale ale romilor. Aspectele pozitive ale culturii și tradițiile lor ar trebui să înlocuiască concepțiile generale greșite despre romii din Europa.

²⁷ Art. 27 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice.

²⁸ Republica Cehă a discriminat romii prin plasarea copiilor în școli speciale fără garanțiile pentru siguranță necesare. Sau, cazul primarului din Baia Mare în nordul României, care a utilizat poliția împotriva romilor în timpul campaniei sale.

3. Concluzii

Grupurile de etnie romă sunt în mare parte europeni de origine indiană, ai căror strămoși au părăsit valea Gangelui cu aproximativ 1.200 de ani în urmă. Timp de secole, ei au fost prizoniți, alungați din locuințe sau deportați – și totul dintr-un singur motiv: pentru că s-au născut romi.

Romii au trebuit să se confrunte cu fenomenul violenței și al discriminării oriunde au mers, sperând că la un moment dat vor găsi un teritoriu care să fie mult mai primitiv. Deși sunt cea mai mare minoritate din Europa, politicile de protecție a minorităților europene nu le oferă un rol important care să corespundă nevoilor cu care romii se confruntă în mod real.

La sfârșitul secolului XX, interesul pentru comunitățile de etnie romă a început să crească, mai ales în contextual în care Convenția Europeană pentru Protecția Minorităților Naționale a stabilit o serie de drepturi pentru persoanele ce aparțin grupurilor minoritare. Art. 5 al Convenției sus-menționate stipulează faptul că părțile își asumă să promoveze condițiile necesare pentru ca o minoritate să își poată dezvolta cultura și să își poată păstra elementele de identitate, cu precădere religia, limba, tradițiile și patrimonial cultural.

Mai mult decât atât, art. 6 al aceleiași Convenții menționează faptul că statele semnatare trebuie să încurajeze și să cultive toleranța și dialogul intercultural, dar și să adopte măsuri eficiente pentru a promova respectul, înțelegerea și cooperarea între toate persoanele ce locuiesc pe teritoriul său, indiferent de etnie, cultură, identitate lingvistică sau religioasă. Toate aceste norme europene au creat anumite obligații specifice pentru statele semnatare, obligații care să ducă ulterior la respectarea drepturilor fundamentale ale persoanelor de etnie romă.

Convenția Europeană este de departe cel mai modern document cu privire la drepturile minorităților, document ce poate fi utilizat ca un instrument important în procesul de conservare a identității rome.

De-a lungul istoriei, statele au încercat implementarea a numeroase politici având ca scop asimilarea și integrarea populației de etnie romă, iar documentele istorice stau mărturie. Spre exemplu, Maria Theresa de Austria a facilitat implementarea unor politici ce doreau asimilarea romilor prin interzicerea utilizării limbii acestora și a căsătoriilor între romi. Totuși, măsură nu și-a atins obiectivele, pentru că romi au părăsit teritoriile austriece, în căutarea unui loc care să le permită păstrarea identității. În vremurile coloniale, ei au fost exploatați și transferați până în zona Caraibelor și a Statelor Unite ale Americii, iar istoria spune că pe vremea Principatelor Române, aceștia au fost sclavi pentru aproximativ 500 de ani.

Tratamentul discriminator la care romii au fost supuși de-a lungul anilor i-a forțat să păstreze un stil de viață migrator, în căutare unor teritorii cu populații mai tolerante. Cert este faptul că intențiile societăților gazdă de a-i asimila au amenințat mereu cultura acestora, ducând la pierderea definitivă a unor obiceiuri și tradiții. Pentru ca cultura să nu piară, este necesară o politică a adaptării și nu a asimilării, dar consensul statelor gazdă este dificil de obținut în acest sens, deoarece cultura Romani are obiceiuri și particularități contrastante cu culturile europene.

Implementarea și recunoașterea drepturilor romilor s-au lovit constant de diverse bariere, atât din partea lor însuși, cât și din partea populațiilor gazdă, mai ales în contextul

în care aceștia sunt dispersați în întreaga lume, fără să aibă un teritoriu propriu. Tocmai de aceea este și dificil să definești cultura și populația de romi, pentru că lipsa unor elemente de identitate nu îi califică exact nici ca popor, nici ca națiune și nici ca minoritate națională. Oricum ar fi, romilor trebuie să le fie respectate drepturile fundamentale recunoscute de instrumentele internaționale din domeniul drepturilor omului, precum dreptul la demnitate, dreptul la moștenire culturală sau libertate de mișcare. Imposibilitatea de a defini această grupare în termeni juridici concreți nu este un motiv pentru a fi exclusă din aria de protecție internațională și nu există nicio scuză pentru eșecul pe care comunitatea internațională și mai ales europeană l-a înregistrat în protejarea romilor.

Bibliografie:

- 1833 Cod Civil Moldovenesc. Article I (37).
- 1776 Proclamation of Constantin, Prince of Moldavia.
- Go beyond prejudice, discover the Roma!, publicat de Consiliul Europei, p.9.
- Recomandarea Generală nr. 27: Discriminarea romilor, adoptată de Comitetul O.N.U. pentru Eliminarea Discriminării Rasiale, la 16 august 2000.
- Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice. Articolul 27.
- Carta O.N.U. Principiul non-discriminării. Articolul 1.3, Articolul 13.b, Articolul 55.c, Articolul 76.c.
- Donald Kenrick și Grattan Puxon. 1972. The Destiny of Europe's Gypsies. Capitolul 4, p. 60.
- Fred Bertham. 1997. The Particular Problems of the Roma.
- Ian Hancock. 1987. The Pariah Syndrome. pp 58, 81, 86.
- Ian Hancock. 1988. "The development of Romani linguistics," in A. Jazyery and W. Winter, eds. Studies in Honor of Edgar C. Polomé. The Hague: Mouton.
- Margot Strom and William Parsons. 1978. Facing History and Ourselves: Holocaust and Human Behavior. pp.22.
- Raul Hilberg. 1961. The Destruction of the European Jews.
- Richard Bassel. 2001. Life in the Third Reich, 2001. pp. 89.
- Richard Pischel. 1909. "The Home of the Gypsies" (English trans.), Journal of the Gypsy Lore Society Vol. 2, Part 4. pp. 292-320.
- Selma Steinmetz. 1966. Oesterreichs Zigeuner im NS-Staat, Monographien zur Zeitgeschichte.
- Walter Weyrauch. 2001. Gypsy Law: Romani Legal Tradition and Culture. pp.153.
- Wolf in der Maur. 1969. Die Zigeuner: Wanderer zwischen zwei Welten. pp. 168.